

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: UNA PERSPECTIVA INTEGRAL

EDITORES

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
RAÚL CANOSA USERA

COORDINADORES

LUIS FELIPE LÓPEZ ÁLVAREZ
SILVIA MESEGUER VELASCO

AUTORES

LUIS ENRIQUE CHASSE PLATE
CARLOS E. DELPIAZZO
FERNANDO DÍEZ ESTELLA
JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ
M^a DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ
ROGÉRIO LEAL
MARINA MATUD JURISTO
ESTHER MONTERROSO CASADO
MÓNICA MUESMANN TORRES DE NAVARRA
ALEJANDRO PÉREZ HUALDE
MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA



VILLANUEVA
CENTRO UNIVERSITARIO

netbiblo
www.netbiblo.com

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: UNA PERSPECTIVA INTEGRAL

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

netbiblo

www.netbiblo.com

DERECHOS RESERVADOS 2008, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S. L.

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

editorial@netbiblo.com

ISBN 978-84-9745-255-7

Depósito Legal: C-2258-2008

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Paola Paz Otero

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

AUTORES

RAÚL CANOSA USERA.

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense.

LUIS ENRIQUE CHASSE PLATE.

Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción.

CARLOS E. DELPIAZZO.

Profesor de Derecho Administrativo de las Universidades de la República y de Montevideo, Uruguay.

FERNANDO DÍEZ ESTELLA.

Profesor Doctor de Derecho Mercantil del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ.

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Autónoma de México.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.

Profesora Doctora de Derecho Civil del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ.

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.

M^a DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ.

Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

IV Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral

ROGÉRIO LEAL.

Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

LUIS FELIPE LÓPEZ ÁLVAREZ.

Profesor Doctor de Derecho Administrativo del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

MARINA MATUD JURISTO.

Profesora de Derecho Civil del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

SILVIA MESEGUER VELASCO.

Profesora Doctora de Derecho Eclesiástico del Estado del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

ESTHER MONTERROSO CASADO.

Profesora Doctora de Derecho Civil del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

MÓNICA MUESMANN TORRES DE NAVARRA.

Profesora de Historia del Derecho del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ.

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidade da Coruña.

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE.

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Mendoza, Argentina.

MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA.

Profesor Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Europea Miguel de Cervantes.

PRESENTACIÓN.....	xviii
-------------------	-------

CAPÍTULO 1. LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS CIUDADANOS.....	3
III. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.....	13
IV. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	24

CAPÍTULO 2. LA POLÍTICA COMÚN DE CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

I. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA COMÚN DE CONSUMIDORES.....	31
II. EL ESTADIO ACTUAL DE LA POLÍTICA COMÚN DE CONSUMIDORES DE LA UNIÓN EUROPEA:.....	36
II.1. Acciones de la Comunidad para el presente periodo (2007-2013).....	38
II.1.1. La Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006.....	39
II.1.2. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007: “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013”.....	39

VI Índice

II.1.3. El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo.....	41
II.2. Organizaciones de representación y defensa de los intereses de los consumidores.....	43
II.2.1. Nivel Europeo.....	43
III. ESPAÑA Y LA NORMATIVA COMUNITARIA.....	44
III.1. Trasposición de Directivas y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	44
III.2. El estudio “ <i>Compendium annoté comprenant une analyse comparative de l’acquis communautaire en matière de consommation. Compendium ce de Droit de la Consommation-Analyse Comparative</i> ”.....	47
III.2.1. Técnicas legislativas de trasposición.....	48
III.2.2. Calendario de trasposición.....	48
III.2.3. Recurso a las cláusulas de armonización mínimas.....	49
III.2.4. Otros.....	49
III.2.5. Infracciones potenciales al Derecho.....	50
IV. LEGISLACIÓN EN VIGOR.....	51
IV.1. Tratados y convenios.....	51
IV.2. Reglamentos.....	51
IV.3. Directivas.....	52
IV.4. Decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	53
V. LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.....	55
ANEXO.....	68

CAPÍTULO 3. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN

DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

I. ESTADO SOCIAL Y SOCIEDAD DE CONSUMO.....	71
I.1. La perspectiva constitucional.....	71
I.2. La tesis liberal: El consumo como una relación autorregulada de la sociedad.....	73
I.3. La tesis del Estado social: Preocupación por las condiciones vitales del ser humano.....	74
II. LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	78
II.1. Alternativas del constituyente.....	78
II.2. Principio rector de protección de los consumidores y usuarios.....	79
II.3. Distribución de competencias en la materia.....	85

III.	RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	89
III.1.	Sentido de este reconocimiento. Derechos legales.....	89
III.2.	Naturaleza de los derechos de los consumidores	93
III.3.	Posiciones jurídicas comprendidas en los derechos de los consumidores y bienes jurídicos protegidos. Yuxtaposición con ciertos derechos constitucionales	94
III.4.	Sujetos.....	102
III.5.	Garantías	104
IV.	CONCLUSIÓN.....	107

CAPÍTULO 4. LOS USUARIOS Y EL DERECHO PÚBLICO

TÍTULO PRIMERO: PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS

DE SERVICIOS PÚBLICOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	110
II.	DEFINICIÓN DE USUARIO DE SERVICIO PÚBLICO.....	114
III.	ANÁLISIS Y SISTEMATIZACIÓN DE LOS DIFERENTES SECTORES IMPLICADOS	116
IV.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL USUARIO CON LA ADMINISTRACIÓN.....	117
V.	PROTECCIÓN DEL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS	119
V.1.	Derecho a exigir la creación del servicio	120
V.2.	Derecho de acceso a servicios en funcionamiento.....	133
V.3.	Principios que rigen el funcionamiento del servicio	134
V.3.1.	Principio de continuidad.....	135
V.3.2.	Principio de igualdad.....	139
V.3.3.	Principio de mutabilidad, evolución, adaptabilidad o de perfectibilidad.....	143
V.3.4.	Principio de calidad	145
V.3.5.	Principio de universalidad.....	148
V.3.6.	Principio de participación.....	152
VI.	RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS GENERADOS POR EL SERVICIO	154
VII.	PROTECCIÓN DE BIENES CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO.....	156
VIII.	OBLIGACIONES DEL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	156
VIII.1.	Sumisión al régimen de funcionamiento del servicio	156
VIII.2.	Obligación de pagar la contraprestación.....	158

VIII Índice

IX.	CONTROL JUDICIAL Y ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	159
IX.1.	Control judicial	159
IX.2.	Control no judicial. Especial referencia a las Entidades Reguladoras de servicios públicos.....	161

TÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN JURÍDICO DE USUARIOS

DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN IBEROAMÉRICA

I.	PECULIARIDADES DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA	171
II.	EL USUARIO Y EL SERVICIO PÚBLICO EN ARGENTINA.....	174
II.1.	Elementos básicos para el análisis: Usuario protagonista.....	175
II.2.	Servicios públicos, regulación y funciones del Estado	177
II.2.1.	Grados de regulación y subsidios directos	177
II.2.2.	Funciones propias del Estado.....	179
II.3.	Consecuencias prácticas del enfoque desde el usuario en los fundamentos del servicio público	179
II.3.1.	Acerca del “nuevo concepto” del servicio público.....	180
II.3.2.	Las deficiencias del mercado	181
II.3.3.	La interpretación de los derechos humanos	181
II.4.	El usuario en el texto de la Constitución argentina.....	182
II.4.1.	Distinción entre usuario y consumidor	182
II.4.2.	Sistema de protección del usuario.....	185
II.4.3.	Asociación de usuarios y régimen público no estatal	186
II.4.4.	Participación y órganos de control.....	187
II.4.5.	Legitimación procesal activa	191
II.5.	Conclusión	192
III.	O CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL COMO CONDIÇÃO DE SUA POSSIBILIDADE.....	192
III.1.	Considerações Preliminares	192
III.2.	Possibilidades conceituais do Serviço Público no Brasil.....	193
III.3.	Marcos normativos dos serviços públicos no Brasil	198
III.4.	O regime jurídico dos contratos administrativos de Concessão e permissão de Serviço Público no Brasil.....	201
III.5.	O controle social dos serviços públicos como condição de suas possibilidades.....	204
IV.	RÉGIMEN MEXICANO DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DE INTERÉS GENERAL.....	210
IV.1.	La idea del servicio público.....	210

IV.2.	Desarrollo de la noción de servicio público	211
IV.3.	Estancamiento de la idea del servicio público.....	212
IV.4.	La idea del servicio público en México	212
IV.5.	Situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos	214
IV.5.1.	Teorías acerca de la relación del usuario con el prestador del servicio.....	214
IV.5.2.	Principios determinantes de la situación jurídica de los usuarios.....	216
IV.6.	Neoliberalismo y reprivatización	224
IV.7.	Confrontación de lo público con lo privado	224
IV.8.	Ataque contra la idea del servicio público	226
IV.9.	El servicio de interés general.....	227
IV.10.	El servicio universal	228
IV.11.	Reflexión final	228
V.	LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN PARAGUAY	229
V.1.	La gestión de los servicios públicos	229
V.2.	Gestión directa y concesión de servicio público	231
V.3.	Creación del servicio público	235
V.4.	El monopolio de los servicios públicos	237
V.5.	El principio de subsidiariedad	237
V.6.	El requisito constitucional de la concesión.....	238
V.7.	La tarifa y las ganancias excesivas.....	239
V.8.	El control del servicio público. El control económico y financiero. El <i>Ombudsman</i> o Defensor del Pueblo	241
V.8.1.	La Contraloría General de la República	241
V.8.2.	El Defensor del Pueblo.....	242
V.8.3.	Legitimación procesal. Nombramiento. Plazo de la función.....	243
V.8.4.	Misión	244
V.8.5.	Rol fundamental del Defensor. El perfil. Forma de actuación. Cualidades. Actividad partidaria	244
VI.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE INTERÉS GENERAL EN URUGUAY	248
VI.1.	Introducción	248
VI.2.	Categorización de los cometidos del Estado	250
VI.2.1.	Clasificaciones comparadas.....	250
VI.2.2.	Clasificaciones nacionales	252
VI.3.	Perspectiva del administrado.....	255
VI.3.1.	Del servicio público al servicio universal.....	256
VI.3.2.	Posición del receptor de servicios	258
VI.4.	Conclusiones	259

VII. LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO	261
VII.1. Introducción.....	261
VII.2. Una difícil aproximación al objeto de nuestro estudio: Usuarios y servicio público	264
VII.2.1. El concepto de servicio público en Venezuela: El abandono de cualquier categoría formal y la preeminencia de una noción sustantiva, propia del Estado social.....	264
VII.2.2. El concepto de usuario y <i>status</i> dentro del Derecho Administrativo.....	267
VII.3. La participación de los usuarios	268
VII.3.1 La participación de los usuarios en la gestión de los servicios públicos.....	268
VII.3.2. La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos: Especial atención al denominado “control social”.....	270
VII.3.3. La participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos.....	271
VII.4. El régimen jurídico aplicable a los usuarios en su participación en la gestión de los servicios públicos.....	271
VII.4.1. Participación de usuarios y pluralismo político. La necesaria neutralidad política del servicio público	272
VII.4.2. Participación de los usuarios en los servicios públicos y libertad económica.....	272
VII.4.3. Participación de los usuarios en los servicios públicos y el ejercicio de la actividad administrativa.....	274
VII.4.4. A modo de recapitulación: La participación de los usuarios en los servicios públicos y el nuevo Derecho Administrativo	275

CAPÍTULO 5. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

EN EL DERECHO MERCANTIL

I. INTRODUCCIÓN: LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR	280
II. LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	282

III.	JUSTIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	283
III.1.	Ley 6/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio	283
III.2.	Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril	284
III.3.	Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios, de 29 de diciembre.....	285
IV.	LA LEY 44/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	287
V.	EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	289
V.1.	Introducción	289
V.2.	Estructura de la LCU.....	290
V.3.	Cuestiones más relevantes	291
V.3.1.	Definición de conceptos y terminología.....	291
V.3.2.	Derechos básicos de los consumidores y usuarios	292
V.3.3.	Disposiciones generales sobre contratos con consumidores	293
V.3.4.	Derecho de desistimiento.....	294
V.3.5.	Condiciones generales y cláusulas abusivas.....	295
V.3.6.	Contratos celebrados a distancia	295
V.3.7.	Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales.....	296
V.3.8.	Garantías y servicios posventa	296
V.3.9.	Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos	297
V.3.10.	Regulación de los viajes combinados.....	297
VI.	LOS CONTRATOS SOMETIDOS A CONDICIONES GENERALES	299
VI.1.	La contratación mediante cláusulas predispuestas.....	299
VI.2.	Concepto y características	299
VI.3.	Las cláusulas abusivas frente a los consumidores.....	300
VI.4.	La regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas	300
VII.	LA REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO	301
VIII.	LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....	304

XII Índice

IX.	LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN EFECTIVA	305
IX.1.	La hoja de reclamación	306
IX.2.	El procedimiento judicial.....	307
IX.3.	La mediación y conciliación.....	308
IX.4.	El arbitraje.....	308
X.	VALORACIÓN FINAL.....	309
	ANEXO 1.....	311
	ANEXO 2.....	312
	ANEXO 3.....	313

CAPÍTULO 6. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

EN EL DERECHO CIVIL

TÍTULO PRIMERO: LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS

CONTRATOS CIVILES

I.	CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CIVILES.	316
II.	EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS	318
II.1.	La protección al consumidor en la compraventa	318
II.2.	Las cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda.....	319
III.	EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	324
III.1.	El contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión	324
III.2.	Las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario	325
IV.	EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: ESPECIAL REFERENCIA AL REGISTRAL	327
IV.1.	Control judicial	327
IV.2.	Control registral.....	328

TÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN AL PERJUDICADO

EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS

I.	RÉGIMEN APLICABLE A LOS DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....	331
I.1.	Consideraciones generales.....	331
I.2.	Sistema general y especial de la responsabilidad civil.....	332
I.3.	Criterio de imputación de la responsabilidad en la LCU	333

II.	ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LCU	334
II.1.	Delimitación conceptual de los productos defectuosos	334
II.2.	Daños indemnizables.....	335
II.2.1.	Concepto de daño	335
II.2.2.	Tipos de daños indemnizables	335
II.2.3.	Límites de la indemnización	337
II.3.	La carga de la prueba.....	339
III.	ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LCU.....	340
III.1.	Sujetos protegidos.....	340
III.2.	Sujetos responsables	341
III.2.1.	La responsabilidad del productor y del proveedor.....	341
III.2.2.	La responsabilidad solidaria	343
III.2.3.	La intervención de un tercero	344
III.3.	Causas de exoneración de la responsabilidad.....	344
	BIBLIOGRAFÍA	349

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCAP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
LCAP'2000	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
LCU	Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LGTE	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Hipotecaria.
LJ	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
LOFAGE	Ley, 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
LPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LPD	Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos.
LSE	Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico.
LSPU	Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.
LTTP	Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDLRT	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

XVI Abreviaturas

RDMGC	Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado.
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
RSP	Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957.
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.
TRSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

PRESENTACIÓN

El área jurídica del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense se propuso, para el curso académico 2006/07, la elaboración de un trabajo colectivo de investigación sobre un tema que pudiera admitir un enfoque multidisciplinar, una aproximación abierta y plural que reuniese a los profesores del área. Tras un fecundo debate se llegó a la conclusión de que una cuestión hoy central en el Derecho, tanto público como privado, era la caracterización jurídica de los usuarios y consumidores de servicios, puesto que su centralidad en el sistema jurídico de este sector del Ordenamiento siempre proporciona reflexiones de indudable enjundia jurídica.

En efecto, una vez que el tema dispuso de los respectivos parabienes se comenzó a trabajar en equipo gracias a la coordinación de los profesores Silvia Meseguer Velasco y Luis Felipe López Álvarez, que en todo momento nos han facilitado la tarea para que esta obra colectiva hoy vea la luz gracias a la generosidad de la editorial Netbiblo, hoy sin duda una de las editoriales dedicadas a los libros técnicos de mayor prestigio en el medio universitario.

En realidad, la elección del tema no fue una cuestión demasiado compleja porque el tratamiento jurídico integral de la posición de los usuarios y consumidores ante el Derecho, público o privado, ayuda sobremanera a trabajar con categorías centrales del Derecho como los contratos, las autorizaciones, las licencias, la responsabilidad, las concesiones, las licencias, recursos, condiciones generales de la contratación, etc.

Junto a las consideraciones sobre la centralidad de los usuarios y consumidores en el Derecho Español, se ha atendido a su estudio tanto en el Derecho Comunitario Europeo como en el Derecho Comparado general. Esta dimensión universal es relevante para demostrar que hoy en día, y cada vez más, la posición jurídica de los usuarios y consumidores, tanto en los contratos privados como en los contratos de gestión de servicios públicos y de interés general, es cada vez más determinante del grado de calidad de vida de que disfrutan los ciudadanos, tanto en lo que se refiere a los niveles y estándares de protección jurídica como en lo atinente a la real mejora de las condiciones de vida de las personas.

Como es bien sabido, el artículo 51 de la Constitución española de 1978 establece la obligación de los poderes públicos de proteger jurídicamente a los consumidores y usuarios. Se establece, de este modo, un principio rector de la política social

y económica que viene a dar cobertura constitucional a la actividad pública en la materia. La denominada función promocional de los poderes públicos, sancionada con carácter general en el artículo 9.2 de nuestro texto constitucional, trae consigo un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones que hagan posible el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Por eso, el artículo 51, en sede de criterios rectores de la política económica y social no tiene más remedio, en armonía con lo señalado en el artículo 9.2, que garantizar y asegurar, porque puede hacerlo, que el ordenamiento jurídico en la materia proporcione un nivel de protección a usuarios y consumidores en consonancia con la realidad del Estado social y democrático español. En este sentido, por situarnos en un horizonte temporal próximo, últimas reformas estatutarias han transformado ese principio rector en derechos concretos con la aspiración de que puedan hacerse valer jurídicamente. La protección jurídica de los usuarios y consumidores constituye indudablemente una cuestión que afecta al bienestar general de los ciudadanos, una materia de obvio y evidente interés general tanto se contemple desde el Derecho Privado como, por supuesto, desde el ángulo del Derecho Público.

A partir de 1978 y, sobre todo, con el ingreso de nuestro país en la Comunidad Europea se ha avanzado considerablemente en esta materia. En efecto, recientemente, la Ley de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios adapta, en parte, directivas procedentes de la Unión Europea y tiende a eliminar prácticas como el “redondeo” por parte de las operadoras de móviles o de las empresas de los aparcamientos, la dificultad de darse de baja o cambiar de proveedor en servicios como el suministro eléctrico o la banda ancha, el cobro injustificado de comisiones bancarias, la falta de claridad en los contratos de adhesión, etc. Dichas conductas crearon, todos lo sabemos y algunos lo sufrimos, un ambiente general de cierta “insatisfacción social”, y llevado al legislador a tomar medidas drásticas, tan radicales que en algunos casos un sector de la doctrina, no sin cierta racionalidad, ha calificado de desproporcionadas. Otra ocasión que plantea esta Ley, no menor ciertamente, es la posible colisión de algunos de los preceptos que atribuyen poderes y competencias a la Administración del Estado en detrimento de las Comunidades Autónomas.

La coordinación entre los diversos operadores jurídicos existentes en un Estado compuesto como el español es esencial para asegurar su eficacia y un adecuado cumplimiento de la normativa establecida. Desde esta perspectiva, es necesario realizar una labor clarificadora de los efectos de la nueva legislación estatal sobre las normas de las Comunidades Autónomas de manera que pueda distinguirse el nivel mínimo de protección asegurado por el Estado y el ofrecido por las distintas Autonomías —sobre todo a la vista de las reformas estatutarias que están teniendo lugar—. Todo ello sin perjuicio del necesario estudio de la parte de la normativa procedente de la Unión Europea.

Por otra parte, existen determinadas prestaciones que antes eran definidas como propias de la calificación dogmática de servicio público que hoy, precisamente por mor de la legislación comunitaria, toman, en materia económica, la denominación de servicios de interés general. Este concepto, estudiado recientemente por la doctrina,

permite sin duda, dadas las menos intensas potestades del Estado en la materia, un mayor protagonismo de los usuarios y consumidores y, sobre todo, una menor carga de presión pública sobre la vida económica. En cualquier caso, en contra de lo que pudiera pensarse, el hecho de que la técnica jurídica de la concesión deje paso a un uso generalizado de la autorización o licencia, no fortalece la idea de la huida del Derecho Público, sino, más bien, la vuelta al Derecho Público puesto que ahora, la Administración asume una singular posición de garante de la universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios en que descomponen estos nuevos “servicios públicos de naturaleza económica”.

En este estudio debe subrayarse que la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios, introdujo nuevas previsiones, como la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia, que necesitan también de un esfuerzo de sistematización. En este sentido, la disposición final quinta contenía una habilitación al Gobierno para que procediera a refundirla con la normativa anterior lo que ha motivado el reciente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

No obstante, en la materia de la protección jurídica de usuarios y consumidores, sobre todo en lo que se refiere a su dimensión privada no debe olvidarse la existencia de una preocupante dispersión normativa en varios niveles de gobierno e, incluso, la posibilidad, siempre presente, de conflicto entre normas estatales y autonómicas. Además, persisten carencias en los procesos tendentes a conocer el nivel de cumplimiento de la normativa de protección, que no es, probablemente, todo lo eficaz que se pretendía.

La legislación autonómica en la materia, como ha puesto de relieve la doctrina, sólo ofrece un marco general que ha de ponerse en relación con otras muchas normas que son, en su conjunto, las que ofrecen el sistema de protección de los consumidores. Esta realidad es la que expresaba con acierto el Preámbulo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, la presente Ley (...) aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior.”

Desde la dimensión del Derecho Público, a pesar de los avances liberalizadores y desreguladores que pugnan con la tendencia a los monopolios, sean públicos o privados, es menester seguir avanzando para que estos mercados en transición a la liberalización, como el gas y la electricidad, no se abandonen al mercadeo político en claro perjuicio de los usuarios y consumidores, que luego son los que sufren los

aumentos de las tarifas que la politización de estos servicios suele conllevar. Entre nosotros, el reciente *affaire* de la OPA sobre Endesa, lamentablemente bien conocido, también fuera de España, nos ha granjeado una pérdida de seguridad jurídica en un sector en el que la estabilidad y la certeza de las normas es, sencillamente, esencial.

En este sentido, el auto del Tribunal Supremo de España, de 28 de abril de 2006, por el que se suspende cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este trabajo colectivo porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno. Pues bien, cuando el Tribunal Supremo estudia la procedencia o no de la medida cautelar, señala que siendo la OPA una operación mercantil también es verdad que tiene elementos relativos a la competencia puesto que evidentemente la OPA, de salir adelante, producirá evidentes efectos en el mercado. Por eso, como dice el Tribunal Supremo:

“aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término quienes decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también, la OPA un interés público representado por la seguridad y la fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.”

Y, por lo que se refiere a la dimensión que afecta a la competencia, también señala el Tribunal Supremo que, desde este punto de vista, existe:

“un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a mayores precios.”

Hoy, en los mercados de gas y electricidad, en transición a la liberalización, la intervención pública está llamada a facilitar, de acuerdo con la filosofía de los servicios de interés general, servicios abiertos a todos, de calidad, y asequibles económicamente. La transformación, en este campo, del servicio público en servicios de interés general ha supuesto un duro golpe a la tradición francesa del servicio público. Tradición que se mantiene en un inmovilismo que debe transitar hacia otros derroteros pues ya no estamos en el siglo XVIII y el derecho de los usuarios a elegir mejores servicios a mejores precios es hoy un derecho muy relevante en la materia.

De hecho, esa contradicción se encuentra reflejada en el Derecho Comunitario como consecuencia del malestar francés ante los efectos que la libre competencia impuesta por el Derecho Comunitario podría provocar en el sector de los servicios públicos tradicionales y los de interés general de nuevo cuño. En 1994 el *Conseil d’Etat* alertó de que la Comunidad Europea estaría intentando cambiar la cultura de los servicios públicos, ya que:

“ignora ampliamente la noción de servicio público y la existencia de los servicios públicos, y tiene una tendencia a no identificar ninguna zona intermedia entre los servicios regalianos y sociales (que se han situado bajo un régimen especial pero no en tanto que servicios públicos sino en razón, esencialmente, de su participación en las prerrogativas del sector público), y las empresas ordinarias.”

En este sentido, como indica Muñoz Machado, la Comunidad Europea ha tenido que reencontrar la significación ideológica del servicio público al regular algunos sectores liberalizados y privatizados. Y esta tarea ha llevado precisamente a la implantación del concepto de servicio de interés general, en el que la funcionalidad de la Administración pública, lejos de desaparecer, se fortalece y robustece por la vía del aseguramiento y la garantía de que estos servicios se presten de acuerdo con una serie de condiciones que se refieren a universalidad, asequibilidad y calidad, tal y como señalamos anteriormente. En efecto, en materia de correos y telecomunicaciones, la apertura a la competencia y la incorporación a estos servicios de empresas privadas, ha debido acompañarse del establecimiento de obligaciones que ahora se denominan de servicio público, para que sus prestaciones tengan una calidad y contenido mínimos y alcancen a la totalidad de la población. Estas obligaciones se enmarcan en un concepto vecino al tradicional de servicio público, como es la noción de servicio universal o servicio de interés económico general.

De hecho, el artículo 36 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza, establece:

“La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.”

En los casos de servicios de interés general, como por ejemplo la energía eléctrica, parece más claro que el papel del usuario deba ser central, pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales, en Europa debieran ir desapareciendo poco a poco los servicios públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del estado en la garantía de la calidad, universalidad y accesibilidad de dichas prestaciones.

Pero no sólo hay que pensar en la protección del usuario, también debe tenerse presente que esa libertad debe otorgarse también a la empresa prestadora del servicio

de manera que pueda defenderse de acciones intervencionistas por parte del Estado que no se justifiquen en orden a la protección del interés público. Y así, es fundamental el estudio de lo que se refiere a tarifas e intervención en los precios en defensa de consumidores y usuarios. También repensar fórmulas como las del equilibrio económico del contrato, *factum principis*, etc. Efectivamente, como indica Tornos Más, la intervención administrativa sobre los precios de los bienes y las tarifas de los servicios puede tener fines diversos. Por un lado, la potestad administrativa puede tener como fin el control de la inflación, la limitación de la libre determinación de precios y tarifas con el fin de evitar alzas excesivas de los precios con especial relevancia en el índice de precios al consumo. Esta intervención puede establecerse con carácter general, o bien puede tener carácter sectorial (precios de los productos farmacéuticos o precio de los libros de texto). En todo caso, la centralidad de los usuarios y consumidores en el Derecho Público obliga a que en la terminación de las tarifas se contemple, sobre todo y ante todo, la mejora de las condiciones de vida económicas y sociales de los ciudadanos.

En fin, también se analizarán cuestiones de tanta trascendencia para las condiciones de vida de los ciudadanos en su vertiente de usuarios y consumidores como pueden ser los derechos de que disfrutaban o los medios jurídicos de que disponen para defenderse de los abusos en que puedan verse inmersos.

Esta obra colectiva es el fruto del trabajo de un equipo de profesores de Derecho de diversas Facultades españolas y extranjeras que se ha pilotado desde el área jurídica del Centro Universitario Villanueva. Para nosotros, directores de la investigación, ha sido muy agradable trabajar con los profesores Silvia Meseguer, Fernando Díez, María Goñi, María del Ángel Iglesias, Luis Felipe López, Marina Matud, Esther Monterroso y Mónica Muessman por lo que respecta al Centro Universitario Villanueva. También ha sido muy valiosa la ayuda del profesor Miguel Ángel Sendín, de la Universidad Miguel de Cervantes de Valladolid y de los profesores Jorge Fernández Ruíz, de la Universidad Nacional Autónoma de México, Alejandro Pérez Hualde, de la Universidad de Mendoza (Argentina), Luis Enrique Chase de la Universidad Nacional de Asunción en Paraguay, Carlos Delpiazzo, de las Universidades de la República y de Montevideo, en Uruguay, José Ignacio Hernández de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello, y de Jean-Marie Duffau de la Universidad de Paris-Dauphine.

La incorporación de becarios de investigación de los últimos cursos de la licenciatura ha sido una experiencia fructífera para todos. Por eso, queremos también agradecer el trabajo que ha realizado este magnífico grupo de jóvenes universitarios: Julio Acinas, Ignacio Cárdenas, Belén Casero, Isabel Iglesias, Jordi Moreno, Almudena Navarro-Rubio, Teresa Sánchez y Germán Valentín-Gamazo.

Raúl Canosa Usera

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de la Coruña

Madrid, 6 de junio 2008

CAPÍTULO 1

LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El nuevo Derecho Administrativo y los ciudadanos.
- III. Los servicios de interés general.
- IV. Los usuarios y los servicios públicos.

I. Introducción

Los nuevos enfoques y aproximaciones que hoy podemos encontrar al tratar sobre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración pública suelen coincidir en la centralidad de la persona, del ciudadano, del particular, o del administrado. Es, me parece, la consecuencia de poner en orden un marco general en el que por bastante tiempo prevaleció una idea de la Administración como poder conformador y configurador de lo público desde los esquemas de la unilateralidad. No digamos ya en materia de servicios públicos y de servicios de interés general, donde el usuario se ha convertido, afortunadamente, en el centro de atención de su tratamiento jurídico.

La filosofía política de este tiempo parece tener bien clara esta consideración del papel de la persona en relación con el poder público. Desde este punto de vista, la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones y resoluciones públicas. Definir a la persona,

al ciudadano, como centro de la acción administrativa y del ordenamiento jurídico-administrativo en su conjunto supone considerarlo como el protagonista por excelencia del espacio público, de las instituciones y de las categorías del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Es decir, a la hora de construir las políticas públicas, a la hora de levantar los conceptos del Derecho Administrativo debe tenerse presente la medida en que a su través se pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, esta reflexión se antoja evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas.

Afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir atribuir a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cuestión pública. Afirmar el protagonismo de la persona es colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Si nos atenemos al sentido promocional del poder público, el que sigue el artículo 9.2 de la Constitución española, podemos afirmar que, en efecto, generar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es una de las finalidades constitucionales de la Administración pública. En este sentido, las decisiones en materia de servicios públicos y de servicios de interés general deben estar presididas por este medular precepto constitucional pues de lo que se trata es de que los servicios públicos y los servicios de interés general sean entornos de humanización y de ejercicio de la libertad solidaria por parte de todos los ciudadanos. Los países con mejores servicios suelen ser países donde se facilita la libertad, donde se puede elegir entre diversas opciones.

Desde un punto de vista moral entiendo que la libertad, la capacidad de elección —limitada, pero real— del hombre es consustancial a su propia condición, y por tanto, inseparable de su ser mismo, y plenamente realizable en el proyecto personal de cualquier ser humano de cualquier época. Pero desde un punto de vista social y público, es indudable un efectivo progreso en nuestra concepción de lo que significa la libertad real de los ciudadanos. Qué duda cabe que el poder público, si es sensible a las demandas reales de los ciudadanos de disponer de mejores servicios, puede contribuir, como manda la Constitución, a colaborar a que, en efecto, la libertad y la igualdad sean cada vez de mejor calidad.

En el orden político, bien lo sabemos, se ha entendido en muchas ocasiones la libertad como libertad formal. Siendo así que sin libertades formales difícilmente podemos imaginar una sociedad libre y justa, también es verdad que es perfectamente imaginable una sociedad formalmente libre, pero sometida de hecho al dictado de los poderosos, vestidos con los ropajes más variopintos del folclore político. Los servicios públicos y los servicios de interés general, en la medida en que están presididos por la universalidad, la asequibilidad y la calidad, garantizan a la ciudadanía en su conjunto una serie de medios y posibilidades que ayudan a la realización del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad.

Desde la perspectiva del usuario de dichos servicios se comprende mejor, mucho mejor, la naturaleza y la funcionalidad de los principios de continuidad y regularidad

ya que constituyen un derecho del propio usuario, no tanto una característica esencial, que lo es también, del servicio público o del servicio de interés general. Si se quiere, se puede expresar esta idea con otras palabras: el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo la universalidad, la asequibilidad, y la calidad, en un marco de continuidad y regularidad en la prestación. Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios, de los ciudadanos.

II. El nuevo Derecho Administrativo y los ciudadanos

La caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo, en España, replanteamientos necesarios de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferentes en su configuración, y en sus consecuencias, a los del nacimiento del Estado-Providencia y a las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, conceptual e institucionalmente, a los nuevos tiempos pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia, o, en otros términos, el Derecho del poder para la libertad, como ha señalado atinadamente GONZÁLEZ NAVARRO. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, este punto de vista es fundamental porque introduce una nueva manera de acercarse a este sector del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado al arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva y a la consideración mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático. Desde este punto de vista es menester sobrevolar, y superar, la atalaya, el observatorio, desde el que se construido un Derecho Administrativo, especialmente en materia de servicios públicos, en el que lo capital y central eran los privilegios o las prerrogativas del poder público.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve

de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece, es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Hoy, el interés general se define, no ya unilateralmente por el Estado, sino a través de una justa e inteligente alianza entre el poder y los agentes sociales que, en cualquiera de sus modalidades, deben tener como elemento central la garantía de los derechos de los ciudadanos desde parámetros de solidaridad.

Es decir, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo, al interés general y a la promoción de los derechos de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su *status quo*, debe estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no es otra la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta, sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea. Y es también el caso de los servicios públicos, en los que las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad, determinan nuevas fórmulas que subrayen la posición central de los usuarios como tendremos ocasión de examinar en el conflicto jurídico planteado con ocasión de la reciente OPA de Gas Natural sobre Endesa.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución *in toto* de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías por otro radicalmente distinto, sino de estar pendientes de la realidad constitucional para detectar los

nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones que componen el Derecho Administrativo. Desde este punto de vista, el Derecho Público se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho que denominamos dinámico, abierto, plural y complementario. Ello no quiere decir que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que haga buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo, anteriormente referida, como el Derecho del poder para la libertad. En este marco conceptual encuentra su explicación el nacimiento de los servicios de interés general y la posición central del usuario como correlato necesario de la relevancia que ha adquirido en el Derecho Administrativo la función de garantía de los derechos de los ciudadanos como tarea fundamental a la que hoy está convocado.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las Ciencias Sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todos aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más consciente de su posición institucional en el sistema democrático.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía —finales del siglo XVIII— que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son gestores de funciones de titularidad ciudadana y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una capital sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la autoridad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y la sumisión del aparato administrativo a los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava

la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, *potestas variandi*, potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos del actual y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración pública sino, más bien, hacer posible y facilitar. En este sentido, la perspectiva central del ciudadano nos lleva también a buscar y encontrar nuevas figuras jurídicas que pongan al día la teoría de los servicios públicos en relación con los derechos fundamentales. De esta tarea surge el servicio de interés general que elimina la titularidad pública de determinados servicios, salvo los que en cada momento puedan ser esenciales para la comunidad, facilitando la entrada a las iniciativas sociales. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta intervención pública como sea imprescindible.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio, por parte de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático y cerrado que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En esta dimensión unilateral y cerrada del Estado de Bienestar, los servicios públicos eran la prolongación de la larga mano del Estado en la sociedad: su titularidad era pública en todos los casos, fueran de contenido social o económico. Y, sobre todo, esta perversa manera de entender el Estado de Bienestar buscaba, ahora lo sabemos bien, hacerse cargo de todos los aspectos de la vida del ciudadano, desde la cuna hasta la tumba. En el fondo, se trataba de tener a la sociedad a merced del aparato público a partir de la máxima: tanta intervención como sea posible y tanta libertad como sea imprescindible. Ahora las cosas suceden, al menos teóricamente, de otra forma y se apuesta por la centralidad de la persona, de manera que la titularidad de los servicios públicos de naturaleza económica ha caído a manos de los servicios de interés general, y los de contenido social probablemente no muy tarde seguirán el mismo camino.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas

teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de la Administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia del interés general, que debe regularse en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pío BAROJA sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que es menester seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración pública ha asumido su papel de organización al servicio y disposición del pueblo. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración pública sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración pública y sus potestades, privilegios y prerrogativas. En este contexto también se explica la penetración de versiones más abiertas que han ido desterrando la vieja construcción, vertical y autoritaria, del servicio público, presentándonos la categoría del servicio de interés general, que ni es una traición al Derecho Administrativo ni una manifestación de la tan cacareada huída del Derecho Administrativo. Más bien, todo lo contrario. Resulta que ahora, como luego estudiaremos, estamos ante un nuevo Derecho Administrativo que tiene una tarea fundamental, mayor en intensidad que antes puesto que la garantía de los derechos de los usuarios ha dado lugar a que la propia Administración disponga de determinados poderes que permitan que la universalidad, la asequibilidad y la calidad del servicio sean una realidad.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA de 1981 sobre la significación de las libertades

públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y la de los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo VON IHERING, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de los dirigentes, no tanto en los cambios normativos. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo, insisto, es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, aunque sea de pasada, los artículos 9, 10, 24, 31, 53 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta Magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La Administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la

función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración pública en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, o bien a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quien lo ejerza, arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente “in crescendo” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

La referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy relevante sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración pública está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio que era la principal característica que acompañaba a los monarcas de entonces. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la Administración pública debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra

el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la Administración pública es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cual sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está insito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho Privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración pública justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado. El caso, por ejemplo, de los servicios de interés general, calificado por determinado sector doctrinal como manifestación de la huída del Derecho Administrativo, acaba resultando sorprendentemente un ejercicio de vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que existen núcleos básicos en los que es menester seguir los criterios públicos de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia y, sobre todo, de garantía de principios como los de regularidad y continuidad así como la garantía de determinadas características que trae consigo, en materia de servicios públicos, la posición central del usuario: universalidad, asequibilidad y calidad.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien

lo practica..., constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza, estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la Administración pública sea central en la reforma y modernización permanente del aparato administrativo.

La caracterización como objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cual acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cual, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño, sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente por parte los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo. La proyección de estos

principios en materia de servicios públicos ha producido el alumbramiento de un concepto de gran presente, y futuro, como es el de servicio de interés general, en el que se cumple a la letra esa definición moderna del Derecho Administrativo que entiende el ejercicio del poder para el bienestar general e integral de los ciudadanos.

Partiendo de la posición central de los derechos fundamentales de la persona, tal y como explicamos en el epígrafe anterior, resulta que éstos “constituyen la esencia misma del régimen constitucional” (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son “elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica” (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”(sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianidad del quehacer administrativo. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros PÉREZ LUÑO.

Ahora, cuando la Administración pública actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico

objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos o para la apología del terrorismo, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, por ejemplo, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, es el caso de la expropiación forzosa, puede ser que el ejercicio del derecho de propiedad deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

III. Los servicios de interés general

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del “servicio público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del

14 Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral

privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los años cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad y transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado y Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autoritaria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOF todo lo invade y todo lo controla “desde la cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución pública configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático de Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del *status quo*.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico-jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los denominados servicios de interés

general, o servicios de interés económico general y, por ende, produciéndose una ilusionante vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado —Sociedad, pierde su sentido jurídico— administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuanto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, bien complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Por su parte, el artículo 128 establece:

“1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general.”

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea preservadora, garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la

Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula habitual de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general, que habrán de concretarse y puntualizarse convenientemente, lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la *publicatio*, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOF), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la *publicatio* —salvo excepciones— sino la técnica autorizadora —*ordenatio*— cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se pueden olvidar, derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad —interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado—.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización, que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados Fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. Tampoco, por otra parte, es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL para alejarse de los postulados del mercado.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos —sólo faltaría— no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el del servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico-administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba VON IHERING, la mejor regulación del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos de naturaleza económica.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y donde mejor se contempla esa nueva función del Estado.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público, que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huída del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, de que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional por el que discurrieron en el pasado y por el que discurren en el presente. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un injusto proceso al servicio público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el servicio público era la piedra angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del

servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos —el servicio público— y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse —el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes—.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos. En 1929, la Gran Depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización, es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Estamos en el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo —la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN)—, de Viena —principio de no intervención pública (HAYEK), de Chicago— guerra a los monopolios (FRIEDMAN)—, o de *Public Choice* —la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN)—.

Ciertamente, si alguien puede detener, el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos —en sentido amplio— es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Éste es el *punctum dolens* de nuestra reflexión: lo decisivo

no es quién preste el servicio, sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre DEVOLVÉ cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la *publicatio* que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar guste o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por *mor* de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, *despublicatio*, no son más que términos jurídico —económicos o económico— jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el iuspublicista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con *publicatio* y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas *public utilities* garantizadas por la regulación — sin más — de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigésimo artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”.

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

“... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí donde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa pública.

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde, la Comisión se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal sorprendiendo que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Esto es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte y, por otra, que

determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece, la más destacada. En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el “nuevo servicio público” sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido) que pasan de ser servicios públicos *stricto sensu* o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP, no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado.

Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada, porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público —continuidad, regularidad— y del mundo del mercado —no monopolio— en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco de elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003, el legislador “recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal. “En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a Internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios”.

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al

servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que —artículo 23— designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad..., son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

IV. Los usuarios y los servicios públicos

El auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este trabajo porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno.

Es conocido que el Tribunal Supremo argumentó que a la hora de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto, debe partirse del dato de que el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de donde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas porque están en la misma médula del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte, no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

En los casos de servicios de interés general como el que nos referimos, gas y electricidad, parece más claro que el papel del usuario deba ser central pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales en Europa debieran ir desapareciendo poco a poco los servicios públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del Estado en la garantía de la calidad, universalidad y asequibilidad de dichas prestaciones, pero no su titularidad pública, algo hoy trasnochado y periclitado.

Bien sabemos, sobre todo en el Derecho español, que los ciudadanos no disponen de un genérico y abstracto derecho a la prestación de un servicio público, salvo en el caso de los denominados servicios mínimos y obligatorios de los gobiernos y administraciones locales. Sin embargo, la perspectiva del ciudadano como usuario, como consumidor, que no cliente, de actividades y prestaciones de interés general, le sitúa en una nueva consideración que, a los efectos de este trabajo, debe tenerse bien en cuenta. Me refiero a que en estos supuestos en los que el ciudadano consume servicios de interés general, su posición jurídica participa también, de algún modo, y con mayor razón, de la posición de protagonismo que con carácter general se le atribuye al ciudadano en el marco de los postulados generales del Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución española se refiere a los consumidores y usuarios, a ambos, en el artículo 51, cuyos parágrafos 1 y 2 disponen:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos especiales, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.”

El constituyente reconoce a los usuarios y consumidores como dos colectivos diferentes aunque con rasgos comunes pues, de lo contrario, probablemente los hubiera regulado en preceptos distintos. Podría señalarse, a los efectos que ahora interesan, que el usuario es un consumidor de servicios públicos o de servicios de interés general. Interesa retener en todo este epígrafe, que los poderes públicos, según dispone el mandato constitucional de referencia, tienen como función central defender a los usuarios de servicios públicos y de servicios de interés general. Se trata pues de una consideración que se explica y se justifica atendiendo a la consideración central de la persona, del ciudadano, en relación con las prestaciones públicas o de interés general. Es decir, en el estatuto o régimen jurídico del usuario, este principio de la Constitución debe tenerse muy presente, de forma y manera que la defensa de los usuarios no se quede reducida a una mera declaración de intereses y alcance virtualidad práctica en los concretos servicios, sean públicos o de interés general, establecidos en cada momento.

El precepto, además, prevé una defensa especial de los usuarios en materia de seguridad, salud y legítimos intereses económicos. Ciertamente, la consideración de los legítimos intereses económicos de los usuarios va a tener más predicamento en sede de servicios de interés general que en materia de servicios públicos, por obvias razones. Además de establecer procedimientos especiales de protección para la salud y la seguridad de los usuarios, también debe recordarse que, en esta materia, los poderes públicos fomentarán la constitución de asociaciones y organizaciones que puedan expresar los intereses comunes de los usuarios, ordinariamente para cada servicio, sea público o de interés general. Cómo la Constitución no distingue entre servicios públicos, esenciales y de interés general, tampoco debe distinguir el intérprete, de manera que la expresión se refiere indistintamente a dichas modalidades de servicios.

En materia de servicios públicos, incluso en aquéllos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública. GIANNINI ha hablado, para estos supuestos, de Derecho Privado especial porque, obviamente, existen componentes esenciales de Derecho Público que no se pueden desconocer puesto que, en estos casos, el servicio se establece con fondos públicos, fondos que están especialmente vinculados a una reserva esencial de principios de Derecho Público que no se pueden desconocer. En el caso de los servicios de interés general, donde ya no hay titularidad pública de la actividad, por sorprendente

que pueda parecer, como intenté demostrar en el epígrafe anterior, resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración pública. Que esto sea así supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la Administración pública, una congruente intensificación de las técnicas de supervisión, control e inspección de dichos servicios con el objetivo precisamente de garantizar la calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones.

La Administración pública no siempre es consciente de este nuevo papel que juega, lo que en ocasiones puede poner en entredicho cuestiones tan estratégicas como la continuidad del suministro en supuestos extraordinarios por no disponer de los medios personales y materiales acordes con las nuevas funciones que la Ley y la realidad le encomienda.

En los casos de servicios públicos como la educación, el régimen jurídico del usuario está disciplinado por normas de Derecho Público puesto que los usuarios se encuentran, por sorprendente que parezca, en situación de especial sujeción. Sin embargo, si atendemos al sentido actual de las reformas, también en los llamados servicios públicos de naturaleza social, es probable que la fuerza de la libertad y la victoria de los derechos fundamentales en su pugna con las características clásicas del servicio público, terminen por dar entrada a los presupuestos de la libertad solidaria dotando al usuario de una posición realmente central en la construcción y desarrollo de estos servicios o actividades de interés general, educación incluida.

Por tanto, la denominada vuelta al Derecho Administrativo en los servicios de interés general y el llamado Derecho Privado Especial que se aplica a las formas indirectas de gestión de servicios públicos, nos muestran un nuevo panorama en el que, poco a poco, se va sustituyendo la preeminente posición de la Administración en beneficio de la centralidad del usuario.

En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad. Se pasa de la *publicatio* a la *ordenatio*. Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio público permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general. En estos casos, la Administración pública responde de una serie de obligaciones de servicio público, así llamadas en las leyes correspondientes, que los operadores han de cumplir para facilitar las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad inherentes a cualquier servicio público o de interés general.

Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones injustificadas. En el caso de las

telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías, determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta que punto la intensidad de la sensibilidad social es en estos supuestos una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública.

La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá, es verdad, más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga. En el caso del servicio público, ordinariamente es más complicado que exista libertad de elegir servicio. Pero en ambos casos, los usuarios disponen de un derecho a prestaciones continuas, regulares, iguales, asequibles y de calidad.

Del nuevo derecho fundamental a una buena Administración pública se deriva el correspondiente derecho de los usuarios a buenos servicios públicos y a buenos servicios de interés general. Probablemente, la traducción a términos concretos de este nuevo derecho de los ciudadanos en general, y de los usuarios de servicios públicos o de servicios de interés general en particular se refiera a los estándares de calidad que han comenzado a codificarse en las llamadas cartas de servicios, un instrumento de origen anglosajón que ayuda sobremanera a que el usuario conozca desde el principio la tabla de las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio, sea público o privado.

Ciertamente, este derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios de interés general, debe ser reconocible para el usuario a partir de algunos parámetros concretos, como pueden ser las notas que clásicamente configuraron en el pasado y configuran en la actualidad los servicios públicos: igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. Además, como las cartas de servicios incorporan ordinariamente obligaciones concretas del prestador del servicio, en caso de incumplimiento se podrán impugnar ante la jurisdicción competente en cada caso.

En los supuestos de huelga de estos servicios, la Administración ha de garantizar unos servicios mínimos razonables que permitan atender con regularidad las exigencias del servicio. El usuario, además, tiene en estos casos un obvio derecho a conocer con antelación la situación de la huelga y su duración a los efectos oportunos.

Una de las claves para entender el sentido de la evolución histórica de los servicios se refiere a la naturaleza jurídica del usuario. Según los postulados de la Escuela de Burdeos, cuna del servicio público, éste surge de un acto unilateral de la propia Administración, del Ente público que presta el servicio. Pero ese acto está condicionado, como señala DUGUIT, a que el usuario emita una declaración de voluntad solicitando ser admitido a dicho servicio en los términos establecidos en la norma que lo disciplina. Una vez que el usuario es aceptado al servicio, entonces se convierte en titular de una situación jurídica objetiva, estatutaria, regida por las normas del servicio, que son por definición, mudables. Así las cosas, resulta que el usuario, ni tiene derecho subjetivo alguno a ser admitido al servicio ni a que la prestación en que éste consista se realice en determinadas condiciones, ni siquiera a oponerse

a una eventual decisión de supresión del servicio. Es la consecuencia de concebir el servicio desde la unilateralidad, desde la consideración del usuario como súbdito, como un administrado al que la Administración pública ha de aceptar al servicio. Algo que con el paso del tiempo y la llegada de los servicios públicos de naturaleza económica e industrial se terminó por la sencilla razón de que se tomó conciencia de que el interés general en estos casos descansa precisamente en la prestación de determinadas actividades de relevancia pública a determinados ciudadanos, que adquieren un papel activo puesto que a fin de cuentas el servicio está pensado y construido para ellos.

En la actualidad, con la consagración del principio de igualdad y el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la obligación de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva, las cosas van a ser distintas. Efectivamente, ahora el acceso no es un privilegio del aparato público, sino un derecho de los ciudadanos. Hoy existe el derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de que se trate y también el usuario del servicio tiene derecho a que éste se preste en las condiciones previstas en las normas que disciplinan el régimen jurídico y el funcionamiento del servicio. En este punto, las diferencias entre los servicios públicos y los servicios de interés son mínimas pues en ambos casos la Administración pública tiene la obligación de asegurar y garantizar que la prestación se realice en unas determinadas condiciones que integran el derecho del que hoy tanto se habla y se escribe, a buenos servicios públicos. Derecho que es el corolario necesario del más amplio derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración y a un buen gobierno de las instituciones públicas.

Con el advenimiento del Estado social de Derecho y su correlato, el Estado del bienestar, la participación ciudadana se convierte en el elemento del que se echa mano para suplir la llamada falta de legitimidad de la Administración. Empieza a hablarse de participación orgánica, de participación en la definición, análisis, ejecución, implementación y evaluación de los servicios públicos. En realidad, la participación de los interesados en el procedimiento administrativo adquiere gran relevancia y los usuarios y sus representaciones juegan un papel importante en orden al establecimiento de las normas reguladoras de los servicios, no así, por obvias razones, en lo referente a la gestión. Aparecen las cartas de servicios y las autoridades independientes o neutrales, quizás llamadas así para encubrir precisamente la falta de autonomía de la que pueden gozar quienes están nombrados por el poder político, con el objetivo de ser garantes de los derechos de los usuarios en los servicios regulados.

CAPÍTULO 2

LA POLÍTICA COMÚN DE CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA

M^a DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ, MARINA MATUD JURISTO,
MÓNICA MUESMANN TORRES DE NAVARRA

SUMARIO

- I. Antecedentes de la Política Común de Consumidores.
 - II. El estadio actual de la Política Común de Consumidores de la Unión Europea.
 - III. España y la normativa comunitaria.
 - IV. Legislación en vigor.
 - V. Legislaciones de los Estados miembros.
- ANEXO: Acciones e instrumentos a que se refiere el artículo 2.

I. Antecedentes de la Política Común de Consumidores

La política de protección al consumidor no es una política originaria del Tratado de Roma de 1957 (T.C.E.E.). El reforzamiento de los aspectos sociales de aquél, y la afirmación expresada tanto en el Preámbulo del mismo¹, como en varios de sus artículos (*vid.* artículos 2², 39³ ó 85.3 o el 86⁴) hacían prever que la evolución desembocara

¹ Vid. Preámbulo TCEE: “la constante mejora de las condiciones de vida y de empleo”.

² *Vid.* Art. 2 TCEE: “promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada creciente y una elevación acelerada del nivel de vida”.

³ *Vid.* Art. 39 TCEE “asegurar precios razonables en su entrega a los consumidores”.

⁴ El apartado 3 del artículo 85 del Tratado subordina la autorización de ciertos acuerdos entre empresas siempre que “una parte equitativa” del beneficio que resulte se reserve para los usuarios. Por su parte, el artículo 86 cita, como ejemplo de prácticas abusivas, “la limitación de la producción, la venta o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”.

en la producción de normas dirigidas a la persona, por lo que nos conviene ahora, al consumidor, como sujeto activo y pasivo del mercado común. En consecuencia, el desarrollo de aquellas disposiciones, desembocarían en la toma de decisiones relativas a los consumidores.

A pesar de que su inserción como política comunitaria se produce en el Tratado de Maastricht, su gestación comienza en la década de los años setenta, cuando en la Cumbre de París de 1972, los Jefes de Estado y de Gobiernos de los entonces seis Estados miembros manifestaron su voluntad de ir avanzando en este ámbito.

Se habían ido en efecto adoptando determinadas normas aisladamente⁵ que de una u otra forma repercutiría favorablemente en la construcción de esta política, tanto en el ámbito interno del entonces mercado común de los seis Estados como en la cooperación con organismos internacionales.

Pero sin duda, el motor de arranque de la construcción de una verdadera política “unificada” vendrá marcada por la Resolución que, el 14 de abril de 1975, aprobaría el Consejo relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

Los rasgos a destacar de esta resolución son:

“Considerando que, en virtud del artículo 2 del Tratado, la Comunidad Económica Europea tiene por misión promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada y una elevación acelerada del nivel de vida;

Considerando que la mejora cualitativa de las condiciones de vida es una de las misiones de la Comunidad que implica la protección de la salud, de la seguridad y de los intereses económicos del consumidor;

Considerando que la realización de esta misión requiere la aplicación, a nivel comunitario, de una política de protección e información del consumidor;

Considerando que los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en París los días 19 y 20 de octubre de 1972, confirmaron esta necesidad invitando a las instituciones de las

⁵ Así: Programa general para la supresión de los obstáculos técnicos en el intercambio de productos industriales y alimentarios que resulten de las disparidades entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, establecido por la Resolución del Consejo de 28 de mayo de 1969 (DO n° C 76 de 17. 6. 1969, p. 1), y completado por la Resolución de 21 de mayo de 1973 (DO n° C 38 de 5. 6. 1973, p. 1); el Programa de acción de 17 de diciembre de 1973 en materia de política industrial y tecnológica (Resolución del Consejo de 17 de diciembre de 1973, DO n° C 117 de 31. 12. 1973, p. 1); la Resolución del Consejo de 22 de julio de 1974 (DO n° C 92 de 6. 8. 1974, p. 2). La colaboración con la Organización de las Naciones Unidas: la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización Mundial de la Salud; la Organización para la Alimentación y la Agricultura y el CODEX alimentarius; la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico; el Consejo de Europa; el Comité nórdico de consumidores, la Organización Internacional de Normalización y la Comisión Electrotécnica Internacional; el Comité Europeo de Normalización y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica. Además, en el ámbito de la información y representación de los consumidores, el Comité de contacto de los Consumidores, reunido de 1962 a 1972 con la información difundida por los servicios de información de la Comisión incluía tomas de posición del Comité. La Comisión creó un servicio del medio ambiente y de la protección a los consumidores, con una división especializada en la información y la protección de los consumidores. Y a fin de llenar el vacío dejado por la desaparición del Comité de contacto, la Comisión ha creado un Comité consultivo de los consumidores (Decisión de 25 de septiembre de 1973 (1)) que se reunió por primera vez el 19 de noviembre de 1973.

Comunidades a reforzar y coordinar las acciones en favor de la protección del consumidor y a presentar un programa para enero de 1974,

Aprueba el principio de una política de protección e información de los consumidores, así como los principios, objetivos, y la descripción general de las acciones a que deban emprenderse a escala comunitaria definidos en el programa preliminar adjunto.”

En este Programa preliminar al que la resolución hace referencia, la Comisión define los objetivos y principios generales de una política de los consumidores.

“Aunque la protección de los consumidores es un hecho establecido hace mucho tiempo en los Estados miembros de la Comunidad, el concepto de una política en materia de consumo es, por el contrario, relativamente reciente. Constituye una respuesta a las condiciones, muchas veces fuente de abusos y frustraciones, en las que se encuentra el consumidor ante la abundancia y complejidad crecientes de los bienes y servicios que le ofrece un mercado en expansión. Aunque tal mercado tenga sus ventajas, el consumidor ya no está en condiciones de desempeñar plenamente, como usuario de dicho mercado, su papel de factor de equilibrio. Este equilibrio entre abastecedores y consumidores ha tendido a romperse en provecho de los abastecedores debido a la evolución de las condiciones del mercado. El descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los medios de comunicación, la ampliación de mercados y la aparición de nuevos métodos de venta han tenido por efecto el incremento, la producción, el suministro y la demanda de una inmensa variedad de bienes y servicios. Ello significa que el consumidor de otros tiempos, comprador generalmente aislado en un mercado local de escasa dimensiones, se ha transformado en elemento de un mercado de masas, es objeto de campañas publicitarias y de presiones por parte de los grupos de producción y distribución fuertemente organizados. A menudo, el productor y el distribuidor tienen más posibilidades que el consumidor para determinar las condiciones del mercado. Las fusiones de sociedades, los carteles y algunas restricciones voluntarias de la competencia han creado igualmente desequilibrios en perjuicio de los consumidores.

7. Las prácticas comerciales, las cláusulas contractuales, el crédito al consumo y la propia noción de competencia han cambiado.

Esos cambios no han hecho sino acentuar los desequilibrios mencionados más arriba y han mostrado más claramente a los consumidores y a los poderes públicos la necesidad de una acción encaminada a informar mejor al consumidor acerca de sus derechos y a protegerle contra los abusos que puedan resultar de tales prácticas.

Por esta razón, las prácticas que en ciertos países se consideraban desleales únicamente en las relaciones entre productores (la publicidad engañosa, por ejemplo) se contemplan hoy día en el conjunto de las relaciones entre productores y consumidores.

Dato fundamental de este Programa es la conciencia de que la protección del consumidor debe ser una política que debe informar la política agrícola, de medio ambiente, económica, o transportes y energía al ser ámbitos directamente afectados desde el punto de vista del consumidor.

De ahora en adelante, ya no se considera al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como a una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor,

puede afectarle directa o indirectamente. Los intereses del consumidor pueden agruparse en cinco categorías de derechos fundamentales:

- a) derecho a la protección de su salud y de su seguridad,*
- b) derecho a la protección de sus intereses económicos,*
- c) derecho a la reparación de los daños,*
- d) derecho a la información y a la educación,*
- e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado).”*

En estas categorías la Comisión recomendaba determinadas acciones prioritarias. Pero este texto —como bien apunto el punto 49 de la Comunicación— no sería sino una primera etapa de todo un extenso y ambicioso programa de elaboración de medidas a tomar en los campos mencionados. Se trataba únicamente de un marco cuatrienal a desarrollar gradualmente y reforzamiento posterior. A esta Comunicación siguieron determinados Programas de Acción que enunciaban cierto número de derechos fundamentales y de principios. Materias como la de seguridad de los productos cosméticos, etiquetado de los productos alimentarios, publicidad engañosa o venta a domicilio, fueron objeto de las primeras reglamentaciones comunitarias en esta política.

En 1986, coincidiendo con la entrada de nuestro país en las entonces Comunidades Europeas, se firmó la primera reforma de los Tratados Constitutivos con el Acta Única Europea⁶. El objetivo de ésta era la de la creación de un mercado interior, definido como aquel espacio en el que se habrían de suprimir cualquier tipo de trabas administrativas, técnicas o fiscales al modo de un mercado nacional. Este mercado interior⁷ no podría hacerse realidad sin dar un impulso en ciertas políticas, entre ellas la que ahora nos ocupa. Además suprimió la regla de la unanimidad para la adopción de directivas en numerosos campos que afectan, en mayor o menor medida, a la protección de los consumidores.

En este periodo comprendido desde el Acta Única Europea hasta la gran reforma del Tratado de Maastricht se siguieron presentando nuevos programas de acción dando especial importancia a la información de los consumidores, la seguridad de los productos: (seguridad de los juguetes⁸ y seguridad general de los productos⁹), transacciones (pagos transfronterizos) y en materia contractual (cláusulas abusivas de los contratos¹⁰, venta a distancia¹¹ y multipropiedad)¹². Junto a los

⁶ En vigor el 1 de julio de 1987.

⁷ El artículo 100 A del Acta Unica Europea, faculta a la Comisión a proponer medidas destinadas a proteger a los consumidores tomando como base “un nivel de protección elevado”.

⁸ Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad de los juguetes (DO L 187 de 16.7.1988), modificada por la Directiva 93/68/CEE (DO L 220 de 30.8.1993).

⁹ Directiva 92/59/CEE relativa a la seguridad general de los productos, modificada por la Directiva 2001/95/CE y que se aplica sin perjuicio de lo establecido en la Directiva 85/374/CEE, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.

¹⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial L 95 de 21.4.1993).

¹¹ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997), modificada por la Directiva 2002/65/CE (DO L 271 de 9.10.2002).

¹² Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29.10.1994).

derechos “fundamentales” de los consumidores, anteriormente meritados, la primera normativa parecía encaminarse a la seguridad de los productos cosméticos, etiquetado de productos alimentarios, publicidad engañosa y la venta a domicilio. Se hará hincapié en la representación de los consumidores¹³.

Pero fue el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, el que elevó finalmente la protección de los consumidores al rango de auténtica política comunitaria. Se insertó el Título XI bajo el Título “Protección de los Consumidores” compuesto por el artículo 129 A, y que constituye el marco jurídico indiscutible que permite proseguir la política de los consumidores:

“Artículo 129 A

1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior;

b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.”

Se promulgaron por parte de la Comisión varios Libros Verdes sobre el Código Civil de los consumidores a la justicia¹⁴, e iniciativas legislativas concretadas en Directivas respecto a venta y garantías de los bienes de consumo, contratos celebrados a distancia, transferencias transfronterizas o acciones de cesación¹⁵, publicidad comparativa, etc.

Igualmente se fueron creando redes de información al consumidor y se elaboraron planes plurianuales a fin de establecer estrategias. Asimismo centros de estudio y seguimiento *ad hoc*; en 2002 se crearon la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria¹⁶

¹³ Dando lugar a lo que hoy constituye el Grupo Consultivo.

¹⁴ Libro verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, COM(93) 576 final.

¹⁵ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación, destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en las siguientes directivas: Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa y publicidad comparativa), Directiva 85/577/CEE (contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales), Directiva 87/102/CEE y siguientes (crédito al consumo), Directiva 89/552/CEE y siguientes (televisión sin fronteras), Directiva 90/314/CEE (viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados), Directiva 2001/83/CE (código comunitario sobre medicamentos para uso humano), Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos), Directiva 94/47/CE (adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido), Directiva 97/7/CEE (contratos a distancia), Directiva 1999/44/CE (venta y garantía de bienes de consumo), incluida en el anexo tras la adopción de la Directiva el 25 de mayo de 1999, Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico); Directiva 2005/29/CE (prácticas comerciales desleales), incluida en el anexo tras la adopción de la Directiva el 12 de junio de 2005. Directiva 2002/65/CE (comercialización a distancia de servicios financieros); Directiva 2006/123/CE (Directiva “Servicios”).

¹⁶ La sede de esta agencia se encuentra en Parma, Italia.

y el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal, que sustituye a los ocho comités científicos permanentes existentes.

Destacamos la obligación del establecimiento, en cada Estado miembro, de una autoridad encargada de vigilar el cumplimiento del acervo comunitario en cada país y de imponer, en su caso las sanciones que correspondan, *acciones de cesación*. Estas autoridades han de estar en estrecha colaboración con la Comisión Europea a la que han de informar.

En definitiva, se fue ampliando el campo de actuación comunitaria en el sector y el Tribunal de Justicia fue conformando, como luego se mencionará, una larga jurisprudencia que pone de manifiesto la incidencia de esta política en la ejecución de otras políticas: protección de la salud, transporte, medio ambiente, etc.

La Dirección encargada de ejecutar la política de consumidores será la DG XXIV (en la actualidad, DG SANCO), que atenderá a la protección de la salud.

Actualmente hay adscritos ocho nuevos comités en sustitución de los comités científicos encargados de la protección de la salud de los consumidores; un comité científico director ha sustituido al comité científico multidisciplinar; la Oficina Alimentaria y Veterinaria, anteriormente Oficina Comunitaria de Inspección y Control Veterinario y Fitosanitario, se ha creado como unidad responsable de la evaluación de los riesgos de salud pública.

II. El estadio actual de la Política Común de Consumidores de la Unión Europea

Tabla 2.1.

Estrategia y programa	Seguridad	Derechos
<ul style="list-style-type: none"> • Estrategia política • Programa financiero • Licitaciones y subvenciones • Hechos y cifras • Integración • Ampliación • Situación por país 	<ul style="list-style-type: none"> • Últimas noticias • Sistema de alerta rápida para productos de consumo no alimentarios (RAPEX) • Legislación sobre productos • Normas europeas • Servicios: sectores • Servicios: antecedentes • Cooperación internacional • Comités y grupos de trabajo • Proyectos 	<ul style="list-style-type: none"> • Prácticas comerciales desleales • Derechos contractuales generales • Comercio electrónico • Tiempo compartido y viajes • Servicios financieros • Servicios de interés general • Revisión de la normativa sobre protección del consumidor

Continúa

Estrategia y programa	Seguridad	Derechos
<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución y cooperación transfronterizas • Cooperación internacional • Acciones de cesación 	<ul style="list-style-type: none"> • Red de Centros Europeos del Consumidor • Métodos alternativos de solución de conflictos • Reparación individual por vía judicial • Reparación colectiva 	<ul style="list-style-type: none"> • Información de los consumidores • Formación para el consumo • Asociaciones y redes de consumidores • Grupo consultivo europeo de los consumidores

Fuente: http://ec.europa.eu/consumers/index_es.htm¹⁷.

La política europea de los consumidores ha recorrido así un largo camino desde la adopción en 1975 del primer programa de información y de protección de los consumidores.

Se han tomado un gran número de medidas para salvaguardar los intereses más amplios de los consumidores en ámbitos tales como:

1. Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior¹⁸.
2. Solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.
3. Publicidad engañosa y prácticas comerciales desleales¹⁹.
4. Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales²⁰.
5. Crédito al consumo²¹.
6. Televisión sin fronteras²².
7. Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados²³.

¹⁷ Con el cuadro que se inserta se pretende que el lector tenga una visión rápida y esquemática de la actividad de la C.E. en el ámbito que nos ocupa.

¹⁸ Directiva 2005/29/CE (Prácticas comerciales desleales), incluida en el anexo tras la adopción de la Directiva el 12 de junio de 2005.

¹⁹ Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. *Diario Oficial n° L 290 de 23/10/1997 pp. 0018-002*.

²⁰ Directiva 85/577/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial n° L 372 de 31/12/1985 p. 0031-0033. Edición especial en español, capítulo 15 tomo 6 p. 0131*.

²¹ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifica la Directiva 90/619/CE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, *Diario Oficial n° L 271 de 09/10/2002 pp. 0016-0024*.

²² Directiva 89/552/CE del Consejo de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. *DO L 298 de 17/10/1989, pp. 23-30*.

²³ Directiva 90/314/CE del Consejo de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. *Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993 pp. 0029-0034*.

8. Código comunitario sobre medicamentos para uso humano²⁴.
9. Cláusulas abusivas en los contratos²⁵.

No es un elenco de materias, sin embargo, exhaustivo, ya que el hecho de la transversalidad de esta política, y en consecuencia su incidencia sobre la política de medio ambiente²⁶, salud pública, transportes o competencia, y en las libertades fundamentales consagradas en el Tratado como la de mercancías y personas fundamentalmente, hará que nos encontremos hoy ante una dispersión legislativa que dificulta enormemente el conocimiento de la legislación comunitaria de protección del consumidor. A esta dispersión general se ha de añadir un dato fundamental, y es la posibilidad cierta de que cada Estado imponga condiciones más severas²⁷ en cuanto a la protección del consumidor, así como en ciertos Estados de la Unión que por el hecho de haber cedido esta competencia a niveles autonómicos.

Además, han tenido su lógica repercusión varios factores: el hecho de la ampliación a veintisiete Estados miembros, el auge del sector del comercio electrónico, de los servicios, las consecuencias de la facilidad del intercambio transfronterizo de productos o la crisis de la EEB y similares. A todo ello, han ido respondiendo paulatinamente las instituciones.

Conocer el estadio actual de la política de protección del consumidor, es tarea difícil. Se hace preciso el estudio de los Libros Verdes y Blancos de la Comisión y conocer las estrategias seguidas en los diferentes periodos plurianuales que establece la Comisión Europea y de la que nace la nueva normativa que va abarcando cada vez más ámbitos de acción, tanto por lo que se refiere a la armonización y aproximación de legislaciones como a aspectos específicos, sean materiales o humanos.

En efecto, se ha dictado una profusa legislación en sectores generales y específicos relativos a los productos en general y particulares y se ha ido pronunciando la importancia que en esta política tiene también el consumidor y las organizaciones.

En consecuencia dividiremos este apartado en dos epígrafes:

1. Acciones de la Comunidad para el presente periodo (2007-2013).
2. Organizaciones de representación y defensa de los intereses de los consumidores.

II.1. Acciones de la Comunidad para el presente periodo (2007-2013)

Los tres grandes ejes sobre los que se perfila en este periodo la política de protección del consumidor son: la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007: “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013”²⁸, la Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un

²⁴ Directiva 2001/83/CE del Consejo y del Parlamento Europeo sobre código comunitario sobre medicamentos para uso humano.

²⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial* n° L 095 de 21/04/1993 pp. 0029-003.

²⁶ La jurisprudencia comunitaria engloba la política de medio ambiente junto a la de consumidores.

²⁷ Ello siempre y cuando no suponga un obstáculo real a la libre circulación de mercancías o personas, lo que desde hace tiempo ha venido siendo objeto de recursos ante el Tribunal de Justicia, al ser precisamente excepciones a las mismas, razones de seguridad, policía y salud públicas.

²⁸ COM (2007) 99 final —no publicada en el *Diario Oficial*—.

programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) y el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo²⁹.

II.1.1. La Decisión 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006

Los objetivos principales de esta estrategia para el periodo 2007 a 2013 se hallan mencionados en el Artículo 2:

(...)

“Finalidad y objetivos

1. La finalidad del programa consistirá en complementar, apoyar y vigilar las políticas de los Estados miembros y contribuir a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses.

2. La finalidad expresada en el apartado 1 se perseguirá mediante los siguientes objetivos:

a) Garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, concretamente mejorando la documentación objetiva, la consulta y la representación de los intereses de los consumidores.

b) Garantizar la aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores, en particular reforzando la cooperación, la información, la educación y las vías de recurso.

Estos objetivos se lograrán combinando las acciones instrumentos de la lista que figura en el Anexo I³⁰ de acuerdo con las prioridades del plan de trabajo anual que menciona el artículo 7, apartado 2, letra a).”

(...)

Antes del mes de marzo de 2011, la Comisión habrá de presentar un informe sobre la marcha de estos objetivos y antes de diciembre de 2015 un informe *ex post* de evaluación de resultados³¹.

La financiación para la puesta en marcha de este Programa es de 156.800.000^{32, 33}.

II.1.2. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007: “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013”

Anualmente, la Comisión Europea, y sin perjuicio de estos programas plurianuales, presenta un programa de trabajo para sectores determinados que

²⁹ Diario Oficial C 61 de 15.3.2007.

³⁰ Véase anexo al final del capítulo.

³¹ *Vid.*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social —Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013— capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz. COM /2007/0099 (final) de 13 de marzo de 2007.

³² *Vid.* artículo 3 de la *Decision No 1926/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 establishing a programme of Community action in the field of consumer policy (2007-2013)*.

³³ Este programa sustituye al Programa 2004-2006 (Decision 20/2004/CE).

es sometido al *Advisory Committee*³⁴ previsto en el artículo 10 de la Decisión 1926/2006/EC.

En abril de 2005, la Comisión presentó una nueva propuesta de Programa de acción sobre salud y protección de los consumidores para el periodo 2007 a 2013³⁵. Esta estrategia desarrolla la política de protección del consumidor de una forma más ambiciosa y fue objeto de resolución del Consejo de las Comunidades Europeas en orden a su aprobación³⁶. Este programa fue elaborado en estrecha consulta con organizaciones de consumidores: entre noviembre de 2004 y septiembre de 2006, organizaciones de consumidores fueron objeto de consultas, en particular el *European Consultative Consumer Group* (ECCG) que trabajó estrechamente con organizaciones de otros Estados como Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, República Checa y Suecia.

Junto a éstas, resultaron igualmente decisivos y muy eficaces los contactos e intercambios con el *Bureau Européen des Associations de Consumidor* (BEUC), y la *European association for the coordination of consumer representation in standardization* (ANEC).

Posteriormente, con fecha 13 de marzo de 2007, presentó la “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013” (*Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerles de manera eficaz*) mediante la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

En esta Comunicación, la Comisión resalta la prioridad establecer un nivel equivalente de seguridad y de protección en toda la Unión Europea, y un mercado interior más integrado mediante la capacitación de los consumidores, instaurando un mercado más transparente que les permita tener opciones reales de consumo, por ejemplo, en términos de precio y calidad; mejorando el bienestar de los consumidores en términos de calidad, diversidad, accesibilidad, seguridad, etc.; y protegiendo a los consumidores contra los riesgos y amenazas graves.

Realmente, las prioridades del periodo 2004-2006 (consecución de un nivel elevado de protección de los consumidores y la aplicación de las normas en materia de protección de los mismos) no varían. Los ámbitos prioritarios marcados para esta política son:

- Mejorar el seguimiento de los mercados de consumo y de las políticas nacionales de los consumidores.
- Regular mejor la protección de los consumidores.
- Reforzar la seguridad de los productos en el mercado mediante herramientas de supervisión.

³⁴ *Consumer Financial Programme Committee* (CFPC). Está compuesto por representantes de todos los Estados miembros y emite su Opinión sobre el Programa Anual de la Comisión.

³⁵ “Healthier, safer, more confident citizens: a health and consumer protection strategy” —COM (2005) “Más salud, seguridad y confianza para los ciudadanos: estrategia de salud y protección de los consumidores” [COM(2005) 115].

³⁶ Council resolution of 31 May 2007 on the Consumer Policy Strategy of the EU (2007-2013) *Official Journal C* 166, 20/07/2007 pp. 0001-0003.

- Integrar los intereses de los consumidores en otras políticas comunitarias.
- Informar y educar mejor a los consumidores, por ejemplo, reforzando el papel de los centros europeos de los consumidores.

Para ello, las Acciones previstas son la de regular mejor la protección de los consumidores, la mejora del control de la aplicación y las vías de recurso, la mejora del seguimiento de los mercados de consumo y de las políticas nacionales de los consumidores (sistema de alerta rápida RAPEX^{37,38}), hacer de los consumidores el núcleo de otras políticas y reglamentaciones de la UE e informar y educar mejor a los consumidores.

II.1.3. El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo³⁹

La revisión del acervo comunitario tuvo su origen próximo en el año 2004 con la Comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro” que englobó ocho directivas.

En 2004, la Comisión puso en marcha la revisión del acervo en materia de consumo con vistas a mejorar el logro de los objetivos establecidos en la iniciativa “Legislar mejor” simplificando y completando el marco regulador existente. El proceso de revisión se expone en la Comunicación de 2004 “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”.

Dicho proceso engloba ocho directivas destinadas a proteger a los consumidores:

Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁴⁰.

Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, sobre viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados⁴¹.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴².

³⁷ Creado por la Decisión 84/133/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1984, por la que se crea un sistema comunitario de intercambio rápido de informaciones sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo. También la Decisión 89/45/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema comunitario de intercambio rápido de informaciones sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo, (modificada por la Decisión 90/352/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990), Decisión 90/651/CEE del Consejo, de 4 de diciembre de 1990, relativa a las adaptaciones necesarias, en el marco de la unificación alemana, del sistema comunitario de intercambio rápido de información sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo, Decisión 93/580/CEE del Consejo, de 25 de octubre de 1993, relativa al establecimiento de un sistema comunitario de intercambio de informaciones sobre determinados productos que pueden poner en peligro la seguridad o la salud de los consumidores, y la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos.

³⁸ Si la Comisión tuviera conocimiento de la existencia de un riesgo grave que determinados productos pudieran entrañar, podrá adoptar medidas de intervención rápida. Tras consultar con los Estados miembros, podrá adoptar decisiones. Tales decisiones tendrán bien una validez ilimitada en el tiempo, bien una validez máxima de un año que podrá ampliarse para periodos adicionales de un año. Dichas decisiones podrán conllevar, en ciertos casos, la prohibición de exportación de los productos en cuestión. Sea como fuere, las decisiones adoptadas en virtud de la Directiva y que restrinjan la comercialización de un producto deberán estar motivadas y ser susceptibles de recurso ante los órganos jurisdiccionales competentes.

³⁹ Diario Oficial C 61 de 15.3.2007.

⁴⁰ DO L 372, 31.12.1985, p. 31.

⁴¹ OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

⁴² Diario Oficial L 95 de 21.4.1993.

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁴³.

Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, del Parlamento y Consejo relativa a los contratos celebrados a distancia⁴⁴.

Directiva 98/6/CE del Parlamento y Consejo, de 16 de febrero de 1998, sobre protección del consumidor indicación de los precios ofrecidos a los consumidores⁴⁵.

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación, destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁴⁶.

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁴⁷.

Las mencionadas directivas han sido objeto de un detalladísimo estudio elaborado a instancias de la Comisión Europea⁴⁸ del que, por su interés, reproducimos⁴⁹ la parte correspondiente a nuestro país.

El presente Libro Verde pretende recabar opiniones de todas las partes interesadas sobre las posibles opciones políticas para la revisión del acervo en materia de consumo y otras cuestiones específicas.

Las razones especificadas son varias: en primer lugar la inadecuación a la realidad de la mayoría de las directivas debido al avance tecnológico digital y de servicios. Se crean nuevas vías de transacción no reguladas (subastas *on line*), se encuentra excluida de la Directiva sobre venta de bienes de consumo el *software*; la fragmentación de las normas en la Unión Europea: unos Estados —como antes se adelantara— imponen normas estrictas dado que las directivas parecen permitir dicha posibilidad por lo que ésta es una de las razones que, según citan a menudo las empresas, no realizan negocios transfronterizos. El 19% de los minoristas de la UE, opera y se anuncia al menos en otro Estado miembro, pese a que el 48% de las empresas está preparado para realizar ventas transfronterizas. El 55% de los minoristas que manifiesta interés en las ventas transfronterizas considera que los gastos adicionales que se derivan del cumplimiento de las diferentes legislaciones nacionales que regulan las transacciones en materia de consumo son muy elevados o bastante elevados. El 43% de los minoristas de la UE cree que la armonización de las legislaciones sobre protección de los

⁴³ DO L 280 de 29.10.1994, p. 83.

⁴⁴ DO L 144, 4.6.1997, p. 19.

⁴⁵ DO L 80, 18.3.1998, p. 27.

⁴⁶ DO L 166, 11.6.1998, p. 51.

⁴⁷ DO L 171, 7.7.1999, p. 12.

⁴⁸ http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_fr.pdf, consultado el 15 de enero de 2008. “Compendium annoté comprenant une analyse comparative de l’acquis communautaire en matière de consommation. Compendium CE de Droit de la consommation —Analyse comparative — Sous la dir. du Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke en coopération avec Dr. Christian Twigg-Flesner et Dr. Martin Ebers. Préparé pour la Commission européenne en vertu du contrat de service N° 17.020100/04/389299. Abril 2007.

⁴⁹ Traducción propia.

consumidores debería tener un efecto positivo tanto en sus ventas transfronterizas como en su presupuesto de comercialización transfronteriza.

Se dan, incluso, algunos casos en los que los profesionales se niegan a vender a clientes de otros Estados miembros: según una encuesta de eurobarómetro, el 33% de los consumidores informó de la negativa de algunas empresas a venderles o entregarles mercancías o servicios por no residir en su país... La falta de confianza: de acuerdo con la encuesta de eurobarómetro mencionada, el 26% de los consumidores de la UE ha adquirido bienes o servicios en empresas establecidas en otros Estados miembros. Si bien la venta a distancia es un fenómeno en expansión, sólo el 6% ha comprado a través de Internet a un proveedor situado en otro Estado miembro. Una de las razones es que el 45% de los consumidores se siente menos seguro al realizar compras a través de Internet en empresas situadas en el extranjero (en un Estado miembro esta cifra alcanzaba el 73%). Esto se demuestra, además, por el hecho de que el 44% de las personas con acceso a Internet en su domicilio realizó una compra de comercio electrónico en su país, mientras que únicamente el 12% realizó una compra transfronteriza. En general, el 56% de los consumidores opinaba que, cuando se adquieren bienes y servicios en empresas situadas en otros Estados miembros, es menos probable que dichas empresas respeten la legislación sobre protección de los consumidores. El 71% consideraba más difícil resolver problemas como reclamaciones, devoluciones, reducciones de precio, garantías, etc. cuando las compras se realizan en empresas situadas en otros Estados miembros. Para el 65% resultaba más problemático devolver un producto comprado a distancia dentro del periodo de reflexión cuando el proveedor estaba situado en un Estado miembro diferente. Las diferentes normas resultantes de la armonización mínima pueden tener un efecto negativo en el mercado interior. Una de las razones por las que los consumidores son reacios a realizar compras transfronterizas es que no pueden estar seguros de que, cuando compren más allá de sus fronteras, se les aplique el mismo nivel de protección del que gozan cuando compran en su país. Por ejemplo, la duración del periodo de reflexión para las compras transfronterizas a distancia varía de un Estado miembro a otro, lo que crea inseguridad en los consumidores. Lo mismo ocurre con las modalidades de ejercicio del derecho de retractación y con los gastos de devolución de mercancías.

II.2. Organizaciones de representación y defensa de los intereses de los consumidores

II.2.1. Nivel europeo

Las Organizaciones europeas de Consumidores son federaciones de organizaciones nacionales de Estados de la Unión.

Actualmente existen dos organizaciones que reciben fondos comunitarios a fin de poder llevar a cabo sus actividades: la ANEC y el BEUC, ya mencionados anteriormente. Los criterios para la financiación se encuentran en el Anexo II 5-6 de la Decisión 1926/2006/CE.

a) **La “ANEC” (European Association for the Coordination of Consumer Representation in Standardisation)**

La ANEC es la organización europea que enfoca su trabajo en lo relativo a la estandarización, representación y defensa de los intereses de los consumidores en el proceso de estandarización y certificación, así como en políticas y legislación relacionadas con tal estandarización. Su website es: www.anec.eu.

b) **El “BEUC” (Bureau Européen des Unions des Consommateurs)**

El BEUC defiende y promueve los intereses de los consumidores europeos en lo relativo a las compras o utilización de bienes y servicios. Sus miembros, son representantes de los veintisiete Estados de la Unión en los que desarrollan conjuntamente sus campañas. Contribuyen, además, con expertos en cuestiones relacionadas directamente económica o legalmente en asuntos de salud, seguridad y medio ambiente. Su website es: www.beuc.org.

Además, existe la *Confédération des Organisations familiales de la Communauté Européenne* (COFACE). Su website es: www.cofece.brutele.be.

c) **El “Transatlantic Consumer Dialogue” (TACD)**

El *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD) es un foro de la Unión Europea y los Estados Unidos para el desarrollo conjunto de recomendaciones al Gobierno de éste y a la Comisión Europea en aras a la protección del consumidor. Un total de 40 organizaciones de consumidores europeas y 24 de los Estados Unidos se han unido a esta iniciativa fundada en 1988. La Comisión financia y apoya este foro.

Las Conferencias del TACD se celebran una vez al año, alternativamente, en Estados Unidos y en la Unión Europea. Desarrollan recomendaciones relativas a alimentos, comercio electrónico, comercio, salud y propiedad intelectual.

El TACD trabaja, además, en estrecha colaboración con la organización *Consumers International* que actualmente cuenta con 220 miembros (organizaciones) de 115 países.

III. España y la normativa comunitaria

III.1. Trasposición de Directivas y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

En este apartado recogemos el estado de la trasposición en España de las Directivas señaladas en el Libro Verde de la Comisión al que se ha hecho referencia, así como de otras que por su interés mencionamos.

La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. La fecha límite para la trasposición era el 31 diciembre 1987. Sin embargo, no se traspondría hasta la Ley 26/1991, de 21 noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Fue objeto de la sentencia del TJCE 22.04.1999 As. C-423/97, *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchi* [1999] Rec. I-02195.

Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y de los circuitos combinados. La fecha límite de trasposición se fijó para el 1 de enero de 1993.

Se traspuso mediante la promulgación de la Ley 21/1995, de 6 de julio de 1995, reguladora de los viajes combinados.

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación. La fecha límite para la trasposición se fijó para el 31 de diciembre de 1994. Se traspuso en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Asimismo mediante la modificación del artículo 10 de la Ley General de 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 5 de mayo de 1998.

Fue objeto de los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial c. Marciano Quinter* de 27.06.2000 (Rec. I-04941.2); Asunto C-70/03, *Commission c. Espagne* Sentencia de 09.09.2004 (Rec. I-07999.3). Asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL* (no publicada) Sentencia de 26.10.2006

Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994. La fecha límite de trasposición se fijó para el 29 de abril de 1997. Se traspuso mediante la promulgación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

Fue objeto del asunto C-423/97, *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchi* Sentencia de del TJCE de 22 de abril de 1999 (Rec. I-02195).

Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La fecha límite de trasposición se fijó para el 4 de junio de 2000. Se traspuso mediante la promulgación de la Ley 47/2002, de 19 diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

Fue objeto del asunto C-414/01, *Commission c. Espagne*, Sentencia del TJCE de 28.11.2002 (Rec. I-11121).

Directiva 98/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores, que deroga las Directivas 79/581/CEE y 88/314/CEE. La fecha límite de trasposición se fijó para el 18 de marzo de 2000. Se traspuso mediante la promulgación del Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. La fecha límite de trasposición se fijó para el 1 de enero de 2001. Se incorporó mediante la promulgación de

la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. La fecha límite de transposición se fijó para el 1 de enero de 2002. Se traspuso mediante la promulgación de la Ley 23/2003, relativa a las garantías de venta de bienes de consumo de 11 de septiembre de 2003.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, también llamada Directiva sobre Comercio Electrónico. Persigue la creación de un marco jurídico que garantice la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre Estados Miembros y no armonizar el campo de la legislación penal en sí. Con este nuevo marco jurídico se pretende estimular el crecimiento económico, aumentar la competitividad de la industria europea y fomentar las inversiones innovadoras y la creación de puestos de trabajo y la protección del consumidor en la contratación electrónica. La Directiva concede, además, una especial atención a la peculiar naturaleza de Internet y al papel de las partes interesadas y de la autorregulación, respetando los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

La fecha de transposición se fijó para el 17 de enero de 2002. Se traspuso al ordenamiento español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Ley modificada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y a su vez modificada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directivas sobre las prácticas comerciales desleales). Fecha límite de transposición 12 de junio 2007.

Se traspuso en el ordenamiento jurídico español por la Ley 31/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y por la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en lo que respecta a la regulación sobre publicidad ilícita y engañosa.

Directiva 2004/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se derogan determinadas directivas que establecen las condiciones de higiene de los productos alimenticios y las condiciones sanitarias para la producción y comercialización de determinados productos de origen animal destinados al consumo humano y se modifican las directivas 89/662/CEE y 92/118/CE del Consejo y la Decisión 95/408/CE del Consejo. Fecha límite de transposición 1 de enero de 2006. Sin embargo, no se ha transpuesto aún en el ordenamiento jurídico español. A través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios se encuentra regulada parcialmente la materia.

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. El plazo de transposición de la nueva Directiva finalizaba el 12 de junio de 2007.

Su trasposición al ordenamiento español está pendiente de adaptar la Ley 34/1988 General de Publicidad, de 11 de noviembre, y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

Se halla pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español la regulación de la materia por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Modificada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, pp. 38.890-38.924; corrección de errores BOE núm. 68, de 19 de marzo 2004, p. 12.202). Se modifican los artículos 21, 22, 38.3.b, 38.4.d y 43.1, y se añade la Disposición Adicional séptima y así mismo modificada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

III.2. El estudio “Compendium annoté comprenant une analyse comparative de l’acquis communautaire en matière de consommation. Compendium ce de Droit de la Consommation-Analyse Comparative”⁵⁰

A continuación se reproduce, por su interés, la parte del estudio correspondiente a España⁵¹.

(...)

“La actividad legislativa española en el campo de la protección del consumidor comenzó en la década de los años ochenta sustentado en el nuevo régimen constitucional. En base al artículo 51 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, las autoridades públicas debían garantizar la protección del consumidor y usuarios mediante la implantación de medidas efectivas garantizando su seguridad, salud y legítimos intereses económicos.

Antes de la trasposición de las Directivas europeas en cuestión la mayor parte de la materia se hallaba regulada en el Código Civil. Existían, no obstante, algunas reglas específicas relativas a la protección de aquel como parte débil en los contratos. Por lo que respecta al control de las cláusulas generales por ejemplo, no existía ley alguna sobre cláusulas abusivas comparable a la propuesta en la directiva. En 1980 se adopta la Ley 50/1980, de 8 de octubre, relativa al contrato de seguro: el artículo 3 contemplaba cláusulas

⁵⁰ Se trata del estudio encargado por la Comisión Europea, Dirigido por el Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke en colaboración con el Dr. Christian Twigg-Flesner y el Dr. Martin Ebers en virtud del contrato de servicio nº17.020100/04/389299, de abril de 2007, sobre la el cumplimiento del derecho comunitario en el ámbito de la protección del consumidor. En él se analiza la situación general de los Estados miembros en la materia objeto de este trabajo. Su inserción se justifica por la visión externa del cumplimiento de la normativa comunitaria en nuestro país.

⁵¹ Traducción propia.

estándar y abusivas en este tipo de contratos. Desde una perspectiva más general la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios propuso un régimen completo relativo a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos por los consumidores. Además la Ley 26/1984 contiene definiciones generales completadas por Decretos y reglamentos específicos en diferentes ámbitos de la protección del consumidor. La Ley 26/1984 propone una definición general del término “consumidor” y de “usuario” (artículos 1, 2) y 3) contiene disposiciones relativas a las obligaciones de información (artículos 13 a 17) a los derechos de representación, de consulta y participación (artículos 20 a 22) así como normas sobre la responsabilidad que permiten a los consumidores obtener reparación de daños causados por la utilización de mercancías productos o servicios (artículos 25 a 31), pero estas disposiciones no se aplican a la responsabilidad civil por los productos defectuosos⁵².”

III.2.1. Técnicas legislativas de trasposición

Ante todo es preciso señalar que cada Comunidad Autónoma (País Vasco, Cataluña, Asturias, Madrid, etc.) tienen sus propias normas relativas a la protección del consumidor, por lo general en la Ley relativa al Comercio interior, aunque otras se han adoptado por Decretos específicos. La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas está de todas formas limitada por disposiciones de Derecho Público relativas a la protección del consumidor en la medida en que las reglas que regulan las relaciones entre particulares son de competencia exclusiva del Estado (con raras excepciones en ciertas regiones). De esta forma, la regulación a nivel regional contiene disposiciones administrativas (licencias, autorizaciones, concesiones, etc.).

El legislador español ha traspuesto las Directivas europeas utilizando diferentes técnicas legislativas. Mediante las Directivas 85/577, 94/47 y 99/44, el Parlamento Español aprobó normas específicas de trasposición. La Directiva 98/6 fue integrada en el derecho nacional por la vía de un Decreto-Ley.

Las Directivas 97/7 y 98/27 fueron traspuestas mediante modificaciones de disposiciones ya existentes.

Para la trasposición de la Directiva 93/13 y de la Directiva 90/314, el legislador adoptó un conjunto de medidas: de trasposición específica, de modificación de normas ya existentes tanto a nivel nacional como autonómico, Códigos de Conducta (las asociaciones profesionales concibieron dos modelos de cláusulas estándar en el ámbito de los viajes combinados).

III.2.2. Calendario de transposición

España no ha traspuesto ninguna de las Directivas Europeas en los plazos señalados. El retraso varía desde los nueve meses (Directiva 98/6) a un retraso considerable de 40 meses (Directiva 93/13); la media es de 26 meses. La no-transposición de la Directiva 97/7 dio lugar a un recurso de la Comisión ante el TJCE (asunto C-414/01, *Comisión c. Espagne*, 2002 Rec. I-11121).

⁵² Vid. Asunto C-183/00-*María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana S. A.*

III.2.3. Recurso a las cláusulas de armonización mínimas

Con ocasión de la trasposición de las directivas europeas, España utilizó en muchas ocasiones cláusulas mínimas de armonización. El ejercicio del derecho de retracto no exige formalidad especial alguna. En lo que respecta a los folletos de viajes combinados. El artículo 3 1), h, j, d) y f), l, Art. 3(1) (h)-(j), (d) y (f) de la Ley 21/1995 impone obligaciones de información más completas que las del artículo 3 de la Directiva 90/314. El organizador o el vendedor están igualmente obligados a poner a disposición del consumidor un folleto conteniendo la información necesaria. Además la obligación del consumidor de comunicar cualquier fallo en la ejecución prevista en el artículo 5, 4) no ha sido traspuesta al Derecho español. Por último, el Derecho español confiere un derecho de retracto al consumidor cuya existencia no está afectada por la alteración de las cláusulas del contrato u otra falta. Este derecho de retracto (que no figura en la Directiva 90/314) está sometido a la condición de acordar una ligera compensación al vendedor (Art. 9,4) de la Ley 21/1995). La Ley 42/1998 relativa a la multipropiedad prevé obligaciones de información más completas que el artículo 3, 1) y del Anexo de la Directiva 94/47. De otra parte, el consumidor se beneficia del hecho de que el artículo 7, 2) de la Ley 42/1998 exige al propietario del inmueble que suscriba un contrato de seguro que cubra la responsabilidad por los daños causados por el poseedor del derecho de utilización parcial. En caso de incumplimiento de las obligaciones de información, la reglamentación española relativa a la venta a distancia enuncia que el consumidor no debe soportar los gastos de la restitución de los bienes (Art. 44, 5) *in fine* de la Ley 7/1996). En las ventas no solicitadas, el artículo 43 *in fine* de la Ley 7/1996 impone reglas aún más protectoras del consumidor en la medida en que éste no tiene obligación de restituir los bienes y puede conservarlos sin gasto y en el caso de depreciación del bien, el consumidor no tiene obligación alguna de reparación por el perjuicio o incluso en caso de deterioro. Si la entrega de bienes resulta de un error evidente la carga de la prueba de éste pesa sobre el vendedor y el destinatario tiene un derecho a la reparación.

En virtud del artículo 10 de la Ley 23/2003 relativa a las ventas a consumidores, éste dispone de una acción no sólo contra el vendedor (lo que corresponde en la norma de la Directiva), sino también directamente contra el productor si el consumidor no puede ir en contra del vendedor o esta acción es demasiado exigente. En la Directiva 99/44, las acciones subsidiarias son únicamente posibles cuando la reparación y reemplazo sean imposibles o desproporcionadas a la vista del valor de los bienes, en tanto que la norma española prevé que es suficiente que una de las acciones en cuestión sea imposible o desproporcionada (artículos 6 y 7 de la Ley 23/2003). El plazo de prescripción de la acción del consumidor es de tres años (Art. 9, 3) de la Ley 23/2003), aumentando así la duración mínima prevista en la Directiva.

III.2.4. Otros

La definición del término consumidor en el ordenamiento jurídico español no es coherente.

Sin embargo, las normas de trasposición de la mayoría de las directivas (excepción de la Directiva 90/314 y la Directiva 98/27) contienen una referencia (por ej. el artículo 1, 3) de la Ley 23/2003 relativa a las ventas a los consumidores) a la definición general del término consumidor que figura en el artículo 1, 2) de la Ley General relativa a la protección de los consumidores y usuarios, Ley 26/1984. Esta definición general del término “consumidor” es más amplia que la de las Directivas en la medida en que cubre también las transacciones atípicas de un profesional que no desembocan en una transferencia. Además, la definición del término “consumidor” engloba también a las personas jurídicas.

La reglamentación española sobre ventas a domicilio (Ley 26/1991) no incluye a los contratos concluidos en el transcurso de un viaje organizado por el comerciante (art. 1, 1) de la Directiva), sino que emplea una formulación más amplia: los contratos concluidos fuera de los establecimientos comerciales del comerciante. Añade al artículo 1 c) que “los contratos concluidos en los transportes públicos”. Las disposiciones españolas sobre venta a distancia tienen un campo de aplicación más amplio, en la medida en que engloban ya las subastas electrónicas (artículo 38, 3 a) de la Ley 7/1996).

III.2.5. Infracciones potenciales al Derecho

La mayoría de las posibles infracciones al Derecho Comunitario derivan de trasposiciones efectuadas en diferentes disposiciones, de la falta de coordinación, de las incoherencias en el seno del ordenamiento jurídico español y de técnicas de trasposición bastante limitadas.

Las exigencias derivadas de la Decisión del TJCE en el asunto C-70/03 (Decisión del TJCE, de 9 de septiembre de 2004, *Commission c. Royaume de Espagne* [2004] Rec. I-0799 sobre la trasposición de los artículos 5 y 6 de la Directiva 93/13 no han sido aún cumplidas, pero hay una propuesta discutida en el Parlamento Español para modificar no sólo esta mala trasposición, sino también otros aspectos sobre cláusulas abusivas (por ejemplo, cláusulas de redondeo, prácticas desleales en los contratos de servicio, o cláusulas abusivas sobre las condiciones de la resolución) España no ha traspuesto la regla del artículo 4, 2) de la Directiva 93/13 relativa a la exclusión de precios y del objeto principal del contrato de la evaluación del carácter abusivo de las cláusulas. Este silencio ha generado problemas de interpretación en cuanto a la aplicación de la norma en el Derecho español; la doctrina y la jurisprudencia tienen enfoques distintos en cuanto a la resolución del problema, produciendo soluciones contradictorias.

El artículo 6, g) de la Ley 23/2003 relativa a las Garantías de los Bienes de Consumo excluye el derecho de reemplazo cuando se trata de un bien ocasional o fungible. La doctrina española considera que esta divergencia con la Directiva es excesiva (la Directiva no limita el derecho de reemplazo para los bienes en cuestión y considera incluso que se trata de una mala trasposición).

El Derecho español ha sido objeto de crítica en la medida en que no propone una definición exacta del término “medio de comunicación a distancia” (art. 2, 4), Anexo de la Directiva 97/7). Además, la distinción de las normas relativas a los contratos celebrados a distancia entre las “ventas” (artículos 38-48 LOCM) y los “servicios” (Disposición Adicional Primera de la LOCM) crea incoherencias en la trasposición.

A pesar de la ausencia de una reglamentación específica en el ámbito de las cláusulas abusivas se hallan disposiciones completas que aseguran una protección de ciertos aspectos comparable a la de la protección contemplada por la Directiva. En 1980, se aprobó la Ley 50/1980 de 8 octubre relativa al contrato de seguro. Su artículo 3 contempla cláusulas tipo y abusivas relativas a los Contratos de Seguro. Pero aparte de esta Ley específica, la Ley 26/1984 relativa a la Protección General del Consumidor creó, en el marco de una aproximación general, un completo régimen de lucha contra las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores. El artículo 10 de la Ley 24/1986 contenía (mezclando a veces nociones de cláusulas tipo y cláusulas abusivas) una definición de las cláusulas contractuales modelo, poniendo iguales exigencias formales a fin de que fueran consideradas como parte integrante del contrato, una regla general sobre equidad en las relaciones contractuales, una lista de 12 secciones que contienen cláusulas prohibidas, una regla relativa a la interpretación *contra stipulatorem*, la prevalencia de cláusulas específicas sobre las generales y la sanción. Esta reglamentación de las cláusulas abusivas estaba inspirada por estudios comparativos notándose una particular influencia alemana relativa a las cláusulas modelo o tipo.

La Directiva 93/13 fue traspuesta en 1998 mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, relativa a las cláusulas contractuales modelo. De otra parte, la lista de cláusulas abusivas de la Ley 26/1984 fue aumentada en 29. Las dos leyes tienen un contenido y un campo de aplicación diferentes. La Ley relativa a las cláusulas contractuales tipo alcanza a las cláusulas contractuales generales, sus disposiciones se aplican indiferentemente a los contratos B2C o B2B. Además esta ley aunque se interesa por la inserción e interpretación de las cláusulas modelo, no atiende al control del contenido en tanto que la Ley General relativa a la Protección del Consumidor contiene disposiciones sobre este aspecto (para los contratos concluidos por los consumidores) los contratos concluidos por los consumidores).

IV. Legislación en vigor⁵³

IV.1. Tratados y convenios

- Tratado CE (texto consolidado) DO C 325, de 24 de diciembre de 2002).
- Convenio de Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio de 1980 (80/934/CEE); DO L 266, de 9 octubre 1980, 0001-0019.

IV.2. Reglamentos

- Reglamento 1182/71 (Reglamento (CEE, EURATOM) n° 1182/71 del Consejo, de 3 junio de 1971, sobre la determinación de las reglas aplicables a los retrasos, fechas y términos. DO L 124 de 8 junio de 1971, 1-2).

⁵³ Modificado por los autores.

- Reglamento 1980/2000 o “Reglamento sobre la etiqueta ecológica”.
(Reglamento (CE) n° 1980/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica. DO L 237 de 21 septiembre de 2000, 1-12).
- Reglamento 44/2001 “Reglamento Bruselas I”.
(Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DO L 12 de 16 de enero de 2001, 1-23).
- Reglamento 2006/2004.
(Reglamento (CE) N° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. DO L 364, de 9 de diciembre de 2004, 1-11).

IV.3. Directivas

- Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210, de 7 agosto de 1985, 29-33).
- Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, de 31 diciembre 1985, 31-33).
- Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo DO L 42, de 12 febrero de 1987, 48-53).
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados DO L 158/61).
- Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y que modifica la Directiva 79/267/CEE; DO L 330, 29.11.1990, 50-61.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95, de 21 abril 1993, 29-34.
- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. DO L 280, de 29 octubre 1994, 83-87.
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. DO L 144, de 4 de junio de 1997, 19-27).

- Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores DO L 80, de 18 de marzo de 1998, 27-31.
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; DO L 166, de 11 junio 1998, 51-55).
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DO L 171, de 7 de julio de 1999, 12-16.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. DO L 178, de 17 de julio de 2000, 1-16.
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. DO L 271, de 9 de octubre de 2002, 16-24.
- Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida. DO L 345, de 19 diciembre de 2002, 1-51.
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). DO L 149, de 11 de junio de 2005, 22-39).

IV.4. Decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- **C-361/89** – *Criminal proceedings c. Patrice Di Pinto* [1991] Rec. I-01189.
- **C-91/92** – *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl* [1994] Rec. I-3325.
- **C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94** (asuntos acumulados) *Dillenkofer c. Bundesrepublik Deutschland* [1996] Rec. I-04845.
- **C-269/95** – *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl* [1997] Rec. I-3767.
- **C-45/96** – *Bayrische Hypotheken-und Wechselbank AG c. Edgar Diyzinger* [1998] Rec. I-01119.
- **C-364/96** – *Verein Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherungs G*, [1998] Rec. I-01949.
- **C-410/96** – *André Ambry* [1998] Rec. I-07875.
- **C-140/97** – *Rechberger, Greindel, Hofmeister etc. c. Republik Österreich* [1999] Rec. I-03499.

- C-237/97 – *AFS Intercultural Programs Finland ret* [1999] Rec. I-00825.
- C-423/97 – *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchi* [1999] Rec. I-02195.
- C-240/98 a C-244/98 (asuntos acumulados) – *Océano Grupo Editorial SA c. Murciano Quintero* [2000] Rec. I-04941.
- C-319/98 – *Commission c. Belgique* [1999] Rec. I-01201.
- C-381/98 – *Ingmar GB Ltd and Eaton Leonard Technologies Inc.* [2000] Rec. I-09305.
- C-401/98 – *Commission c. République hellénique* [1999] Rec. I-05543.
- C-144/99 – *Commission c. Au royaume des Pays-Bas* [2001] Rec. I-03541.
- C-372/99 – *Comisión de las Comunidades Europeas. République italienne* [2002] Rec. I-00819.
- C-478/99 – *Commission des Communautés Européens. Royaume de Suède* [2002] Rec. I-04147.
- C-481/99 – *Georg Heininger and Helga Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* [2001] Rec. I-09945.
- C-541/99 y C-542/99 (joined cases) – *Cape Snc c. Idealservice Srl and Idealservice MN RE Sas c. OMayo Srl* [2001] Rec. I-9049.
- C-96/00 – *Rudolf Gabriel* [2002] Rec. I-06367.
- C-167/00 – *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel* [2002] Rec. I-08111.
- C-168/00 – *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG* [2002] Rec. I-02631.
- C-183/00 – *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana S. A.* [2002] Rec. I-03901.
- C-400/00 – *Club-Tour, Viagens e Turismo S. A. c. Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido* [2002] Rec. I-04051.
- C-473/00 – *Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout* [2002] Rec. I-10875.
- C-322/01 – *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval.*
- C-414/01 – *Commission c. Espagne* [2002] Rec. I-11121.
- C-464/01 – *Johann Gruber c. Bay Wa AG* [2005] Rec. I-00439.
- C-237/02 – *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger Hofstyter y Ulrike Hofstyter* [2004] Rec. I-3403.
- C-20/03 – *Burmanjer, Van Der Linden, De Jong* [2005] Rec. I-4133.
- C-70/03 – *Commission c. Royaume de Espagne* [2004] Rec. I-0799.
- C-336/03 – *easyCar (UK) Ltd c. Office of Fair Trading* [2005] Rec. I-01947.
- C-350/03 – *Eisabyh Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG* [2005] RCE I-09215.
- C-229/04 – *Crailsheimer Volksbank eG c. Klaus Conrads, Frank Schulzke and Pyra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke* [2005] RCE I-9273.
- C-302/04 – *Ynos Kft c. János Varga* [2006] RCE I-00371.
- C-441/04 – *A-Punkt-Schmuckhandel* [2006] RCE I-02093.
- C-168/05 – *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL* (no publicada).

V. LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS ⁵⁴

Alemania

- **Código Civil** (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*).
- **Código de Comercio** (*Handelsgesetzbuch*).
- **Ley de Enjuiciamiento Civil** (*Zivilprozessordnung (ZPO)*).
- **Ley de introducción al Código civil alemán** (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*).
- **Ley de lucha contra la competencia desleal** (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*).
- **Ley relativa a la publicidad sobre los medicamentos** (*Heilmittelwerbegesetz (HWG)*).
- **Ley relativa a la responsabilidad de los productos defectuosos** (*Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG)*).
- **Ley relativa a las acciones de cesación** (*Unterlassungsklagengesetz (UKlaG)*).
- **Ley relativa a los contratos de seguro** (*Gesetz über den Versicherungsvertrags-Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*).
- **Ley relativa a los delitos económicos** (*Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG)*).
- **Ley relativa a las infracciones administrativas** (*Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)*).
- **Ley relativa a los medicamentos** (*Arzneimittelgesetz (AMG)*).
- **Ley relativa a las Farmacias** (*Apothekengesetz*).
- **Ley relativa a ventas en subastas** (*Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG)*).
- **Ley sobre las inversiones** (*Investmentgesetz (InvG)*).
- **Reglamento relativo a la explotación de Farmacias** (*Apothekenbetriebsordnung*).
- **Reglamento relativo a la indicación de los precios** (*Preisangabenverordnung*).
- **Reglamento relativo a las obligaciones de información en Derecho Civil** (*Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung-BGB-InfoV)*).

Austria

- **Código Civil** *gemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*).
- **Decreto** (*Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe (hier abgekürzt mit: Reisebüroausübungs-VO)*).

⁵⁴ Traducción propia.

- **Decreto relativo a las Agencias de Viaje:** traspone el art. 7 de la Directiva sobre viajes combinados (*Reisebürosicherungsverordnung (RSV)*).
- **Ley relativa a la indicación de precios** (*Preisauszeichnungsgesetz–PrAG (Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen)*).
- **Ley de lucha contra las prácticas desleales** (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*).
- **Ley sobre los contratos relativos a los derechos de utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles** (*Teilzeitnutzungsgesetz–TNG (Bundesgesetz über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an unbeweglichen Sachen)*).
- **Ley relativa a la protección del consumidor** (*Konsumentenschutzgesetz*).

Bélgica

- **Real Decreto, de 6 de septiembre de 1993**, sobre modalidades particulares para la venta a distancia de determinados productos o categorías de productos.
- **Real Decreto, de 1 de febrero de 1995**, determinando las condiciones de seguro de responsabilidad profesional de los organizadores e intermediarios de viajes.
- **Real Decreto, de 30 de junio de 1996**, relativo a la indicación del precio de productos y órdenes de pedido, modificado por Real Decreto, de 7 de febrero de 2000.
- **Real Decreto, de 25 de abril de 1997**, relativo a la ejecución del artículo 36 de la Ley, de 16 febrero de 1994, sobre el contrato de organización de viajes y contrato de intermediación de viajes.
- **Real Decreto, de 5 de diciembre de 2000**, por el que se aplican a los instrumentos financieros y a los títulos y valores ciertas disposiciones de la Ley, de 14 de julio de 1991, sobre las prácticas de comercio y sobre la información y la protección del consumidor.
- **Real Decreto, de 18 de noviembre de 2002**, excluyendo ciertos contratos a distancia de suministro de servicios, de transportes, de restauración y de Leysirs, del campo de aplicación de los artículos 79 y 80 de la Ley. de 14 de julio de 1991.
- **Real Decreto, del 11 de julio de 2003**, sobre fijación de normas especiales en materia de indicación de precios en el sector de viajes.
- **Real Decreto, de 24 de septiembre de 2006**, relativo al ejercicio y organización de actividades ambulantes.
- **Ley, de 14 de julio de 1991**, sobre prácticas de comercio y sobre la información y la protección del consumidor.
- **Ley, de 25 de junio de 1993**, sobre el ejercicio y organización de las actividades ambulantes y feriantes.
- **Ley, de 16 de febrero de 1994**, sobre el contrato de organización de viajes y de intermediación de viajes.

- **Ley, de 11 de abril de 1999**, relativa a la acción de cesación de las infracciones a la Ley relativa a los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles a tiempo compartido.
- **Ley, de 26 de mayo de 2002**, relativa a los acciones de cesación intracomunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- **Ley, de 2 de agosto de 2002**, relativa a la publicidad engañosa y comparativa, a las cláusulas abusivas y a los contratos a distancia en lo que respecta a las profesiones liberales.
- **Ley, de 1 de septiembre de 2004**, relativa a la protección de los consumidores en los casos de venta de bienes de consumo.

Dinamarca

- **Decreto 776/1993** relativo a los viajes combinados (*Bekendtgørelse nr. 776/1993 om pakkerejser*).
- **Ley consolidada n. 237/2003** relativa a la venta de mercancías (*Lovbekendtgørelse nr. 237/2003 om køb*).
- **Ley consolidada n. 699/2000** relativa a las prácticas comerciales (*Lovbekendtgørelse nr. 699/2000 om markedsføring med senere ændringer*).
- **Ley consolidada n. 1/1996** relativa a la formación del contrato (*Lovbekendtgørelse nr. 781/1996 om aftaler og andre ryshandler på fornuerytens område*).
- **Ley consolidada relativa a los medios de pago** (*Bekendtgørelse af lov om visse byalingsmidler*).
- **Ley n. 1257/2000** relativa a la protección de los intereses de los consumidores (*Lov nr. 1257/2000 om forbud til beskyttelse af forbrugernes interesser*).
- **Ley n. 315/1997** relativa a los Fondos de Garantía de los Viajes, modificada por la Ley n. 164/2000 y la Ley n. 207/2004 (*Lov nr. 315/1997 om Rejsegarantifonden som ændry ved lov nr. 164/2000 og lov nr. 207/2004*).
- **Ley n. 472/1993 relativa a los viajes combinados** (*Lov nr. 472/1993 om pakkerejser*).
- **Ley n. 234, de 2 abril 1997**, relativa a los contratos celebrados por los consumidores sobre adquisición de bienes inmuebles a tiempo compartido (*Lov nr. 234 af 2. april 1997 om forbrugerftaler, der giver brugsry til fast ejendom på timesharebasis*).
- **Ley n. 451 de 9 junio de 2004** relativa a determinados contratos celebrados por los consumidores (*Lov nr. 451 af 9. juni 2004 om visse forbrugerftaler*).
- **Orden n. 866, de 18 septiembre 2000**, relativa a la información sobre los precios de venta (*Bekendtgørelse nr. 866 af 18. september 2000 om oplysning om salgspris og enhedspris for forbrugsvarer*).
- **Reglamento n. 503/2004** relativo a la inmatriculación, garantías, y fondos de garantía de viajes (*Bekendtgørelse nr. 503/2004 om registrering og sikkerhedsstillelse mv. i Rejsegarantifonden*).

España⁵⁵

- Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.
- Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

Estonia

- Ley relativa a la comunicación electrónica (*Elektroonilise side seadus*).
- Ley relativa a la parte general del Código Civil (*Tsiviilseadustiku üldosa seadus*).
- Ley relativa a la protección del consumidor (*Tarbijakaitseseadus*).
- Ley relativa a la seguridad de los productos (*Toote ohutuse seadus*).
- Ley relativa al comercio (*Kaubandustegevuse seadus*).
- Ley relativa al Derecho Internacional Privado (*Rahvusvahelise eraõiguse seadus*).
- Ley relativa al turismo (*Turismiseadus*).
- Ley sobre el Derecho de Obligaciones (*Võlaõiguseadus*).
- Reglamento nº 130 de 10 mayo 2004 (*Majandus- ja kommunikatsiooniministri 10. mayo 2004. a määrus nr 130*).
- Reglamento nº 66/2004 (*Majandus- ja kommunikatsiooniministri 8. aprilli 2004. a määrus nr 66 Koduukselepingu teatise vormi kinnitamine*).
- Reglamento nº 76 de 14 abril 2004 (*“Kauba ja teenuse hinna avaldamise nõuded” Vastu võyud majandus- ja kommunikatsiooniministri 14.aprilli 2004.a määrusega nr 76*).

Finlandia

- Decreto 28 de noviembre de 1994/1085 relativa a los viajes combinados (*Valmismatkaasutus 28.11.1994/1085*).
- Ley 20 de enero de 1978/38 relativa a la protección del consumidor (*Kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38*).
- Ley 28 de noviembre de 1994/1079 relativa a los viajes combinados (*Valmismatkalaki 28.11.1994/1079*).
- Ley 28 de noviembre de 1994/1080 relativa a los compromisos relativos a los viajes combinados (*Laki valmismatkaliikkeistä 28.11.1994/1080*).

⁵⁵ Modificado por los autores.

- **Ley 21 de diciembre de 2000/1189** relativa a los procedimientos de acciones de cesación transfronteriza (*Laki rajat ylittävästä kieltokannemenytelystä 21.12.2000/1189*).
- **Ley relativa a la protección de datos personales** (*Vi 121 Sähköisen viestinnän tiyosuojalaki*).
- **Ley relativa a los datos personales** (*Si 111 Henkilötilyolaki*).
- **Reglamento 30 de diciembre de 1999/1359** sobre indicación de precios para la comercialización de bienes de consumo (*Asyus kulutushyödykkeen hinnan ilmoittamisesta markkinoinnissa 30.12.1999/1359*).

Francia

- **Decreto de 16 noviembre 1999** relativo a la publicidad, a ciertos aspectos del consumidor, Precios de venta por unidad de medida de ciertos productos.
- **Código de Consumo.**
- **Código de Turismo.**
- **Decreto nº 94-490, de 15 de junio de 1994**, en aplicación del artículo 31 de la Ley nº 92-645, de 13 de julio de 1992, fijando las condiciones de ejercicio de las actividades relativas a la organización y a la venta de viajes o de estancias.
- **Ley nº 98-566, de 8 de julio de 1998**, sobre la protección de los compradores en ciertos aspectos de los contratos relativos a la adquisición de un derecho a la utilización parcial de bienes inmuebles.
- **Orden nº 2001-741, de 23 agosto 2001**, relativa a la transposición de las Directivas Comunitarias y adaptación al Derecho Comunitario en materia de Derecho de Consumo.
- **Orden nº 2005-136, de 17 febrero de 2005**, relativa a la garantía de la conformidad del bien al contrato dado por el vendedor al consumidor.

Hungría

- **Código Civil** (*1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről*).
- **Código penal (Ley IV de 1978)** (*1978. évi IV. tv. a Bünttyö Törvénykönyvről*).
- **Decreto nº 2/1978** relativo a las cláusulas contractuales abusivas (*1978. évi 2. törvényerejű rendelya Polgári Törvénykönyv módosításáról és egységes szövegéről szóló 1977. évi IV. törvény hatálybalépéséről és végrehajtásáról*).
- **Decreto-Ley nº 13 de 1979** relativo al Derecho Internacional Privado (*1979. évi 13. törvényerejű rendely a nemzetközi magánjogról*).
- **Decreto gubernamental nº 213/1996. (XII.23.)** relativo a las actividades de organización y de agencias de viajes (*213/1996. (XII.23.) Korm.rend. az utazásszervezi- és közvityi tevékenységről*).
- **Decreto gubernamental nº 214/1996. (XII.23.)** relativo a los contratos de viaje y a los intermediarios de viajes (*214/1996. (XII.23.) Korm.rend. az utazási és utazást közvityi szerzidésekről*).

- **Decreto gubernamental n° 89/1998. (V.8.)** relativo a la Autoridad de Control del Consumo (89/1998. (V.8.) Korm. Rend. *A fogyasztóvédelmi Fyfelügyelség szervezéről, feladat-és hatásköréről, valamint a fogyasztóvédelmi bírság elhasználásáról*).
- **Decreto gubernamental n° 17/1999. (II.5.)** relativo a la conclusión de los contratos a distancia (17/1999. (II. 5.) Korm. rendelya *távolvevők között kötött szerződésekről*).
- **Decreto gubernamental n° 18/1999. (II.5.)** relativo a las cláusulas contractuales abusivas (18/1999. (II.5.) Korm. rend. *a fogyasztóval kötött szerződésben tisztességtelennek minősülő feltételekről*).
- **Decreto gubernamental n° 20/1999. (II. 5.)** relativo a los contratos de adquisición de derechos de utilización de bienes inmobiliarios a tiempo compartido (20/1999. (II.5.) Korm.rend. *Az Ingatlanok időben megosztott használati jogának megszerzésére irányuló szerződésekről*).
- **Decreto GM n° 7/2001. (III.29.)** relativo a indicación de precios de los productos y de los servicios indicados a los consumidores (7/2001. (III. 29.) GM rendelya *fogyasztói forgalomba kerülárak és szolgáltatások árának feltüntetéséről*).
- **Decreto GKM n° 49/2003. (VII.30.)** (49/2003. (VII. 30.) GKM rendelya *fogyasztói szerződés keryében érvényesítet szavatossági és jótállási igények intézéséről*).
- **Decreto gubernamental n° 151/2003. (IX.22.)** relativo a las garantías sobre los bienes duraderos de Consumo (151/2003. (IX. 22.) Korm. rendelyaz *egyes tartós fogyasztási cikkekre vonatkozó kötelezi jótállásról*).
- **Decreto gubernamental n° 181/2003. (XI. 5.)** (181/2003. (XI. 5.) Korm. rendely *a lakásépítéssel kapcsolatos kötelezi jótállásról*).
- **Decreto IM n° 13/2004 (IV.16)** del Ministerio de Justicia enumerando los textos legislativos correspondientes a las Directivas enumeradas en el Anexo de la Directiva 98/27/CE sobre las acciones de cesación para la protección de los intereses de los consumidores (13/2004. (IV. 16.) IM rendelya *fogyasztói érdekek védelme érdekében a jogsértés megszüntetésére irányuló eljárásokról szóló 98/27/EK irányelv melléklyében meghatározott irányelvekkel összeegyeztlyhiség teremti jogszabályok felsorolásáról*).
- **Decreto gubernamental n° 249/2004 (VIII. 27.)** (249/2004. (VIII. 27.) Korm. Rendely *az egyes javító-karbantartó szolgáltatásokra vonatkozó kötelezi jótállásról*).
- **Decreto gubernamental n° 370/2004 (XII.26.)** sobre la venta a domicilio (XII.26.) Korm rendelye *az üzlyen kívül fogyasztóval kötött szerződésekről és az üzlyen kívüli kereskedés folytatásának egyes feltételeiről*).

- **Ley CXII de 1996** relativa a los establecimientos de crédito y a los establecimientos financieros (*1996. évi CXII. tv a hitelintézyekről és a pénzügyi vállalkozásokról*).
- **Ley CLV de 1997** relativa a la protección del consumidor (*1997. évi CLV tv. a fogyasztóvédelemről*).
- **Ley CXLI de 1997** relativa a la inscripción de inmuebles (*1997. évi CXLI tv. az ingatlannyilvántartásról*).
- **Ley LVIII de 1997** relativa a las actividades publicitarias comerciales (*1997. évi LVIII tv. Ágazdasági reklámról*).

Irlanda

- **Comunidades Europeas** (Anulación des contratos negociados fuera de los Establecimientos comerciales), Reglamento de 1989.
- **Comunidades Europeas** (Ciertos aspectos de la venta de bienes de Consumo y Garantías asociadas) Reglamento de 2003.
- **Comunidades Europeas** (Cláusulas contractuales abusivas en los contratos concluidos con los consumidores), Reglamentos de 1995 y de 2000.
- **Comunidades Europeas** (Contratos relativos a los derechos de utilización a tiempo parcial de bienes inmobiliarios–Protección des compradores), Reglamentos de 1997 y de 2000.
- **Ley de 1995** relativa a los vacaciones combinadas y al comercio turístico.
- **Reglamento** relativo a la protección de los consumidores en materia de contratos concluidos mediante técnicas de comunicación a distancia.
- **Reglamento** relativo a la protección de los intereses colectivos de los consumidores.
- **Reglamento** relativo a las obligaciones de indicar los precios de los productos.

Italia

- **Ley, de 6 febrero de 1996, nº 52, art. 25 (modificada por la Ley de 21 diciembre 1999, nº 256, art. 25)** “Transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre los cláusulas contractuales abusivas en los contratos concluidos por los consumidores”. (*Legge 6 febbraio 1996 n. 52, art.25 (modificato da Legge 21 dicembre 1999, n. 526, art. 25) “Attuazione della direttiva 93/13/CEE del consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”*).
- **Decreto legislativo, de 9 de noviembre de 1998, nº 427** “Transposición de la Directiva 94/47/CE relativa a la protección de los compradores en lo que respecta a ciertos aspectos de los contratos ligados a la adquisición de derechos de utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles” (*Decreto legislativo. 9 novembre 1998, n. 427, “Attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell’acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili”*).

- **Decreto legislativo, de 25 febrero de 2000, nº 84** “Transposición de la Directiva 98/6/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios indicados a los consumidores” (*Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 84* “Attuazione della direttiva 98/6/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi offerti ai medesimi”).
- **Decreto legislativo, de 2 de febrero de 2002, nº 24** “Transposición de la Directiva 99/44/CE sobre ciertos aspectos de la venta y de las garantías a los consumidores” (*Decreto Legislativo 2 febbraio 2002, n. 24* “Attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo”).
- **Decreto legislativo, de 6 de septiembre de 2005, nº 206** “Código de Consumo” (*Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206* “Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”).

Luxemburgo

- **Código Civil** (Código Civil luxemburgués).
- **Ley, de 25 de agosto de 1983**, relativa a la protección jurídica del consumidor.
- **Ley, de 16 de julio de 1987**, sobre la venta ambulante, muestrarios de mercancías y solicitud de pedidos (mod. L. 26 marzo 1997) y Ley, de 26 marzo de 1997, sobre transposición de las Directivas 93/13/CEE y 85/577/CEE.
- **Ley, de 14 junio de 1994**, sobre el Reglamento de condiciones de ejercicio de las actividades relativas a la organización y la venta de viajes o de estancias.
- **Ley, de 18 diciembre de 1998**, relativa a los contratos sobre adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de bienes inmobiliarios.
- **Ley, de 16 abril de 2003**, sobre la protección del consumidor en materia de contratos a distancia.
- **Ley, de 21 de abril de 2004**, relativa a la garantía de conformidad efectuada por el vendedor de bienes muebles corporales.
- **Ley, de 17 de mayo de 2004**, relativa a la competencia.
- **Reglamento del Gran Ducado, de 4 noviembre de 1997**, determinando el montante, las modalidades y la utilización de la garantía financiera.
- **Reglamento, de 4 noviembre de 1997**, determinando los elementos de información Previa y las disposiciones de los contratos relativos a los viajes, vacaciones o estancias combinadas en ejecución de los artículos 9, 11 y 12 de la Ley de 14 junio de 1994.
- **Reglamento del Gran Ducado, de 7 septiembre de 2001**, relativo a la indicación de los precios de los productos y servicios.

Malta

- **Ley de Malta relativa a los viajes y prestaciones turísticas** (*Att dwar Servizzi ta' l- Ivvjaggar u tat-Turizmu ghal Malta*).
- **Ley relativa a los contratos de venta a domicilio** (*Att dwar Kuntratti fuq l-Ghadba tal-Bieb*).

- **Ley sobre Consumo (Capítulo 378 de las Leyes de Malta)** (*Att dwar l-Affarijij tal-Konsumatur Kapittlu 378 tal-Ligijij ta' Malta*).
- **Ley sobre Consumo, de 1 de octubre de 2002**, (Reglamento sobre indicación de precios) (*Regolamenti dwar Prezzijij Indikati skond l-Att dwar l-Affarijij tal-Konsumaturi*).
- **Reglamento de 2000 relativo a la protección de los compradores en los contratos de multipropiedad en tiempo compartido relativo a bienes inmuebles** (*Regolamenti ta' l-2000 dwar il-Protezzjoni ta' Xerrejja f'Kuntratti ta' Time Sharing fi Proprejta' Immobbli*).
- **Reglamento de 2000 relativo a los viajes, vacaciones y circuitos combinados** (*Regolamenti ta' l-2000 dwar Pakkijiet ta' l-Ivvjaggar, Pakkijiet ta' Vaganzi u Pakkijiet ta' Tours*).
- **Reglamento de 2001 relativo a la venta a distancia** (*Regolamenti dwar il-Bejgh mill-Boghod*).

Países Bajos

- **Código Civil** (*Burgerlijk Wyboek*).
- **Decreto de 1980 relativo a indicación de precios de los productos** (*Besluit prijsaanduiding producten*).
- **Decreto sobre reglas relativas a la indicación de precios, modificando el Decreto, de 15 de enero de 1993**, (*Besluit van 15 januari 1993, houdende regels inzake de gegevens die de organisatoren van georganiseerde reizen ten behoeve van de reizigers moeten vermelden (Gegevensbesluit georganiseerde reizen)*).
- **Decreto, de 25 junio de 1997, relativo a las reglas relativas a las informaciones que los vendedores de derechos de utilización en tiempo compartido de un bien inmueble deben mencionar en el contrato en nombre del comprador** (*Gegevensbesluit van 25 juni 1997 rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken*).
- **Ley, de 28 de octubre de 1999, adaptando el Libro 6 del Código Civil, a la Directiva sobre las cláusulas contractuales abusivas en los contratos concluidos por los consumidores** (*Wy van 28 oktober 1999 tot aanpassing van Boek 6 van hy Burgerlijk Wyboek aan de richtlijn byreffende oneerlijke bedingen in onszamenovereenkomsten*).
- **Ley, de 25 de abril de 2000, adaptando los Libros 3 y 6 del Código Civil, a la Directiva sobre cesación** (*Wy van 25 april 2000 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van hy Burgerlijk Wyboek aan de richtlijn byreffende hy doen Staten van inbreuken in hy raam van de bescherming van de consumentenbelangen*).
- **Ley, de 21 de diciembre de 2000, adaptando el Libro 7 del Código Civil a la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección del consumidor en las ventas a distancia** (*Wy van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van hy Burgerlijk Wyboek aan richtlijn nr. 97/7/EG van hy Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997*).

- Ley General sobre el cálculo de los términos y retrasos (*Algemene termijnwet*).
- Ley relativa a los Medios de Comunicación (*Mediawet*).
- Ley sobre la protección de los Datos de Carácter Personal (*Wy bescherming persoonsgegevens*).
- Ley sobre la venta ambulante (*Colportagewet*).
- Ley sobre las Telecomunicaciones (*Telecommunicatiewet*).

Polonia

- Ley relativa a la libertad de la actividad económica (*Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*).
- Código civil (*Kodeks Cywilny*).
- Ley, de 29 de agosto de 1997, relativa a las prestaciones turísticas (*Ustawa o usługach turystycznych z 29 sierpnia 1997*).
- Ley de 2 marzo de 2000 relativa a la protección de ciertos derechos del consumidor y a la responsabilidad sobre productos peligrosos (*Ustawa z dnia 2 marca 2000 o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny*).
- Ley de 13 de julio de 2000 relativa a la protección de los compradores de derechos de utilización de un bien inmueble o de una residencia durante un cierto periodo anual (*Ustawa z 13 lipca 2000 o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w kaŹdym roku*).
- Ley de 15 de diciembre de 2000 relativa a la protección del consumidor y de la Competencia (*Ustawa 15 grudnia 2000 o ochronie konkurencji i konsumentów*).
- Ley de 5 de julio de 2001 relativa a los precios (*Ustawa o cenach z 5 lipca 2001*).
- Ley de 27 de julio de 2002 relativa a ciertas condiciones generales de venta al Consumidor, modificando el Código Civil (*Ustawa z 27 lipca 2002. o szczególnych warunkach sprzedaŜy konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego*).

Portugal

- Código Civil (*Código Civil*).
- Constitución de la Republica portuguesa (*Constituição da República Portuguesa*).
- Decreto-Ley nº 138/90, de 26 de abril, en la redacción resultante del Decreto-Ley nº 162/99, de 13 de mayo (rectificada por la Declaración de Rectificación nº 10-AF/99) (*Decreto-Lei nº 138/90, de 26 Abril, na redacção resultante do Decreto-Lei nº 162/99, de 13 de Maioo (rectificado pela Declaração de Rectificação nº 10-AF/99)*).

- **Decreto-Ley nº 446/85, de 25 octubre, modificado por el Decreto-Ley nº 220/95, de 31 de agosto, modificado por la Declaración nº 114-B/95, de 31 de agosto, modificada por el Decreto-Ley nº 249/99, de 7 de julio, y por el Decreto-Ley nº 323/2001, de 17 de diciembre** (*Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção resultante do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto, tal como rectificado pela Declaração de Rectificação nº 114-B/95, de 31 de Agosto, do Decreto-Lei nº 249/99, de 7 de Julho*).
- **Decreto-Ley nº 198/93, de 27 de mayo, derogado por el Decreto-Ley nº 209/97, de 13 agosto, modificado por el Decreto-Ley nº 12/99, de 11 enero** (*Decreto-Lei nº 198/93, de 27 de Mayo, revogado pelo Decreto-Lei nº 209/97, de 13 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei nº 12/99, de 11 de Janeiro*).
- **Decreto-Ley nº 234/99** (*Decreto-Lei nº 234/99 de 25 de Junho*).
- **Decreto-Ley nº 143/2001, de 26 abril** (*Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de Abril (rectificado pela Declaração de Rectificação nº 13-D/2001)*).
- **Decreto-Ley nº 275/93, de 5 de agosto, modificado por el Decreto-Ley nº 180/99, de 22 mayo, y por el Decreto-Ley nº 22/2002, de 31 de enero** (*Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, na redacção resultante do Decreto-Lei nº 180/99, de 22 de Maio, e do Decreto-Lei nº 22/2002, de 31 de Janeiro*).
- **Decreto-Ley nº 67/2003, de 8 de abril** (*Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril*).
- **Ley nº 83/95, de 31 de agosto** (*Lei nº 83/95 de 31 de Agosto*).
- **Ley nº 24/96, de 31 de julio (Régimen jurídico aplicable a la defensa de los consumidores)** (*Lei nº 24/96 de 31 de Julho (Regime legal aplicável a defesa dos consumidores)*).
- **Ley nº 25/2004, de 8 de julio** (*Lei nº 25/2004, de 8 de Julho*).

República Checa

- **Ley nº 40/1964, Código Civil modificado por la Ley nº 367/2000** (*Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění zákona č. 367/2000 Sb.*).
- **Ley nº 526/1990** relativa a los precios, modificado por la Ley nº 276/2002 y la Ley nº 124/2003 (*Zákon č. 526/1990 Sb., o cenách v zenění zákona č. 276/2002 Sb. a zákona č. 124/2003 Sb.*).
- **Ley nº 634/1992** relativa a la protección del consumidor (*Zákon č. 634/1992 Sb. O ochraně spotřebitele*).
- **Ley nº 22/1997** relativa a las especificaciones técnicas de los productos, modificado por la Ley nº 226/2003 (*Zákon č. 22/1997 Sb. o technických požadavcích na výrobky ve znění zákona č. 226/2003 Sb.*).
- **Ley nº 159/1999** sobre las condiciones relativas a los empresarios en materia de turismo y agencias de viajes (*Zákon č. 159/1999 Sb. O některých podmínkách podnikání v oblasti cestovního ruchu*).
- **Ley nº 102/2001** relativa a la seguridad general de los productos (*Zákon o obecné bezpečnosti výrobků č. 102/2001 Sb.*).
- **Ley nº 124/2002** relativa a los pagos transfronterizos (*Zákon č. 124/2002 Sb. o platebním styku*).

Reino Unido

- **Ley de 1973** relativa a la suministro de bienes.
- **Ley de 1974** relativa a los precios.
- **Ley de 1977** relativa a los cláusulas contractuales abusivas.
- **Ley de 1979** relativa a la venta de mercancías.
- **Ley de 1982** relativa al suministro de bienes y de servicios.
- **Ley de 1992** relativa a los derechos de utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles.
- **Ley de 2002** sobre las empresas, Parte 8 y Anexo 13.
- **Orden de 1976** relativa a las transacciones con los consumidor (Restricciones a las declaraciones).
- **Orden de 2004** relativa a la indicación de precios.
- **Reglamento de 1987** relativo a la protección de los consumidores (Anulación de los contratos concluidos fuera de los establecimientos comerciales).
- **Reglamento de 1992** relativo a los viajes, vacaciones y circuitos combinados.
- **Reglamento de 1999** relativo a los cláusulas contractuales abusivas en los contratos concluidos con el consumidor.
- **Reglamento de 2000** relativo a la protección de los consumidores (venta a distancia).
- **Reglamento de 2002** relativo a la venta y al suministro de bienes al consumidor.
- **Reglamento relativo a la vida privada y a las comunicaciones electrónicas** (Directiva CE).

Eslovaquia

- **Código Civil** (*Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov*).
- **Código de Derecho Internacional** (*Zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom v znení neskorších predpisov*).
- **Decreto 545/2002** relativo a indicación de precios (*Vyhláška č. 545/2002 Z.z. o spôsobe označovania výrobkov cenam*).
- **Ley nº 99/1963** relativa al Código de Procedimiento Civil (*Zákon č.99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov*).
- **Ley nº 634/1992** relativa a la protección del consumidor (*Zákon č. 634/1992 Zb. o ochrane spotrebiteľa v znení neskorších predpisov*).
- **Ley nº 108/2000** relativa a la protección de los consumidores en materia de venta a domicilio y a distancia (*Zákon č. 108/2000 Z.z. o ochrane spotrebiteľa pri podomovom predaji a zásielkovom predaji*).
- **Ley nº 258/2001** relativa al crédito al Consumo (*Zákon č.258/2001 Z.z. o spotrebiteľských úveroch*).
- **Ley nº 281/2001** relativa a los viajes combinados (*Zákon č. 281/2001 Z.z. o zájazdoch, podmienkach podnikania cestovných kancelárií a cestovných agentúr a o zmene a doplnení Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov*).

- **Ley relativa a la protección de los no-fumadores** (*Zákon č. 377/2004 Z.z. o ochrane nefajčiarov v znení neskorších predpisov*).
- **Ley relativa a los contratos de caución** (*Zákon č. 566/2001 Z.z. o cenných papieroch a investičných službách v znení neskorších predpisov*).
- **Ley relativa a los sistemas de pago** (*Zákon č. 510/2002 Z.z. o platobnom styku v znení neskorších predpisov*).
- **Nuevo Código de Comercio** (*Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov*).
- **Nueva Constitución de la República Eslovaca** (*Zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov*).

Eslovenia

- **Código de las Obligaciones** (*Obligacijski zakonik*).
- **Ley relativa a la protección del consumidor** (*Zakon o varstvu potrošnikov*).
- **Ley relativa a los medicamentos** (*Zakon o zdravilih, ZZdr, Ur.l. RS, št. 31/2006*).
- **Reglas relativas a la indicación de precios de bienes y los servicios** (*Pravilnik o načinu označevanja cen blaga in storitev*).

Suecia

- **Ley 1990/932** relativa a las compras efectuadas por los consumidores, modificada por la Ley 2002:587 (*Konsumentköplag (1990:932) ändrad genom SFS 2002:587*).
- **Ley 1991/601** relativa a la indicación de precios, modificada por la Ley 2004:347 (*Prisinformationslag (SFS 1991:601)*).
- **Ley 1992/1672** relativa a los circuitos combinados (*Lag (1992:1672) om pakyresor*).
- **Ley 1992/830** relativa al crédito al Consumo (*Konsumentkreditlag (1992:830)*).
- **Ley 1994/1512** relativa a las condiciones generales en las relaciones con el consumidor (*Lag (1994: 1512) om avtalsvillkor I konsumentförhållanden*).
- **Ley 1995/450** relativa a la comercialización (*Marknadsföringslag (1995:450)*).
- **Ley 1997/218** relativa a los contratos sobre los derechos de utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles (protección de los consumidores) (*Lag (1997:218) konsumentskydd vidtidsdelat boende*).
- **Ley 2002/599** relativa a las acciones de grupo (*Lag (2002:599) om grupprättegång*).
- **Ley 2005/59** relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos concluidos a distancia y de contratos de venta a domicilio (*Lag (2005:59) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal*).

Anexo: Acciones e instrumentos a que se refiere el artículo 2

Objetivo 1

Garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, concretamente mejorando la documentación objetiva, la consulta y la representación de los intereses de los consumidores.

Acción 1

Recopilación, intercambio y análisis de datos e información que sirvan de documentación de base objetiva para elaborar la política de los consumidores y para integrar los intereses de los consumidores en otras políticas comunitarias, en particular:

1.1. Seguimiento y evaluación de los cambios en los mercados que tienen repercusiones para los intereses económicos y otros de los consumidores, en concreto con estudios, encuestas sobre precios, revisiones de los cambios en la estructura de los mercados, encuestas a los consumidores y a las empresas, recogida y análisis de las quejas de los consumidores y de los datos sobre el comercio y los mercados transfronterizos de la empresa al consumidor.

1.2 Creación y mantenimiento de bases de datos.

1.3. Recopilación y análisis de datos estadísticos y otros datos pertinentes, teniendo en cuenta que la vertiente estadística se desarrollará recurriendo, cuando convenga, al Programa Estadístico Comunitario.

Acción 2

Recopilación, intercambio y análisis de datos e información, así como creación de herramientas de evaluación que aporten una documentación de base objetiva sobre la seguridad de los bienes y servicios para el consumo, como la exposición de los consumidores a las sustancias químicas emitidas por los productos, los riesgos y las lesiones en relación con productos y servicios específicos de consumo, y el análisis técnico de las notificaciones de alerta.

Acción 3

Apoyo al recurso a dictámenes científicos y a la evaluación de riesgos, incluidas las competencias de los comités científicos independientes creados en virtud de la Decisión 2004/210/CE, de 3 de marzo de 2004, por la que se establecen Comités científicos en el ámbito de la seguridad de los consumidores, la salud pública y el medio ambiente.

Acción 4

Preparación de medidas legislativas y otras iniciativas de regulación y promoción de iniciativas de carácter corregulador y autorregulador, incluidas las siguientes:

4.1. Asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios, relativos a la reglamentación y sus repercusiones.

4.2. Asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios, relativos a la elaboración de políticas sobre la seguridad de los productos y servicios y a los intereses económicos y jurídicos de los consumidores.

4.3. Estudios jurídicos y técnicos especializados y asesoramiento sobre la evaluación de la necesidad de unas normas de seguridad de los productos y la elaboración de mandatos de normalización para productos y servicios.

4.4. Seminarios, conferencias, talleres y reuniones con participación de las partes interesadas y de expertos.

Acción 5

Contribuciones financieras para el funcionamiento de las organizaciones de consumidores europeas.

Acción 6

Contribuciones financieras al funcionamiento de organizaciones de consumidores europeas que representen los intereses de los consumidores en el desarrollo de normas para productos y servicios a nivel comunitario.

Acción 7

Consolidación de la capacidad de las organizaciones de consumidores regionales, nacionales y europeas, en particular mediante la formación y el intercambio de las mejores prácticas y experiencia de su personal, especialmente dirigida a las organizaciones de consumidores de los Estados miembros que se hayan adherido a partir del 1 de mayo de 2004.

Objetivo II

Garantizar la aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores, en particular reforzando la cooperación, la información, la educación y las vías de recurso.

Acción 8

Acciones destinadas a mejorar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria de protección de los consumidores, en particular la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre seguridad general de los productos, y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, como las siguientes:

8.1. Acciones para mejorar la coordinación del seguimiento y la aplicación así como mejorar la cooperación entre organismos competentes, con la creación y el mantenimiento de herramientas informáticas (como bases de datos, sistemas de información y de comunicación) y la organización de seminarios, conferencias, talleres y reuniones con participación de las partes interesadas y de expertos en aplicación, e intercambio y formación de funcionarios de aplicación y de magistrados.

8.2. Seguimiento y evaluación de la seguridad de los servicios y los productos no alimentarios, como la consolidación y ampliación del ámbito y funcionamiento del sistema de alerta RAPEX, teniendo en cuenta la evolución del intercambio de información sobre vigilancia del mercado, y el desarrollo de la red para la seguridad de los productos de consumo conforme a lo establecido en la Directiva 2001/95/CE.

8.3. Acciones conjuntas del seguimiento, ejecución y otras en el marco de la cooperación administrativa y para el cumplimiento de la legislación.

8.4. Acciones de cooperación administrativa y para el cumplimiento de la legislación con terceros países que no participen en el programa.

Acción 9

Asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios, relativos al seguimiento y la evaluación de la transposición, aplicación y cumplimiento de la legislación sobre protección de los consumidores por los Estados miembros, prestando especial atención a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y al Reglamento (CE) 2006/2004. Se incluye aquí también la creación y el mantenimiento de bases de datos de acceso fácil y público sobre la transposición y la aplicación de la legislación comunitaria de protección de los consumidores.

Acción 10

Acciones sobre información, asesoramiento y vías de recurso, como:

10.1. Seguimiento del funcionamiento y evaluación del impacto de la resolución alternativa de litigios.

10.2. Contribuciones financieras para medidas conjuntas con organismos públicos o sin fines lucrativos unidos en redes comunitarias de información y asistencia a los consumidores con el fin de ayudarles a ejercer sus derechos y obtener acceso a una resolución de litigios adecuada (la Red de centros europeos de los consumidores).

10.3. Acciones para mejorar la comunicación con los ciudadanos de la UE en materia de consumo, particularmente en los Estados miembros que se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004 como, por ejemplo, publicaciones sobre cuestiones de interés para la política de los consumidores, oferta de información en línea, y acciones de información sobre medidas de protección y derechos de los consumidores.

Acción 11

Acciones de educación de los consumidores, incluidas:

11.1. Acciones específicas dirigidas a los jóvenes consumidores, a los de más edad y a grupos vulnerables de consumidores, claramente menos capaces de defender sus intereses, y el desarrollo de herramientas didácticas interactivas.

11.2. Contribuciones financieras para el desarrollo de cursos europeos integrados de posgrado en cuestiones relativas a los consumidores, incluyendo un esquema de becas para hasta seis meses de estancia en otro país.

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

RAÚL CANOSA USERA

SUMARIO

- I. Estado social y sociedad de consumo.
- II. La defensa de los consumidores y usuarios en el ordenamiento constitucional español.
- III. Reconocimiento de los derechos de los consumidores.
- IV. Conclusión.

I. Estado social y sociedad de consumo

I.1. La perspectiva constitucional

Si hay un fenómeno social notorio e indiscutible es el de la masificación en la adquisición de bienes y servicios que hoy caracteriza a las sociedades desarrolladas, a las que con acierto se identifica como “sociedades de consumo”. Bien es verdad que no en todas partes ha fraguado este tipo de sociedad, pero ello se considera un fracaso o al menos un retraso en el proceso que inexorablemente habrá de venir.

El fenómeno apuntado es consecuencia, por todos conocida, de una evolución del sistema capitalista cuyo funcionamiento antes se basaba en la marginación de los más y en el enriquecimiento feroz de los menos. Ahora este enriquecerse es producto casi siempre de que la inmensa mayoría consume, pues la producción capitalista se concentra en el ofrecimiento de bienes de consumo. Este nuevo capitalismo¹ presenta una faz bien distinta y parece que, por fin, esa tantas veces invocada “mano invisible” genera bienestar para todos, en la medida en la que, en la sociedad de consumo,

¹ Manuel GARCÍA PELAYO analiza con acierto el fenómeno al referirse a una “sociedad de consumidores”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 67.

consumir equivale a comprar bienestar. En otras palabras, el mercado depende para su supervivencia de la generalización del bienestar, ligado a un consumo masivo². En este contexto es esencial favorecer el máximo poder de compra de cada individuo, pues de él depende el mantenimiento del nivel de consumo que garantice la supervivencia del sistema capitalista.

Era inevitable que en la atmósfera política de los años sesenta, con un capitalismo ya maduro³ y centrado en el consumo, el Estado acabara ocupándose del fenómeno en la singularidad que estaba adquiriendo. El consumo se convierte así en objeto específico de la acción de los poderes públicos y también, claro está, del legislador. Ven la luz las primeras regulaciones que afectan al consumo y, ya en los años setenta, las primeras que monográficamente lo regulaban en un sentido claramente tutelar del consumidor⁴.

Esta aproximación jurídica a la relaciones de consumo tenía que ser multidisciplinar⁵, como vino a recordar la STC 71/1982: mercantil, administrativa, civil, procesal y también, cómo no, constitucional. En estas pinas vamos a ocuparnos del marco constitucional del consumo, y ello porque la Constitución española de 1978, en su artículo 51, contiene una mención específica a la “defensa de los consumidores y usuarios” y detalla otros principios rectores que analizaremos. La constitucionalización del consumo⁶ denota la importancia que presenta en las sociedades del presente, así que los constituyentes contemporáneos se ocupan de él, de forma desigual pero con interés creciente. La constitucionalización cierra por arriba el conjunto de normas de naturaleza peculiar —que conformarían un “Derecho del consumo”— cuya finalidad es la protección del consumidor⁷. Este Derecho del consumo podría presentarse como una rama autónoma del ordenamiento jurídico⁸ que dispone de sus propios principios informadores⁹.

Como era de esperar no son idénticos los puntos de vista que, en cada país, adopta el legislador ordinario o, en su caso, el legislador constituyente acerca del fenómeno del consumo. Hay quienes piensan que, siendo el consumo una consecuencia de la evolución del capitalismo, debe dejarse el mercado a su libre albedrío para que sea

² Al que se refiere, entre otros, Teresa QUINTELA GONÇALVES, *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986, pp. 29 y ss.

³ Un constitucionalismo “postdesarrollista” como lo llama Luis CAZORLA PRIETO, “Artículo 51 constitucional”, en Fernando GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 853.

⁴ Esther GÓMEZ CALLE destaca la importancia inspiradora que tuvieron los documentos elaborados en el seno del Consejo de Europa y de la Comunidad Económica Europea, en “Consumidores”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, Juan José RUIZ RICO y Manuel CONTRERAS resaltan, por su parte, la influencia de leyes foráneas en la introducción en España de la materia, “Artículo 51”, en Oscar ALZAGA (dir.) *Comentarios a la constitución española*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 391 y ss.

⁵ Interdisciplinariedad advertida, entre otros, por Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “La defensa del consumidor: un principio general del Derecho”, en VVAA, *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, p. 1.908. RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., p. 389, o Alicia de LEÓN ARCE, “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, en Alicia de LEÓN ARCE y Luz María GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 97.

⁶ En los términos planteados por CAZORLA PRIETO, ob. cit., p. 861.

⁷ Como bien explica Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Actualidad Editorial, Madrid, 1996, p. 120.

⁸ Tal y como sostienen, entre otros, Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, “El derecho del consumo ¿una disciplina autónoma”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 22, 1991, p. 12, Norbert REICH, *Mercado y derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 10, y GÓMEZ CALLE, ob. cit., pp. 27 y 28.

⁹ Sintetizados por LEÓN ARCE, “El consumo...”, ob. cit., pp. 96 y ss.

él el que continúe generando bienestar a través de la extensión del consumo. Otros, desde posiciones propias de la defensa del Estado social, resaltan la posición desventajosa del consumidor frente al productor y apuestan por una decidida protección del primero contra los abusos de segundo. Además, apuntan, el bienestar generado por el consumo debe completarse con otro, más importante, y que no depende del mercado, al que el Estado debe proveer. Otros, por último, estigmatizan el consumo y la sociedad sobre él organizada tachándolo de embrutecedor. De las tres posturas esbozadas analizaremos las dos primeras, advirtiendo lo que es por lo demás obvio, que tales posiciones no se presentan siempre en estado puro y su plasmación constitucional o legal siempre es compleja, habida cuenta de que la regulación y protección de este nuevo interés jurídico (la defensa de los consumidores y usuarios) ha de armonizarse con la garantía de otros intereses de al menos igual rango que el ahora analizado.

1.2. La tesis liberal: El consumo como una relación autorregulada de la sociedad

Como todas, la posición liberal es proteica y ha evolucionado con las propias sociedades en las que aspira a proyectarse. Pero su punto de partida clásico aún está vigente: la separación entre sociedad y Estado. Éste no ha de entorpecer el desarrollo espontáneo de la sociedad y menos aún cuando ésta genera bienestar, lo que sucede con un funcionamiento del mercado fundado en el consumo cuya generalización lo proporciona. Según lo anterior, es el mercado el que va a determinar qué productos son mejores y su calidad dependerá de cuánto se consuman. El consumidor no es tonto y comprará aquello que le proporcione bienestar; lo que no adquieren los consumidores acaba desapareciendo del mercado o bajando de precio. El funcionamiento del mercado gravita ahora en torno al consumidor y, por eso, sus decisiones son las que marcan la línea de producción. La sociedad funcionando como un mercado acaba asignando los recursos en los ámbitos que son verdaderamente necesarios y son necesarios porque lo deciden los consumidores. Imperaría así el axioma de la autonomía de la voluntad.

Según estas tesis, el Estado no debe interferir en el mercado, dependiente de las decisiones del consumidor más que en la medida necesaria para asegurar su libertad. Una intervención tendría que justificarse en la defensa de intereses esenciales. La tesis liberal no rechaza tal intervención de los poderes públicos pero, en principio, sólo estaría legitimada para asegurar la libertad del consumidor, y sin menoscabo de la libertad de empresa de los productores. Aquél ha de poder comprar lo que desee, estos producir o no producir lo que quieran. El resultado último sería, en buena lógica económica, que se produciría sólo aquello que los consumidores adquieren. El ordenamiento jurídico debería servir a este buen funcionamiento del sistema de asignación de recursos que es el mercado, cuya salvaguardia operaría como límite de la acción pública, pues toda interferencia estatal en el mercado, al margen de aquella para asegurar la libertad del consumidor, supondría distraer recursos y disminuir el bienestar.

Por otro lado, la mundialización económica implica la existencia de un mercado, también de consumo, de alcance planetario, de tal suerte que ya el ámbito

de la producción y del consumo de bienes y servicios supera las barreras estatales. Medidas forzosamente vinculadas a la jurisdicción estatal influyen, sin embargo, en un mercado que, según los sectores, es ya de manera creciente global. La postura liberal viene respaldada por el devenir mundial y si las prácticas públicas facilitan el funcionamiento del mercado universal, mejores serán las expectativas de bienestar para sus propios ciudadanos.

Desde la perspectiva liberal la regulación constitucional de los intereses de los consumidores no es necesaria, resulta superflua,¹⁰ y sólo es preciso asegurar la existencia del mercado. La garantía constitucional del mercado y de la libertad de empresa a él asociada son las condiciones que en verdad aseguran los intereses de los consumidores; puesto que el mercado gira ahora en torno al consumo; el consumidor es agente económico de primera magnitud porque dispone del poder absoluto de comprar o no comprar. En definitiva, lo decisivo es la libertad de consumir en un mercado centrado en el consumo. Así que la invocación a los intereses de los consumidores es superflua e incluso peligrosa, si puede ser empleada para interferir en el mercado y restringir la libertad de compra.

1.3. La tesis del Estado social: Preocupación por las condiciones vitales del ser humano

Se trata de proteger al consumidor, pero esta tutela no se centra en su libertad de consumir¹¹ sino en asegurar otros bienes jurídicos ligados a la figura jurídica del consumidor. Como es bien sabido, el Estado social de derecho es fruto de una síntesis, fraguada sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, de tesis políticas liberales con fines traídos a colación por el socialismo. Se mantiene la estructura de la separación de poderes, el control entre poderes al servicio de la libertad, pero el poder público ya no aspira a mantenerse al margen del libre devenir social, sino a intervenir frecuentemente, movido a ello por la multiplicación de fines estatales. La libertad ya no entraña sólo un elenco de libertades negativas frente al Estado que exigen de éste la abstención, sino también de libertades positivas que implican prestaciones estatales. En definitiva, la vieja estructura del Estado liberal se emplea para alcanzar otros bienes constitucionales, otros objetivos, y para satisfacerlos el Estado tiene que multiplicarse e intervenir¹².

En esta nueva situación, el Estado no se desentiende de lo que ocurre en la sociedad a la que protegía el ordenamiento liberal frente a los abusos del propio Estado;

¹⁰ Según opinión de Óscar ALZAGA VILLAMIL para quien se trataba de una moda histórica, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del foro, Madrid, 1978, pp. 340 y ss.

¹¹ Así lo advierten RUIZ RICO y CONTRERAS, para quienes la libertad de consumir sería un elemento más de la economía de mercado que remite al artículo 38 de la Constitución, ob. cit., p. 398.

¹² Sobre el Estado social hay una abundantísima bibliografía entre la que puede destacarse Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, Ángel GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1992. Pablo LUCAS VERDÚ, *Estimativa y política constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, Pedro de VEGA GARCÍA, "Constitucionalismo de la igualdad", en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 6, Murcia, 1994, pp. 41 y ss., Javier CORCUERA y Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, Carlos de CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

ahora los poderes públicos defienden a los individuos también frente a los abusos que se generan en la misma sociedad y no sólo, y como en el Estado liberal, contra la propiedad y la vida. Uno de los ámbitos en los que el Estado social interviene es el del mercado porque no se espera que éste genere espontáneamente bienestar, éste lo ha de proporcionar el Estado, corrigiendo el devenir del mercado e incluso supléndolo en muchas ocasiones. Surge así una economía mixta donde el Estado representa un papel decisivo, no sólo dirigiendo el mercado sino convirtiéndose a veces en productor directo de bienes y servicios, al menos de los servicios públicos esenciales. Al proceder así, el Estado asegura esos bienes y servicios para todos, sin las miras puestas en obtener un beneficio económico, sino al servicio de la sociedad.

La consecuencia inmediata de este dirigismo e intervencionismo económico es que el mercado se restringe: la sanidad, la educación, el transporte en gran medida y, durante la época dorada de las economías mixtas, la mayoría de los sectores estratégicos estaban en manos del Estado, aunque éste operase mediante el expediente técnico de las empresas públicas. En este contexto que ha variado con la privatización masiva de esas empresas públicas, pero que por lo general no afecta a sectores tan importantes como el educativo, el sanitario y el de ciertos medios de transportes, no podía el ordenamiento jurídico centrarse en proteger la libertad de consumir pues muchas veces el consumidor, en vigencia de la economía mixta, no tendría más opción que consumir lo que el Estado le proporcionaba puesto que, en muchos ámbitos, se había excluido la libertad de empresa. De tal suerte que no había concurrencia en tales sectores y la libertad de consumir, que implica elección y depende, pues, de un mercado abierto, no existía en puridad. La protección de los consumidores debía, pues, centrarse en otros aspectos, por ejemplo: en su salud y en su seguridad o en sus intereses económicos como viene a hacer la Constitución española, al encargar a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios¹³.

En los tiempos dorados del Estado social, desde la segunda postguerra mundial hasta los años ochenta y noventa, los poderes públicos no sólo dirigen la economía sino que directamente son con frecuencia productores de bienes y servicios, de tal suerte que garantizaban a los consumidores no su libertad de consumir —optar entre bienes de distinto origen— sino los bienes y servicios con los que nutrir la calidad de vida de todos. El bienestar provenía, en especial en Europa, no sólo del funcionamiento del mercado, orientado al consumo masivo —lo que acaso ocurriese en los Estados Unidos—, sino también de los bienes y servicios puestos directamente por el Estado en condiciones que no eran las del mercado. Mientras que en los Estados Unidos, como apuntábamos, el bienestar es más bien producto del mercado, en Europa, éste es un agente importante pero no el único puesto que el Estado, amén de dirigir la economía, es también productor y prestador de servicios en sectores económicos decisivos.

La situación ha cambiado sustancialmente en la esfera europea con la retirada estatal de muchos de los sectores importantes. Allí donde antes había una empresa

¹³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ explica cómo el ordenamiento asegura un determinado *status* de los ciudadanos, como consumidores, frente a los potenciales riesgos del mercado, ob. cit., p. 1.903.

estatal que monopolizaba la producción de un bien o la prestación de un servicio, ahora hay empresas privadas que compiten entre sí. La lógica de la integración comunitaria, con la creación del mercado común, junto con las exigencias de la mundialización, ha propiciado la transformación. La anterior ha desactivado ciertos instrumentos constitucionales que permiten ese intervencionismo ya inexistente.

Subsisten todavía sectores aún nacionalizados o de régimen casi monopolístico del Estado, como la sanidad o el transporte ferroviario, por ejemplo. Por otra parte, el Estado no renuncia a dirigir los avatares de la economía y sobre todo mantiene su compromiso con el logro de la calidad de vida¹⁴, ese bienestar que no se nutre sólo de bienes de consumo sino asimismo de otras cosas que se escapan del mercado o que, pudiendo ser absorbidos por él, sin embargo, el Estado las coloca fuera.

En definitiva, el Estado social pretende orientar el desarrollo de la sociedad de consumo para que, bajo su dirección, contribuya al objetivo mismo del Estado social: la generalización del bienestar, de la calidad de vida. El capitalismo ha advertido que la sociedad de consumo aumenta sus beneficios, pero el Estado social lo ha intentado utilizar para encarrilarlo en la senda del Estado del bienestar. Esta relación entre Estado y mercado supone, en todo caso, respetar el marco de la economía de mercado que suele venir garantizada en la misma constitución, en la española en el artículo 38, junto con la libertad de empresa¹⁵.

La consecución de la justicia social se nutre de consumo pero, en pugna con éste, ofrece un elenco de bienes constitucionales que no están necesariamente en el mercado. Porque la calidad de vida no es producto sin más de una generalización del consumir, sino de la igualdad sustancial. Si el Estado social aceptase que todo lo que se propone a los ciudadanos, en la forma de derechos sociales o de principios rectores, fuera asequible para todos en el mercado, entonces el mismo Estado sería cuanto menos superfluo, sino inútil. Es esta la línea imperante en los Estados Unidos. Sin embargo, en Europa determinados bienes y servicios se generalizan, no porque el mercado los ofrezca a buen precio, sino porque constituyen prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos (derechos sociales) o porque son resultado de políticas sociales. El Estado es gestor de sus servicios públicos con los que se satisfacen derechos o se despliegan políticas sociales y, de una suerte, esos sectores de actividad salen del mercado o quedan muy intervenidos por el poder público.

El Estado social mantiene, en definitiva, una relación crítica con la economía¹⁶. Ésta puede coadyuvar, bajo vigilancia pública, al acrecentamiento del bienestar social, pero sujeta a cuantas limitaciones le imponga el poder público. Sobre la libertad de empresa y la garantía del mercado pesa su función social cuyo alcance fija el legislador. Y en este contexto los instrumentos que proporciona el Derecho del consumo

¹⁴ Cfr. Ramón MARTÍN MATEO, "La calidad de vida como valor jurídico", en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, pp. 51 y ss.

¹⁵ Para Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ se trata de lograr más bien la colaboración que la sumisión del mercado, en un contexto que este autor describe como de fracaso del Estado social, *Nuevas claves del Estado social*, Comares, Granada, 1999, p. 96.

¹⁶ En torno a esta problemática relación cfr. las interesantes consideraciones de Máximo MORESI, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Alberto PREDIERI (dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 343 y ss.

sirven al Estado para corregir el libre devenir del mercado¹⁷ y para defender, frente al mercado, los intereses de los consumidores. Así las cosas, la protección constitucional de los consumidores se inserta en un contexto que ha venido denominándose “Constitución económica”¹⁸, y que se sitúa en el corazón del Estado social¹⁹.

Si hablamos de la relación entre consumidor y productor de bienes y servicios, la postura del Estado social no es, como ya se indicó, asegurar la libertad de consumir, sino reforzar la posición del consumidor, al que se considera la parte más débil de la relación²⁰, frente a los latentes abusos de los productores que pueden inducirlo a consumir lo que no le conviene o productos de mala calidad. Es la indefensión del sujeto ante las “trampas” del mercado la que pretende combatirse, así que el Estado impone a los productores, norma tras norma, barreras y exigencias de calidad de los productos, reglas para su publicidad, etc. Se regula con frecuencia, bien en la misma Constitución bien en las leyes, derechos de los consumidores para que estos mismos puedan ejercerlos frente a los productores, y para estos últimos suponen nuevas barreras añadidas a las objetivas establecidas por el legislador.

Son muchos, en definitiva, los instrumentos constitucionales y legales con los que el Estado social pretende paliar la desigualdad fáctica entre productores y consumidores²¹. Y uno de los más relevantes es la promoción de las organizaciones de consumidores y usuarios a las que el ordenamiento suele reconocer un papel estelar. Así, además de proteger individualmente a los consumidores, se fomenta su organización para que actúen como una suerte de contrapoder social²² en la defensa de sus intereses que, por lo demás, también el Estado se ha comprometido a tutelar.

¹⁷ Finalidad bien explicada por Mayte ARRILLA MENDOZA en su tesis doctoral *Artículo 51 de la Constitución española: la protección de los consumidores y usuarios*, Universidad Complutense, 1999, p. 36.

¹⁸ QUINTELA GONÇALVES, ob. cit., p. 65, y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN, “Los derechos de los consumidores en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984”, en VVAA, *Curso de doctorado sobre derecho de los consumidores, constitución económica y derecho del consumo*, Dirección General de Comercio y Consumo, Servicio de Consumo, Madrid, 1987, p. 92. El mismo SEQUEIRA MARTÍN desarrolla esta conexión en “Defensa del consumidor y Derecho constitucional económico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, pp. 92 y ss. Acerca de la constitución económica en general, con referencias a la protección de los consumidores, cfr. Martín BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 91 y ss., Gaspar ARIÑO, *Principios de Derecho Público económico*, Comares, Granada, 1999. Fernando GARRIDO FALLA (ed.), *El modelo económico de la Constitución española*, 2 vol., Madrid, 1981, Óscar de JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Enrique LINDE PANIAGUA, *Introducción al sistema económico de la Constitución española*, Valencia, 1987. Ramón MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la economía*, Madrid, 1985.

¹⁹ Por eso, es perfectamente coherente que el Estado social se ocupe, incluso en la Constitución, de la protección de los consumidores, como apunta José Luis CASCAJO CASTRO, “Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores”, en VVAA, *Estudios sobre el Derecho del Consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1994, pp. 39 y ss. En la misma obra colectiva y en parecido sentido, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo”, pp. 109 y ss. y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, “El papel de las asociaciones de consumidores y usuarios”, pp. 226 y ss.

²⁰ Porque, como recuerda Guido ALPA, el consumidor no reina, sino que necesita defensa, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma, 1999, p. 15.

²¹ Bien explicada por Juan GÓMEZ CALERO, *Los derechos de los consumidores*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 182 y ss. Las problemáticas relaciones entre empresas y consumidores son también analizadas por Alberto BERCOVITZ, en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores y usuarios*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 23 y 24.

²² Que explican bien RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit. pp. 401 y 402.

II. La defensa de los consumidores y usuarios en el ordenamiento constitucional español

II.1. Alternativas del constituyente

La Constitución española refleja el estado de cosas del tiempo de su aprobación y recoge, constitucionalizados, todos los intereses sociales que entonces estaban en auge. Además de proclamar los derechos clásicos de libertad, avanzó en el reconocimiento de los derechos sociales, y acaba conformando un Estado social típico que concreta la calificación que de España hace el artículo 1.1 CE. Pero en este terreno la Constitución se quedó a medio camino y los derechos sociales que ahora, por ejemplo, declaran profusamente los nuevos estatutos de autonomía, son recogidos con cautela, sin otorgarles por lo general plena eficacia como tales derechos o, sin más, se presentan como mandatos a los poderes públicos, cuya realización quedaba así a expensas de la voluntad del legislador.

Entre las alternativas que ante el constituyente se abrían, éste optó por una intermedia, generosa porque constitucionalizó todo interés social relevante entonces emergente, pero haciéndolo con prudencia ya que la mayor parte de los derechos sociales se proclaman junto con los principios rectores en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Esta ubicación tenía y tiene importancia crucial pues el artículo 53.3 CE modula su eficacia, limitándola a informar el ordenamiento jurídico, pero sin dotarlos de plena efectividad salvo lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En realidad se estaba constatando una evidencia: que los derechos sociales deben perfilarse en la ley que prevea cómo los poderes públicos van a satisfacerlos. Puesto que son libertades positivas y la estructura de éstas exige un hacer de tales poderes²³.

A diferencia de lo que ocurrió con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vivienda o con el derecho a disfrutar del medio ambiente, los derechos de los consumidores no alcanzaron ni siquiera este modesto reconocimiento formal y se acabó prefiriendo recoger principios rectores de una política de defensa de los consumidores y usuarios²⁴ que ya tenía antecedentes durante el franquismo. Aun así, en la primera redacción del proyecto de Constitución se proclamaba un extraño “derecho al control de la calidad de los productos de carácter general y a una información fidedigna sobre los mismos”. Con buen tino se rechazó la propuesta y tras varias redacciones se acabó aprobando el artículo 51 que conocemos²⁵. En él se plasma la lógica del Estado social y se legitima constitucionalmente el intervencionismo estatal para la defensa de los consumidores y usuarios, y se integra esta defensa en la Constitución económica española. El artículo 51 recoge, pues, un principio de acción de los poderes públicos²⁶, pero sin proclamar derechos subjetivos.

²³ Como expone Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 63 y ss.

²⁴ Específicamente en relación con este principio rector, cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, ob. cit., pp. 114 y ss. y CASCAJO CASTRO, ob. cit., pp. 42 y ss.

²⁵ A propósito del *iter* legislativo, cfr. RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., pp. 395 y ss.

²⁶ El artículo 51 es, en lo esencial, elogiado por RUIZ RICO y CONTRERAS, aunque no dejen de criticar ciertas fórmulas que contiene, ob. cit., pp. 397 y ss. ALZAGA, sin embargo, lo critica porque preceptos como este suponen, a su juicio, convertir la Constitución en un catálogo de cuestiones sin resolver, *Comentarios...*, ob. cit., p. 341.

II.2. Principio rector de protección de los consumidores y usuarios

Con esta rúbrica se podría sintetizar el contenido de lo proclamado en el artículo 51 CE. Todo lo regulado en él conduce al mismo fin: proteger a los consumidores y usuarios a quienes implícitamente se consideran en posición desventajosa y por ello necesitados de una enérgica protección estatal. Esta protección exige la intervención en el mercado que, sin ella, se desenvolvería, parece presuponerse, en contra de los intereses de los consumidores y usuarios.

Se eleva a interés constitucional el de cierto grupo de individuos —aunque ciertamente numéricamente inmenso—, en especial de aquellos de entre ellos que no pueden en el mercado hacer valer su riqueza para actuar ventajosamente. Se traza, por añadidura, un fin estatal al que encaminar los pasos de los poderes públicos: la tutela de los consumidores; y se habilita al Estado para intervenir en el mercado limitando el ejercicio de derechos constitucionales, tales como la libertad de empresa, o cercenando la proyección de otros intereses también protegidos. Se conforma así el principio rector enunciado en el artículo 51 CE que presenta las características de este tipo de normas, condicionadas por lo dispuesto en el artículo 53.3 CE.

La Constitución española abraza la tesis del Estado social al concretar, en la relación de consumo, el *desideratum* de igualdad sustancial que proclama su artículo 9.2. Vista la desigualdad fáctica en perjuicio del consumidor y en beneficio el productor, los poderes públicos están llamados a “remover los obstáculos” que impiden el equilibrio entre ellos. Puesto que el mercado no lo asegura, habrá de ser el Estado quien deba garantizarlo. No se trata desde luego de cancelar el mercado que tiene su garantía específica en el mismo precepto constitucional donde se proclama la libertad de empresa (artículo 38), sino de intervenir en él sólo en la medida necesaria para conciliar intereses en latente conflicto. El artículo 51 CE no puede interpretarse unilateralmente, sino en armonía, sistemáticamente, con otros preceptos constitucionales. Llegamos así a la esencia del Estado social: la ponderación entre intereses en latente conflicto que ha de resolver el legislador. A éste corresponde una delicada tarea que puede concretarse de formas diversas, dada la ductilidad de la Constitución²⁷.

Una de las maneras más enérgicas y socializantes de proteger al consumidor es estatalizar sectores económicos enteros para que sea el Estado quien preste el bien o servicio. Este procedimiento, tan caro al Estado social, perdió desde hace tiempo a favor de los Estados europeos. La forma menos intervencionista es reforzar los derechos individuales del consumidor frente al productor privado de bienes y servicios.

Como acontece con los demás principios rectores y con los derechos sociales, su concreción y satisfacción queda al albur del legislador futuro, pues a éste corresponde desarrollar lo establecido en la Constitución. Tal desarrollo será mayor o menor, mejor o peor, y siempre podrá parecernos escaso o excesivo según el punto de vista que adopte el observador. Esta incertidumbre, a propósito de la efectividad de las cláusulas sociales, es distintiva del Estado social. Podemos discutir a propósito de

²⁷ Ductilidad que expone Gustavo ZAGREBELKY, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999.

la efectividad de estos preceptos sociales y del modo en el que afectan a los poderes constituidos, en especial al legislador²⁸, pero de lo que no hay duda es de que esas cláusulas no ostentan una eficacia plenaria por sí solas y que están necesitadas de desarrollo legislativo. Este no va a ser, no puede ser, total desde la primera hora porque su esencia consiste en trazar un camino que habrá siempre de recorrerse en constante mejora y perfeccionamiento de las políticas públicas. La promoción de los principios rectores, con las prestaciones debidas a los derechos sociales, será en todo momento mejorable ya que las cláusulas que los proclaman son mandatos constitucionales²⁹, es decir, tareas del Estado que éste ha de procurar materializar cada vez mejor, dando mejores prestaciones, concretando los principios rectores en políticas cada vez más beneficiosas para los individuos.

Podría discutirse si los derechos sociales tienen un mínimo prestacional asegurado en la Constitución,³⁰ lo que impediría a los poderes públicos negarlo, en ausencia de prestaciones legalmente establecidas, pero de lo que no hay duda es de que los principios rectores, como los que contiene el artículo 51 CE, carecen de eficacia plena. Según el artículo 53.3 CE tales principios “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Se les reconoce únicamente un valor informador y no se reclama del legislador un desarrollo inmediato. Será bienvenido este desarrollo y sólo, cuando se produzca, podrán ser alegados por los individuos ante la jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Con esta expresión, el artículo 53.3 CE confirma la libertad del legislador para desarrollar los principios rectores e impide que, mientras ese desarrollo no vea la luz, sean invocables directamente ante los tribunales para fundar en exclusiva sobre ellos una pretensión concreta. Porque esta prohibición de invocación no debe interpretarse absolutamente, pues cabe invocar estos principios, pero siempre que la pretensión procesal concreta se acompañe de la apoyatura legal correspondiente. En definitiva, los principios rectores no sustentan por sí mismos posiciones jurídicas individuales, sino que operan como mandatos al legislador para que los desarrolle. Este desarrollo contribuirá a la transformación social al servicio de la igualdad sustancial.

En lo que respecta a la defensa de los consumidores y usuarios, la actividad legislativa contribuirá a atenuar y a la postre suprimir esa desigualdad fáctica perjudicial para el consumidor. Al concretar este objetivo, el legislador tiene obligación de ponderar la defensa de los consumidores con otros intereses constitucionales, y podrá así modular el cómo, el cuándo y el alcance de la tutela de los consumidores³¹. El artículo 51 CE le brinda herramientas y le traza objetivos, pero no impone medidas concretas, salvo las de regular el comercio interior o el régimen de autorizaciones de

²⁸ Sobre esta interminable polémica cfr., entre otros, Pablo LUCAS VERDÚ, *Estimativa y políticas constitucionales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 147 y ss. y Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

²⁹ Como los denomina BÖCKENFÖRDE, ob. cit., p. 80.

³⁰ Como sugiere Guillermo ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Cicode+Trama Editorial, 2005, pp. 58 y ss.

³¹ Lo analiza A. BERCOVITZ, *Estudios...*, ob. cit., p. 26.

los productos comerciales (artículo 51.3 CE). Aun así los márgenes de acción legislativa son muy amplios y lo único que parece incuestionable es que legislador debe actuar en el sentido querido por la Constitución. Con todo, la omisión del legislador tampoco podría ser objeto de sanción.

Por fortuna nuestro legislador actuó con razonable intensidad y renovó el aparato legislativo preconstitucional con la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, reformada en varias ocasiones, en especial para trasponer directivas comunitarias. La Ley 26/1984 ha sido recientemente derogada por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (de ahora en adelante LCU). Este Decreto Legislativo es resultado de la habilitación al Gobierno que contenía la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, mediante la que se modificaba la Ley 26/1984³². Esta evolución legislativa ha supuesto la plena incorporación de todas las directivas correspondientes y la regulación mucho más ordenada y precisa de materias que sólo muy parcialmente se contemplaban en la primitiva ley o que ni siquiera se esbozaban en ella. Así las cosas no es de extrañar que de los 39 artículos que presentaba la Ley 26/1984 —aunque muy parcheados— hayamos pasado, en el texto refundido, a 165 artículos.

También las Comunidades Autónomas han incidido en la materia, completando un panorama en donde no se puede apreciar omisión. En otras palabras, se cumple el mandato constitucional de defensa de los consumidores y usuarios. Por añadidura, los nuevos estatutos de autonomía vienen recogiendo derechos de los consumidores que se unen a los derechos legalmente reconocidos.

En este contexto debemos indagar en la correspondencia entre lo prescrito en la Constitución y su inmediato desarrollo legal para analizar y, en su caso, proponer sugerencias y formular críticas. Con certeza cualquier análisis desde cualquier punto de vista advertirá carencias que no harán sino confirmar lo que venimos reiterando: el Estado social no termina nunca de construirse, es un perpetuo mejorar las condiciones vitales de los seres humanos, también en su vertiente de consumidores, y la calidad de vida no se nutriría sólo de bienes de consumo, sino que pretende asegurar otros bienes como la educación, la protección de la salud, la educación o la cultura, entre otros.

El genérico principio de defensa de los consumidores y usuarios se desglosa en el artículo 51 CE en otros varios que lo precisan. Para comenzar, el principio de protección de la salud, la seguridad y los intereses legítimos de los consumidores. La fórmula constitucional identifica cuáles son los intereses de los consumidores que vienen a protegerse. Frente a los peligros que la sociedad de consumo genera, los bienes protegidos son los mencionados. Bien es cierto que otros preceptos constitucionales podrían dar

³² La Ley 44/2006 venía a depurar los incumplimientos de la directiva 93/13/CEE, de Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que detectó el TJCE en su sentencia de 9 de septiembre de 2004, Asunto C-70/2003. se aprovechaba para introducir algunas mejoras o para adaptar la legislación de los consumidores a novedades legislativas internas, como las relativas al ejercicio del derecho de asociación.

cobertura a tales bienes (artículos 15, 43.1, 17.1, 33.1, etc.) pero en el artículo 51 hallan específica tutela en relación con el consumo. En este sentido no puede considerarse superflua está especializada garantía porque indica al legislador qué intereses de los consumidores ha de proteger.

La LCU desarrolla la previsión constitucional proclamando de nuevo tales intereses y, yendo más allá, convirtiéndolos en derechos subjetivos para que también sus titulares puedan reclamarlos. A partir de la promulgación de la Ley 26/1984, tales principios no sólo han operado como intereses objetivos a los que se encamina la acción protectora de los poderes públicos sino que, como veremos más adelante, actúan como derechos subjetivos legales. Por añadidura, el artículo 19 de la LCU sienta un genérico principio *pro consumatore* que produce el desplazamiento de normas civiles o mercantiles en las relaciones de consumo³³. Ello supone una reorientación del Derecho Privado y una reducción de los espacios de su proyección³⁴.

Pero no bastaría que la ley reprodujera lo previsto en la Constitución, ni siquiera que transformara esos intereses objetivos en derechos subjetivos, era necesario, y así lo hace la LCU, articular esos “procedimientos eficaces”³⁵ que exige la Constitución para que la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores sean suficientemente protegidos. Y aquí el arsenal de medidas que se ponen en marcha es amplísimo: desde la obligación de detallar la composición de los productos, las garantías impuestas en su fabricación, las reglas de su distribución, la regulación de la publicidad con la que se pretende convencer al consumidor para que lo adquiera, el establecimiento de precios públicos o de precios tasados entre otras muchas medidas. Además, en la que se reconocen derechos subjetivos, hay que llenar estos de contenido, tal como analizaremos más tarde.

El apartado segundo del artículo 51 CE establece principios de promoción de la información³⁶, la educación y la participación a través de las organizaciones de consumidores. También se han desarrollado estos principios en las leyes, de tal suerte que los consumidores puedan por sí mismos, al consumir, hacer valer su salud, seguridad e intereses económicos. Para ello resulta imprescindible conocer el producto y tener la formación para, a la vista de esa información, tomar la oportuna decisión.

Es ingente tarea que, en el ámbito de la información y de la educación, acometen los poderes públicos, siendo así que es inevitable plantearse el alcance de la función educativa de los consumidores que el artículo 51.2 CE encomienda a los poderes públicos. ¿Hasta qué punto es legítimo imponer modelos de comportamiento? Una vez que el consumidor esté formado, bastaría dejarlo en libertad para decidir; lo contrario equivaldría a dirigir su comportamiento con un paternalismo contrario

³³ Aspecto éste bien explicado por A. BERCOVITZ, *Estudios...*, ob. cit., pp. 48 y 49. En parecido sentido MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 1.903, y ARILLA MENDOZA, ob. cit., pp. 44 y ss.

³⁴ Sobre el particular Manuel GARCÍA AMIGO, “La defensa de los consumidores desde el Derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 397 y ss.

³⁵ Expresión criticada por RUIZ RICO y CONTRERAS por innecesaria, pues va de suyo que los procedimientos habrán de ser eficaces, ob. cit., p. 399.

³⁶ Normalmente satisfecha por las oficinas de información de los distintos poderes públicos, Agustín MACÍAS CASTILLO, “Artículo 14”, en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: cometarios y jurisprudencia veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 541 y ss.

a la propia libertad individual. El alcance de la educación estatal, auspiciada por el artículo 51.2 CE es discutible, pero, en todo caso, tiene que cohonestarse con la libertad e intimidad del sujeto. No puede el Estado imponer modelos de comportamiento deseables y sólo cabe limitar la libertad del sujeto cuando éste pone en peligro derechos e intereses de terceros. Por ejemplo, es lícito castigar la conducción bajo los efectos del alcohol, pero no parece posible prohibir el consumo de alcohol con la excusa de que el alcohol es nocivo para la salud.

El riesgo latente en el Estado social es que las habilitaciones que se hacen en favor de los poderes públicos para intervenir no se empleen con prudencia y conlleven limitaciones de derechos. En la esfera del consumo, la mencionada educación o las invocaciones a la salud son puertas abiertas a un intervencionismo y dirigismo estatal tendencialmente abusivo³⁷, pues so pretexto de preservar la salud, cabría, en hipótesis, sacar del mercado todo lo nocivo para ella o adoctrinar a los individuos en determinadas preferencias de consumo, no justificadas objetivamente, sino inspiradas ideológicamente.

Por todo lo anterior es muy oportuna la mención constitucional a las organizaciones de consumidores cuya participación el artículo 51.2 CE manda fomentar³⁸. El que las asociaciones de consumidores, espontáneamente creadas por los ciudadanos, sean oídas, como también reclama el precepto, y tengan una presencia pública, permite crear ese contrapoder al que antes aludíamos, pero asimismo impedir políticas públicas que, con la excusa de defender al consumidor, limiten su libertad. Como en cualquier otro ámbito, en el del consumo, la participación ciudadana es muy valiosa y hay que celebrar la mención constitucional y la relevancia que le concede la ley.

Cuando la Constitución alude a la defensa de los consumidores presupone peligros contra los cuales se les defiende y presupone también que los consumidores no pueden por sí solos defenderse y necesitan la garantía de los poderes públicos. Si bastase a los consumidores organizarse en asociaciones para hacerse valer frente a los posibles abusos de los productores de bienes y servicios, el Estado no debería intervenir. Ocurre empero que la lógica del Estado social, sintetizada en el artículo 9.2 CE, reclama al Estado remover los obstáculos que impiden o limitan la igualdad sustancial. Lo anterior no significa que paternalmente el Estado se encargue de la representación y tutela absoluta de los consumidores sin que éstos puedan defenderse organizadamente por sí mismos y, en su caso, reclamar sus derechos como consumidores individuales. Acontece que el Estado apoya a la parte más débil, pero reclama de ella que libre también la batalla por sí misma. El objetivo de la justicia social, en el ámbito del consumo, lo alcanzarán los propios consumidores gracias, eso sí, a los instrumentos —participación, derechos subjetivos— que el Estado ha puesto en sus manos.

³⁷ Contra este potencial dirigismo alertan RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., p. 404.

³⁸ Al respecto cfr. María Jesús AZA CONEJO, "Organismos de defensa de los consumidores", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit., Tomo I, pp. 159 y ss., y ORTEGA ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 226 y ss. María Teresa CARRANCHO HERRERO, "Artículo 21", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 585 y ss. Ángel YAGUEZ, "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos", en VVAA, *Estudios...*, ob. cit., pp. 70 y ss.

No hay que olvidar tampoco que si bien la tutela de los consumidores nace frente a los peligros provenientes de particulares (las empresas de bienes y servicios), en no pocas ocasiones son los propios poderes públicos los que ofrecen bienes o servicios y que también, en estos casos, el Estado ha de proteger los intereses de los consumidores incluso frente a sí mismo. Es verdad que esto último aconteció en una dinámica que no es la propia del Estado liberal frente al que se aseguraban derechos mientras que frente a otros particulares el sujeto operaba conforme a la autonomía de la voluntad. Ahora el consumidor debe ser protegido por el Estado frente a los abusos de otros particulares que, al ser productores de bienes y servicios, están en posición de superioridad fáctica sobre él, pero también frente a los abusos que el Estado pueda cometer cuando se halla en la posición de productor de bienes y servicios o cuando su capacidad de dirección de la economía pueda menoscabar la posición de los consumidores. Piénsese, como ejemplo de esto último, en las decisiones estatales fijando las tarifas de ciertos productos básicos como la electricidad o el gas, entre otros. Cuanto más incidencia directa o indirecta pueda suponer la acción estatal sobre el consumo, tanto más deberán hacerse valer los intereses de los consumidores también frente al Estado.

En ejemplos anteriores hemos entrevisto las muchas posibilidades que se ofrecían al Estado para hacer o no hacer. La Constitución pone en sus manos instrumentos específicos. Para empezar no le impide, sino que parece favorecer, el reconocimiento legal de derechos subjetivos de los consumidores. Expresamente el artículo 51.1 CE le reclama “procedimientos eficaces” para proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores. Va de suyo que los procedimientos habrán de ser eficaces y la generalidad de la expresión parece un cheque en blanco para que el legislador prevea cuantos procedimientos considere pertinentes.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 51 CE se refiere a las organizaciones de consumidores y usuarios convirtiéndolas en auxiliares necesarios del Estado para el cumplimiento de los fines que la Constitución encomienda. Si la referencia a los “procedimientos eficaces” es indeterminada, la que se hace a las organizaciones de consumidores es completísima y, como ya vimos, certera.

También certera y concreta es la imposición al Estado de oír en consulta a estas organizaciones; es decir, crea una suerte de derecho de audiencia para ellas que las leyes implementan. Sería insuficiente fomentar la creación de este tipo de asociaciones únicamente para oponerlas como contrapoder a los intereses empresariales y no colocarlas en disposición de influir en las decisiones estatales respecto de los intereses que ellas vienen a interpretar y representar. La democracia participativa que auspicia el Estado social tiene necesariamente que concretarse, en lo relativo al consumo, en decisiones públicas orientadas por las asociaciones representativas de los consumidores. Si son los intereses de éstos los que el poder público ha de promover, lógico es que conozca el parecer de quienes los representan. Y como los intereses de los consumidores son difusos, alguien debe sintetizarlos para ofrecerlos al Estado, única forma de que éste tome las decisiones correctas. Otra cosa es que estas organizaciones aspiren a un grado de protección que el Estado, obligado a ponderar intereses contrapuestos, no pueda brindar con la intensidad deseada por aquéllas.

Por último, el apartado tercero del artículo 51 CE impone al Estado, para lograr los fines propuestos en los dos primeros apartados del precepto, dos modalidades de intervención cuya constitucionalización ha parecido a muchos superflua. En efecto, se reclama la regulación del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales. Dejando al margen de esta discusión la notable comunitarización de ambos aspectos, lo cierto es que tales intervenciones públicas, ya determinadas en el Derecho comunitario, son indispensables y no sólo para asegurar los intereses de los consumidores y usuarios.

II.3. Distribución de competencias en la materia

Ya desde el principio algunas Comunidades Autónomas asumieron expresamente competencias en la materia³⁹, como por ejemplo el Estatuto Vasco, en su artículo 10.28. No encontramos, empero, una generalizada asunción. Por otra parte, tampoco en la Constitución, ni en el artículo 148 ni en el artículo 149, hallamos referencia expresa a la defensa de los consumidores y usuarios⁴⁰. En definitiva, aunque se recogen principios rectores (artículo 51 CE) y se impone una política pública en la materia, ésta no se atribuye específicamente a la competencia ni del Estado ni de las Comunidades, porque vincula al uno y a las otras⁴¹. El artículo 51 de la Constitución no es, pues, una norma competencial como dejó claro el Tribunal constitucional en su STC 15/1989⁴², de 26 de enero (f. j. 1º). Pero como toda actividad pública, estatal o autonómica, ha de venir respaldada por un título competencial específico, serán otros títulos, más generales, los que ofrezca la correspondiente cobertura. Acaba resultando una materia compartida⁴³, en la cual el Estado legislará lo básico, apelando a sus propios títulos competenciales, y las Comunidades empleando los propios que a veces son específicos, sobre todo en los más recientes estatutos⁴⁴. Se habría ido conformando así una separación vertical de poderes en la materia que se integraría en la “Constitución económica territorial”⁴⁵.

Si bien el constituyente estableció un principio rector de protección de los consumidores, olvidó después darle la especificidad competencial que hubiera merecido.

³⁹ Un buen panorama al respecto lo ofrece SEQUEIRA, “Defensa del consumidor...”, ob. cit., pp. 101 y s. También ARILLA MENDOZA, ob. cit., pp. 49 y ss. y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN que resume la jurisprudencia del TC sobre esta distribución competencial, en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 960 y ss.

⁴⁰ Así lo advierte, entre otros, Alicia LEÓN ARCE, “La protección legal de los consumidores y usuarios en España”, en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit., p. 111.

⁴¹ Como dejan sentado la STC 34/1981, de 10 de noviembre y la STC 49/1982, de 14 de julio. La doctrina también lo ha expuesto así: Pedro ESCRIBANO COLLADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de consumo”, en Juan Ignacio FONT GALÁN y Francisco LÓPEZ MENUDO (coords.), *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, pp. 310 y ss. LEÓN ARCE, “La protección legal...”, ob. cit., pp. 119 y ss.

⁴² Sentencia capital en la materia que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LCU.

⁴³ STC 15/1989, de 26 de enero, f. j. 1º.

⁴⁴ STC 34/1981, de 10 de noviembre, y STC 49/1982, de 14 de julio. La doctrina también lo ha expuesto así: Pedro ESCRIBANO COLLADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de consumo”, en Juan Ignacio FONT GALÁN y Francisco LÓPEZ MENUDO (coords.), *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, pp. 310 y ss. LEÓN ARCE, “La protección legal...”, ob. cit., pp. 119 y ss.

⁴⁵ Como la denomina RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Estudios sobre la Constitución*, La Ley, Madrid, 2002, p. 316.

Sin embargo, algunos estatutos de autonomía, aprovechando la residualidad a favor de las Comunidades que contempla el artículo 149.3 CE, asumieron, como el ya citado precepto estatutario vasco, competencia exclusiva en la materia. Esta asunción no menoscaba desde luego las posibilidades del Estado para dictar su legislación propia, cubierta sino por un título específico, por otros que la permiten. Se ha consolidado así una suerte de concurrencia de legislaciones: la general estatal y las específicas autonómicas.

Como la preocupación por los intereses de los consumidores no ha dejado de crecer, acaso fruto de una mayor educación, los nuevos estatutos de autonomía le brindan una presencia destacada. Por un lado, recogen derechos subjetivos de los consumidores y, por otro, proclaman principios rectores de la materia; culminan la regulación con atribuciones competenciales específicas. No es el momento de entrar ahora en la discutible proclamación de derechos y principios estatutarios⁴⁶, lo que importa recalcar es el hecho de la específica contemplación de lo relativo al consumo, no sólo desde la perspectiva competencial, lo que es inatacable, sino asimismo desde el plano de los principios y de los derechos.

Ahora, a la competencia específica en materia de consumo que los nuevos estatutos contemplan, se suman declaraciones de derechos de los consumidores y el establecimiento de principios. Algunos nuevos estatutos han optado por una regulación completa de la materia: asegurándose una competencia específica y orientando la satisfacción de ciertos derechos, así como el cumplimiento de principios específicos. En el epígrafe siguiente nos referiremos a la dimensión subjetiva, repararemos ahora en los principios estatutarios en relación con el consumo.

El primer Estatuto valenciano no contemplaba referencia alguna a la defensa de los consumidores y usuarios, en cambio el reformado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, recoge en su artículo 49.35 la competencia exclusiva en la materia “... defensa del consumidor y del usuario”. No hay, empero, en este estatuto principios rectores de la materia ni derechos específicos de los consumidores.

La segunda de las reformas estatutarias aprobadas, la catalana, por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, es mucho más completa pues recoge derechos de los consumidores (artículo 28), una competencia exclusiva específica recogida en el artículo 123 que atribuye a la Generalidad la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios proclamados en el artículo 28 y el establecimiento de procedimientos administrativos de queja y reclamación, así como la regulación y fomento de las asociaciones de consumidores y su participación en procedimientos de asuntos que les afecte, la regulación de los órganos y procedimientos de mediación, la formación y educación en el consumo y la regulación de información en materia de consumo. Este amplio título responde competencialmente a los contenidos de los derechos proclamados en el artículo 28 y a los principios rectores que establece el artículo 49. Por consiguiente, el nuevo Estatuto de Cataluña traza un panorama normativo completo en materia de consumo: derechos, principios rectores y competencia exclusiva específica. Los

⁴⁶ Cfr. Raúl CANOSA USERA, “La declaración de derechos en los nuevos estatutos de autonomía, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

derechos y los principios orientarán el ejercicio de la competencia. Hay en esta regulación catalana una obvia reiteración: lo mismo se repite desde las tres perspectivas: la subjetiva, la objetiva y la competencial.

Desde la objetiva que ahora tratamos, el artículo 49.1 del Estatuto catalán impone un mandato de protección y defensa de la salud, la seguridad y los intereses económicos legítimos de los consumidores y usuarios. Vemos que se trata de una obvia reiteración del apartado primero del artículo 51.1 CE. El apartado segundo del artículo 49 estatutario introduce algo que no se expresa en el artículo 51 CE: la obligación de garantizar la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje y la promoción de su conocimiento y empleo. El precepto termina con algo ya contemplado en el artículo 51.2 CE: la promoción de las organizaciones de consumidores.

También el nuevo Estatuto de Aragón contiene derechos (artículo 17), pero omite su reiteración objetiva en forma de principios. Recoge, eso sí, una competencia exclusiva específica (artículo 71.26) y de forma más amplia que la ya contemplada en el antiguo Estatuto aragonés (artículo 35.19). En el caso aragonés la ausencia de principios rectores se suple, sin mayores contratiempos, con la proclamación de derechos y con el enunciado de la competencia.

En el nuevo Estatuto de las Islas Baleares no se recogen ni derechos de los consumidores, a pesar de contener una tabla de derechos, ni tampoco un principio rector puesto que no contempla principio rector alguno. En lo que respecta a lo competencial ya el antiguo Estatuto balear recogía una competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de defensa de los consumidores y usuarios. El nuevo Estatuto convierte tal competencia en exclusiva (artículo 30.46), pero manteniéndola en los mismos parámetros que resultarán del ejercicio estatal de sus propias competencias, tal y como hacía el precepto citado del antiguo Estatuto.

El nuevo Estatuto de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) sigue la senda del catalán pues recoge derechos de los consumidores (artículo 27), aunque de forma muy parca. También lacónicamente establece como principio rector “el consumo responsable, solidario, sostenible y de calidad en el ámbito alimentario”. No contempla, pues, un principio de protección del consumidor que ya se deduce de la proclamación del derecho, sino el *desideratum* de un consumo responsable. En lo que toca a la competencia, el viejo Estatuto de Andalucía recogía una competencia exclusiva de defensa del consumidor, parecida a como lo hacía el antiguo Estatuto balear, en el marco de lo que estableciese el Estado. Ahora, el nuevo Estatuto de Andalucía (artículo 58) atribuye a la Comunidad, sin otra referencia, la competencia exclusiva en materia de defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de las reclamaciones.

El último de los nuevos estatutos aprobados hasta la fecha es el de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre) contiene una referencia, como uno más entre los principios rectores (artículo 16.16) a la protección de los consumidores y usuarios para, a renglón seguido, advertir que tal protección “incluye el derecho

la protección de la salud, la seguridad y de sus legítimos intereses económicos y sociales”. Se mezcla, pues, el genérico principio de protección con la proclamación de derechos, pero situando estos fuera de su ubicación natural junto a los derechos estatutarios. El cuadro se completa con la atribución de una competencia de desarrollo normativo y de ejecución en la materia ”defensa de los consumidores y usuarios” (artículo 71.1.5º).

A la vista de las últimas reformas estatutarias se aprecia una creciente preocupación del legislador estatutario acerca de la materia de defensa de los consumidores y usuarios, con una especificación y ensanchamiento de las competencias autonómicas. Lo anterior no menoscaba la competencia estatal, sino que resalta que los poderes públicos llamados a intervenir por el artículo 51 CE son tanto el Estado como las Comunidades.

De lo analizado se desprende que la Constitución no atribuye ni al Estado ni a las Comunidades competencia específica en la materia, sólo llama (artículo 51 CE) al uno y a las otras a desarrollar políticas de protección de los consumidores y usuarios. Estas políticas cristalizarán mediante el ejercicio de competencias que la Constitución no especifica. Algunos estatutos aprovecharon la residualidad en su favor, brindada por el artículo 149.3 CE, para recoger un título competencial específico que daría cobertura precisa a las acciones, legislativas a no, en defensa de los consumidores. Tales competencias que se refuerzan en los nuevos estatutos, no impiden la acción estatal en la materia pero ésta ha de justificarse en títulos estatales concretos. ¿Cuáles son éstos?

Como el viejo Estatuto balear, también el nuevo enmarca la competencia autonómica en la materia en lo que resulte de ejercer el Estado determinadas competencias que se mencionan: bases de la ordenación económica general (art. 149.1.13 CE), política monetaria (art. 149.1.11 CE) y bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16 CE), así como de lo exigido por los artículos 38 y 131 CE. Por su parte, el artículo 1.1 LCU deja claro que la protección de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico garantizado por los artículos 38 y 128 CE y con sujeción a lo previsto en el artículo 139. Tanto el precepto balear como el citado precepto de la LCU nos dan la pista de por dónde viene la justificación competencial de la acción estatal en defensa de los consumidores. También la exposición de motivos de la Ley 26/1984 ofrecía justificaciones competenciales. En especial la ordenación económica general (artículo 149.1.11 CE) ofrece la mejor cobertura, pues es indiscutible que la regulación del consumo es esencial para la marcha de la economía. En todo caso, la normativa estatal que incide en el consumo predetermina la acción autonómica. Por esto mismo la rígida exclusividad que contempla el Estatuto de Cataluña —como en menor medida el nuevo Estatuto de Andalucía— en favor de la competencia de la Generalidad en materia de consumo, y en todas las demás exclusivas de la Comunidad, no puede alterar la proyección de las competencias estatales.

Es obvio también que otras competencias estatales se proyectan en materia de consumo. La exposición de motivos de la ya derogada Ley 26/1984 aludía a ellas: los títulos en materia de legislación mercantil, penal y procesal (artículo 149.1.6 CE),

normas sobre seguridad industrial que podían subsumirse en el título recogido en el apartado 13 del artículo 149.1 CE, higiene y salud pública (artículo 149.1.17 y 29 CE), así como la ordenación de la producción y consumo interior, también subsumible en el artículo 149.1.13 CE, sin olvidar la competencia para dictar legislación civil (artículo 149.1.8 CE). En definitiva, un amplio haz de competencias estatales se proyecta en materia de consumo. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha proyectado de forma harto discutible la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE para regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos de los consumidores⁴⁷. Mucho más sintética y clara es la Disposición final primera del Decreto Legislativo 1/2007 (LCU) que declara el carácter básico de los preceptos que cita, asociándolo a determinadas competencias estatales citadas expresamente: 149.1.1, 6, 8, 13 y 16.

En este contexto, el título III LCU asegura la cooperación institucional entre las distintas autoridades competentes, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal constitucional, marcada sobre todo por la STC 15/1989, de 26 de enero, reiterada hasta la reciente STC 13/2007, de 18 de enero.

Como se ha apuntado, el ejercicio de las competencias autonómicas está sujeto a la regulación del mercado y del derecho fundamental a la libertad de empresa que recoge el artículo 38 CE. Si el legislador estatal puede ponderar el interés general de defensa de los consumidores con la garantía del mercado para ordenar el funcionamiento de éste y asimismo restringir el ejercicio de la libertad de empresa para satisfacer los intereses de los consumidores, las Comunidades Autónomas carecen de tanta capacidad de ponderación porque el equilibrio marcado por el Estado las condiciona, en especial en lo que toca la libertad de empresa. En este sentido es problemático que las Comunidades, so pretexto de proteger los intereses de los consumidores, puedan introducir limitaciones de la libertad de empresa no contempladas en la legislación estatal que vincula a las Comunidades *ex* artículo 149.1.1 CE. Sea como fuere, todas las CCAA han aprobado leyes de protección del consumidor⁴⁸.

III. Reconocimiento de los derechos de los consumidores

III.1. Sentido de este reconocimiento. Derechos legales

Como ya hemos visto, el constituyente optó por recoger en el artículo 51 principios rectores, comenzando por el más abarcador de “defensa de los consumidores y usuarios”, pero eludió reconocer derechos subjetivos y rechazó ese esotérico “derecho al control de la calidad los productos” que contemplaba la primera redacción del precepto. Actuó con inteligencia porque no podían recogerse todos los potenciales derechos y mencionarlos genéricamente, bajo la rúbrica “derechos de los consumidores” que, en todo caso, habría reclamado una acción constitutiva del legislador. Por

⁴⁷ STC 15/1989, ya citada.

⁴⁸ Que detalla LEÓN ARCE, “La protección...”, *ob. cit.*, pp. 119 y ss.

añadida, el artículo 53.3 CE rebaja, como es sabido, la efectividad de los principios y derechos que plasma el capítulo III del Título I CE.

¿Podrían inferirse derechos concretos de los consumidores del principio constitucional de protección de su seguridad, salud e intereses económicos? Algunos los han deducido, de tal suerte que hallan implícitos en los principios objetivos una dimensión subjetiva y presentan los principios rectores en forma de derechos⁴⁹. Emplean, sin explicación suficiente y de modo, a mi juicio, incorrecto, el método formulado por Alexy,⁵⁰ el de la adscripción: una determinada posición subjetiva que no está expresamente recogida en la Constitución se “cuelga” de una norma constitucional que le da cobertura. En este caso, las normas de principio establecidas en el artículo 51 CE ofrecerían esa cobertura y tales principios se convertirían en derechos. Se proyectarían entonces en la relación de consumo derechos constitucionales implícitos. El error de este proceder consiste en no encuadrar la situación jurídica inferida en una norma que enuncie un derecho, sino en otra que recoge un principio rector cuya proyección normativa sólo alcanzará plenitud cuando la desarrolle el legislador (artículo 53.3 CE).

Si acogiéramos la errónea adscripción expuesta tendríamos que concluir en que si el legislador no desarrollase tales derechos estaría infringiendo la Constitución. Sólo podría modular su alcance, pero no obviar el desarrollo de sus contenidos. En mi opinión esta labor constructiva no es de recibo. El artículo 51 de la Constitución impone mandatos al legislador, pero no reconoce derechos y podría haberlo hecho ciertamente, lo que significa que el legislador al ordenar la política de defensa de los consumidores, no viene obligado a reconocer sus derechos, sino a proteger sus intereses. El que nuestro legislador reconozca ciertos derechos de los consumidores es una opción, loable sin duda, pero que no supone elevar a rango constitucional los derechos legalmente establecidos, aunque exista un principio rector en el artículo 51 CE. Si ya es difícil considerar como derechos constitucionales los proclamados en el Capítulo III del título I de la Constitución (derechos a la protección de la salud, a disfrutar del medio ambiente, a la vivienda y de acceso a la cultura), resulta, a mi entender, imposible inferir derechos de donde sólo hay, como en el artículo 51 CE, principios rectores⁵¹.

⁴⁹ ARILLA MENDOZA los califica de derechos fundamentales, ob. cit., p. 145, LEÓN ARCE distingue entre los derechos fundamentales que recogería el apartado primero del artículo 51 CE, y los derechos instrumentales que se inferirían del apartado segundo del mismo artículo 51, “La protección...”, ob. cit., pp. 108 y 109. sin más explicación Gema BOTANA GARCÍA afirma la existencia de derechos en el artículo 51 CE, “Artículo 2”, en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., p. 13. También SEQUEIRA considera que el artículo 51 contiene derechos, pero matiza su afirmación aduciendo que no son derechos públicos subjetivos, no son directamente protegibles, “Defensa...”, ob. cit., p. 104.

⁵⁰ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 66 y ss.

⁵¹ Un concepto estricto de derecho fundamental, cuyos rasgos se coligen del art. 53.1 CE, lleva a Javier JIMÉNEZ CAMPO a negar ese carácter a todos los derechos recogidos en el Capítulo III del Título I CE, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 121 y ss. Por su parte, Gregorio PECES BARBA, aunque pase por ser uno de los “padres” de la Constitución, critica la “incorrección lingüística” que presentan las normas declaratorias de derechos del Capítulo III, pues no son verdaderos derechos, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 196. Ni siquiera Antonio PÉREZ LUÑO, desde un planteamiento filosófico y con un concepto de derechos fundamentales menos restrictivo, admite que en el art. 51 haya derechos fundamentales, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 196.

Así las cosas, podría ser suficiente recoger el mandato de protección de los consumidores pues sólo éste ostenta rango constitucional. La exclusiva proclamación de principios no obsta para que el legislador pueda establecer derechos en las leyes de desarrollo del artículo 51 CE, y así lo hizo la Ley 26/1984 y lo ha mantenido sin variación la LCU,⁵² pero estos derechos carecen de rango constitucional y son, en consecuencia, derechos legales. Esta cuestión del rango tiene su importancia porque los eventuales conflictos entre derechos de los consumidores y derechos constitucionales no lo son entre derechos equiparables, sino de distinta jerarquía. Los que poseen superior rango constitucional son los principios rectores pero estos, *ex* artículo 53.3 CE, vinculan al legislador y además le dan cobertura para, en defensa de los intereses de los consumidores, limitar otros intereses y derechos constitucionales. En otras palabras, la justificación de las limitaciones en el funcionamiento del mercado y de la libertad de empresa se halla en los principios rectores establecidos en el artículo 51 CE y no en los eventuales derechos legales de los consumidores. Es más, tales derechos de los consumidores son creados por el legislador cuando desarrolla los principios rectores, así que su fuente constitucional está en tales principios y no en una específica proclamación constitucional de derechos.

El funcionamiento del mercado puede venir condicionado por la tutela de los consumidores, y la función social de la propiedad y de la libertad de empresa nutrirse de la protección de los consumidores que acarreará limitaciones para estos derechos. Sin embargo, la justificación constitucional no la hallaremos en los derechos subjetivos de los consumidores, sino en la protección objetiva que reclama el artículo 51 CE.

En definitiva, los derechos subjetivos de los consumidores⁵³ son creación legal y por lo tanto carecen de rango constitucional y si el constituyente optó, como por cierto también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁴, por no proclamarlos, tampoco el legislador ordinario estaba obligado a reconocerlos y pudo haberse mantenido en la ley la línea objetiva de la Constitución: reforzar la acción de los poderes públicos, de tal suerte que la defensa de los consumidores resultara únicamente de su actividad. Opta, empero, por completar ésta con la que eventualmente podrán protagonizar los sujetos haciendo valer los derechos que la ley les reconoce. Ha sido el legislador ordinario el que ha llamado a los individuos a colaborar en la tarea encomendada por el artículo 51 CE que, desde este momento, se concretará no sólo por la actividad pública, sino también a través del ejercicio de los derechos subjetivos que la ley proclama. Los intereses de los consumidores son defendidos por el Estado y asimismo por los individuos gracias a los derechos que el legislador le reconoce en la ley. Ocurre un poco lo que sucede con la protección de los trabajadores: corresponde a los poderes públicos, pero los trabajadores gozan también de los derechos de huelga y de libertad sindical para hacer valer sus intereses sin intermediación del Estado. La diferencia estriba en que los derechos esenciales de los trabajadores vienen proclamados en la Constitución, mientras que los derechos de los

⁵² Como explica SEQUEIRA, "Los derechos...", *ob. cit.*, p. 77.

⁵³ Que son, en opinión de GÓMEZ CALERO, una "clase especial de derechos subjetivos", *ob. cit.*, p. 28.

⁵⁴ El artículo 38 de la Carta, inserto en el Capítulo IV, titulado "Solidaridad", no recoge derechos de los consumidores, sino un principio de protección elevada.

consumidores poseen sólo rango legal. En ambos casos, sin embargo, los intereses de los trabajadores y los de los consumidores reciben protección directa de los poderes públicos y, al mismo tiempo, trabajadores y consumidores pueden hacerlos valer subjetivamente invocando, los primeros, derechos constitucionales, los segundos, derechos legales.

Una problemática distinta plantea el reconocimiento de derechos de los consumidores en los nuevos estatutos de autonomía. Como es sabido las Comunidades ostentan competencias en la materia y éstas concurren con las competencias estatales. La reciente proclamación estatutaria de derechos plantea problemas de varia índole que no pueden ser ahora tratados⁵⁵. Interesa ahora comprobar cómo los derechos de los consumidores establecidos en la legislación estatal se han reproducido y enriquecido en algunos de los nuevos estatutos.

De los dos estatutos aprobados antes del cierre de este escrito, el valenciano y el balear no recogen derechos de los consumidores. El castellano leonés se refiere al derecho a la protección de la salud, la seguridad y los legítimos intereses de los consumidores, pero lo hace en la parte de los principios rectores. De los otros tres, el más prolijo es el artículo 28 del Estatuto catalán que va casi tan lejos como la LCU: derecho a la protección de la salud y seguridad, derecho a una información veraz, un régimen de garantías de la protección de sus intereses económicos, así como un derecho a participar “directa o indirectamente” mediante sus representantes.

El nuevo Estatuto de Aragón (artículo 17) recoge el derecho de los consumidores a la protección de su salud y seguridad, pero no a la protección de sus intereses económicos. También se recogen los derechos de información y de protección.

El artículo 27 del nuevo Estatuto de Andalucía proclama, de forma sucinta, los derechos de asociación, información, formación y a la protección, y prevé que la ley regulará instrumentos de participación y el catálogo de los derechos concretos de los consumidores. Este precepto, mucho más sintético que el equivalente catalán, no se refiere a la participación como derecho, lo que sí hace el Estatuto catalán, pero proclama el derecho a la formación que olvida el catalán.

Vemos, pues, que el panorama normativo en materia de derechos de los consumidores se ha complicado con algunos nuevos estatutos de autonomía que proclaman derechos concretos de los consumidores. De esta suerte, en la mayor parte de las Comunidades no hay derechos estatutarios —en todas las de estatuto antiguo y en la valenciana, en la balear y en la castellano leonesa de nuevo estatuto—, mientras que, en los tres comentados nuevos estatutos, tales derechos de los consumidores se han proclamado. Algunas reformas en ciernes también los incluirán. Lo anterior no implica que, allí donde falta la proclamación estatutaria, los consumidores carezcan de derechos ya que la LCU los reconoce para todos en todo el territorio nacional. La ley estatal ofrece así un mínimo común denominador de derechos y declara nula toda renuncia a los mismos (artículo 10 LCU).

La duda que surge entonces atañe a la relación entre derechos legales de los consumidores y derechos estatutarios, sin olvidar los derechos ya recogidos en leyes autonómicas.

⁵⁵ Y que abordo en otro lugar, “La declaración de derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, ob. cit.

No puede concluirse que los derechos estatutarios prevalezcan sin más sobre los legales del Estado. Antes al contrario, hay que inferir que los derechos de la ley estatal forman un mínimo común denominador que fija las condiciones básicas del ejercicio en todo el territorio nacional. Las Comunidades podrán, en su caso, especificar ese ejercicio frente a las instituciones propias o ampliarlo en beneficio de los consumidores, siempre y cuando, como explicábamos anteriormente, ello no suponga menoscabo indebido de la economía nacional, del comercio o de la libertad de empresa.

III.2. Naturaleza de los derechos de los consumidores

No puede caber duda acerca de la naturaleza social de los derechos de los consumidores y usuarios, sin entrar ahora en su ubicación temporal de derechos de tercera generación⁵⁶. No caen, manifiestamente, en el elenco de derechos clásicos de libertad y no hay duda tampoco de que los derechos de los consumidores se justifican en la consecución de la igualdad sustancial (artículo 9.2 CE), en la libertad real que haría efectiva la libertad jurídica. La libertad de consumir sólo será efectiva en las condiciones que vienen a asegurar los derechos de los consumidores.

Son además derechos de prestación porque las situaciones jurídicas individuales que forman su contenido colocan a sus titulares en posición de exigir al Estado una actividad concreta, una prestación. Hay, sin embargo, una diferencia entre este derecho y otros de tercera generación y los clásicos derechos prestacionales de segunda generación. En estos, más antiguos, la relación es estrictamente bilateral, entre el Estado, obligado a prestar un servicio —por ejemplo educación o atención sanitaria— y el individuo acreedor de servicios. No hay presencia de otros particulares en la relación descrita, mientras que la relación, surgida de los derechos de tercera generación y singularmente en lo tocante a los derechos de los consumidores, es más bien trilateral pues aun siendo el Estado el que ofrece la prestación, al satisfacer los derechos de los consumidores impone a otros particulares determinadas conductas. Por añadidura, los consumidores pueden hacer valer sus derechos frente a otros particulares directamente sin la mediación del Estado, de tal suerte que la eficacia horizontal que por esa vía se obtendría, puede lograrse en una relación directa entre consumidor y productor de bienes cuando el primero reclama al segundo determinadas conductas a las que tiene derecho y los segundos están obligados. En cierta forma los derechos de los consumidores son derechos de autotutela porque sus titulares pueden invocarlos frente a otros particulares directamente y no sólo frente al Estado.

Como apuntaba antes, el legislador, al establecer derechos concretos de los consumidores, los habilitaba para incidir en la realidad, reclamando tanto de los poderes públicos como de los particulares su respeto. Obviamente de los primeros se puede esperar una prestación concreta y protección que no cabe pretender de otros particulares. Ésto sólo están obligados a cumplir las normas objetivas, dictadas para la preservación de los intereses de los consumidores y cuya infracción permite a estos hacerlos valer no sólo ante la Administración, sino contra los mismos productores infractores.

⁵⁶ Adscripción generacional que hacen RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., p. 399.

III.3. Posiciones jurídicas comprendidas en los derechos de los consumidores y bienes jurídicos protegidos. Yuxtaposición con ciertos derechos constitucionales

Anteriormente apuntábamos que acaso el constituyente eludió formular derechos en el artículo 51 CE, al ser imposible reconocerlos de forma unitaria. La expresión “derechos de los consumidores” implica la pluralidad y, a diferencia de otros derechos que pueden presentarse de modo unitario (por ejemplo, derecho a la vivienda, derecho a la protección de la salud, etc.) los derechos de los consumidores siempre son varios y lo que les une es la condición de su titular, el consumidor.

Puesto que la Constitución sólo recoge principios y algunos estatutos de autonomía de nueva factura transforman los principios constitucionales del artículo 51 en derechos, la norma de referencia sin duda es la ya citada Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). Este título que no es inadecuado, aunque acaso hubiera sido mejor denominarla ley de los derechos de los consumidores, porque en efecto parte esencial de su contenido se dedica a establecer derechos concretos y predeterminar, en función de ellos, comportamientos de los poderes públicos y también de los particulares.

El artículo 1 de la LCU deja claro que esta ley viene a desarrollar los principios generales informadores establecidos en el artículo 51 CE para dotarlos de invocabilidad directa a través de la ley que reclama el artículo 53.3 CE. La LCU no presupone la existencia de derechos de los consumidores en la Constitución, parte de lo que efectivamente hay en ella: principios rectores cuya protección plenaria depende del desarrollo legal, desarrollo que la LCU viene a efectuar. Llamativo es que este desarrollo se funde en la transformación de los principios rectores en los derechos subjetivos legales, sistematizados en la LCU. De esta suerte se cumple el mandato del artículo 51 CE de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, mandato al que se refiere la exposición de motivos de la LCU.

La LCU atribuye a los derechos proclamados el carácter de “básicos” (artículo 8). Hay que descartar que esta denominación aluda a una clasificación competencial pues ésta se debería referir no a los derechos en sí, sino a las normas, que los reconocen. La catalogación de básicos viene, pues, no a calificar el tipo de normas, sino a resaltar la importancia de los derechos proclamados, de tal modo que legalmente todos los derechos reconocidos en la LCU son de la mayor importancia.

El citado artículo 8 de la LCU enumera los siguientes derechos⁵⁷: derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud, a la seguridad de los consumidores; derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; derecho a la indemnización o a la reparación de los daños y perjuicios sufridos; derecho a la información correcta sobre los productos y servicios; derecho a la educación y

⁵⁷ Varios autores ofrecen un tratamiento sistemático de todos estos derechos, entre otros autores, SEQUEIRA, “Defensa...”, ob. cit., pp. 103 y ss. y GÓMEZ CALERO, ob. cit.

a la divulgación para facilitar el conocimiento sobre el adecuado uso, consumo o disfrute de los productos; derechos de audiencia en consulta y a la participación en la elaboración de las disposiciones generales que les afecten y a la representación de sus intereses, todo ello a través de asociaciones de consumidores; y por último derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

Aunque la LCU no hace distinciones entre los varios derechos que proclama su artículo 8, la doctrina⁵⁸ distingue, basada en los apartados primero y segundo del artículo 51 CE, un núcleo esencial compuesto por el derecho a la protección de la salud y de la seguridad y el derecho a la protección de los intereses económicos o sociales. Los demás derechos vendrían a ser instrumentales, servirían a la realización de aquéllos. La distinción se sostiene en la mayor importancia de los bienes jurídicos protegidos por ambos derechos: la salud y la seguridad y los intereses económicos y sociales de los consumidores. Protegerlos frente a los riesgos y daños que pueden acarrearles el consumo de bienes y servicios sin la calidad necesaria es la principal aspiración, el fin, del artículo 51 CE y de la LCU.

En contraste, si analizamos los bienes jurídicos que protegen los derechos instrumentales, observamos, en efecto, que carecen de la centralidad de los bienes principales. Tanto la indemnización como la información, la educación, la participación, la asistencia jurídica y administrativa presentan una relevancia secundaria, ligada a la protección de los bienes principales. Si se aspira a difundir información o educación es para que el consumo sea satisfactorio y no lesivo ni de la salud ni de la seguridad ni de los intereses económicos y sociales. Se ve entonces con claridad que son éstos los bienes últimos a los que sirven la preservación de aquéllos, su carácter secundario que convierte los derechos que los protegen en instrumentales de los que preservan la integridad de los bienes mayores.

Se ha destacado la reiteración en la LCU de derechos que ya tienen una plasmación general en la Constitución⁵⁹. Es cierto que algunos de estos derechos constitucionales podrían invocarse proyectándolos en las relaciones de consumo, pero no está de más, a mi juicio, que se configuren legalmente y se pormenoricen las situaciones jurídicas individuales que en tal relación pueden defenderse, porque no todas, necesariamente, se yuxtaponen al contenido de tales derechos constitucionales.

En el primero de los derechos recogido resalta la importancia de los bienes jurídicos protegidos: la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios. Estos tienen derecho a que se les proteja, tanto la una como la otra, en la relación de consumo, “contra los riesgos” que puedan afectarlos. El principio y mandato de protección contenido en el artículo 51. CE se convierte en un derecho a la protección de los poderes públicos, de tal suerte que éstos están obligados a brindar su tutela, no sólo

⁵⁸ Esta distinción la explicó tempranamente A. BERCOVITZ, “La protección de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 1, 1984, p. 14 y ss. También Manuel BROSETA PONT, “Aspectos generales para una introducción sobre Derecho de los consumidores”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Eduardo Polo*, Madrid, 1979, pp. 79 y 80. Más recientemente LEÓN ARCE, ob. cit., pp. 108 y ss.

⁵⁹ GÓMEZ CALERO señala algunas de esas yuxtaposiciones con los derechos reconocidos en los arts. 20.1, 27 y 43.1 CE, ob. cit., p. 26. También CASCAJO CASTRO, ob. cit., p. 44.

por imposición objetiva del principio constitucional, sino también cuando se lo reclaman los consumidores invocando el artículo 8 a) LCU.

Los bienes protegidos por este derecho son, pues, la salud y la seguridad de los consumidores y lo que se pretende es preservarlos frente a los bienes y servicios que pueden ponerlos en riesgo. No se exige, en consecuencia, daño efectivo de la seguridad o de la salud, basta el riesgo potencial de que tales bienes sufran menoscabo como consecuencia del disfrute del bien o servicio.

Este derecho se solapa con los reconocidos en el artículo 43.1 CE y también con el derecho a la seguridad proclamado en el artículo 17.1 CE, donde se reconoce un derecho genérico a la seguridad. Tampoco puede olvidarse la potencial conexión con el derecho a la vida y a la integridad física y moral que proclama el artículo 15 CE⁶⁰. Es obvio que nuestro derecho se ciñe a un ámbito concreto —el del consumo de bienes y servicios— mientras que aquellos otros derechos tienen un alcance general. Analicemos estas concomitancias y yuxtaposiciones.

En lo que respecta al derecho a la seguridad proclamado en el artículo 17.1 CE, la literatura científica no lo ha conformado y su entendimiento ha acabado por hacerlo superfluo al emparentarlo tan estrechamente con el que le acompaña —el derecho de libertad frente a detenciones arbitrarias— que acaba concibiéndose como un derecho a estar seguro de no ser víctima de detenciones arbitrarias. En el ámbito del consumo este derecho adquiere una dimensión propia, ligada a la prevención de accidentes que pueda generar el consumo de productos y servicios. Bien es cierto que la inseguridad que éstos presentan entraña riesgos para la salud y que, en consecuencia, podría argüirse que hubiera bastado proteger únicamente la salud para preservar también la seguridad, pues ésta sólo es relevante en su conexión con la salud. Sólo si cupiera imaginar supuestos de riesgo para la seguridad pero no para la salud, tendría plena justificación el reconocimiento de un bien jurídico autónomo. Y entiendo que tal posibilidad existe, en la medida en la que la seguridad es la percepción subjetiva del consumidor de que lo que consume no entraña riesgo para su salud. Tenemos así los bienes diferenciados, la salud y la seguridad, siendo ésta última esa percepción de sentirse seguro.

La yuxtaposición es clara con el derecho reconocido en el artículo 43.1 CE y el derecho a la protección de la salud frente a los riesgos en el consumo⁶¹. Sin embargo, el contenido principal del primero consiste en la posibilidad de exigir ser atendido cuando se está enfermo, mientras que en el segundo prevalece la vertiente preventiva: ser protegido frente a los riesgos que, aun sin dañar la salud, pueden menoscabarla si consumimos productos peligrosos. Amén de sus respectivos ámbitos —uno general y el otro ceñido a la relación de consumo— estos derechos se distinguen por gravitar sobre ejes diferentes. Aunque ambos comparten el bien jurídico (la salud), el general

⁶⁰ Esta específica conexión recibe cumplido tratamiento por parte de RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., p. 399, de SEQUEIRA, ob. cit., p. 105, y de Salvador NAVARRO GRACIA, “La política de consumo en Andalucía”, en VVAA, *Curso...*, ob. cit. pp. 79 y 80.

⁶¹ Es ésta la yuxtaposición más destacada, entre otros por A. BERCOVITZ, *Estudios...*, ob. cit., pp. 142 y ss., GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 53 y 54, o Luis GONZÁLEZ MORÁN, “El derecho a la salud y a la seguridad de los consumidores: concepto y extensión”, en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit., Tomo I, pp. 1.178 y ss.

del artículo 43.1 CE sirve para reclamar atención sanitaria, mientras que el segundo, específico del consumo, pretende protección contra productos peligrosos para evitar, sobre todo, que éstos se hallen presentes en el mercado. Antes de producirse el daño para la salud por el uso de un bien peligroso operaría el derecho a la protección de la salud frente productos peligrosos⁶². Si el daño se produjera, la atención sanitaria que se recibiera provendría del ejercicio del derecho proclamado en el artículo 43.1 CE.

Un mercado incontrolado acrecienta el riesgo para la salud y puede conllevar riesgos para la integridad, incluso para la vida de las personas. Recuérdese el célebre episodio del aceite de colza desnaturalizado, responsable de cientos de muertos y miles de afectados graves. Se desbordaría entonces el ámbito de protección específica en el ámbito del consumo y quedarían afectados los bienes integridad física e incluso la vida. La protección de la salud y la seguridad en el consumo tiene un marcado carácter preventivo y si la prevención es insuficiente, los riesgos son para bienes jurídicos de la más alta protección constitucional, incluso en la forma de derechos fundamentales. Porque los derechos a la vida y a la integridad protegen la salud frente a los atentados más graves⁶³, con independencia de su origen que bien pudiera provenir de bienes de consumo, como en el citado caso del venenoso aceite de colza adulterado.

De lo afirmado se colige que la coincidencia en los bienes jurídicos no impide distinción de las posiciones individuales de cada derecho. Así las cosas, el derecho a la protección de la seguridad y la salud consiste, sobre todo, en la posibilidad de exigir del Estado la adopción de medidas preventivas y de control para impedir que estén presentes en el mercado productos peligrosos y dañinos para tales bienes jurídicos. Por todo ello, el capítulo III, título I, libro primero LCU se ocupa de lo que habrá de acometerse en la regulación del comercio y en el régimen de autorizaciones de productos, estableciendo así un filtro que evite los accidentes. Se trata, en definitiva, de prevenir, con imposiciones y prohibiciones a los productores de bienes y tareas de control y vigilancia de los poderes públicos. Por ejemplo, se exige determinado etiquetado de los productos y, recordando el caso del aceite de colza, se prohíbe la venta a domicilio de bebidas y alimentos. La LCU impone, pues, el control de la calidad de los bienes y servicios y establece criterios concretos para efectuarlo.

Específico del ámbito del consumo es el derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios⁶⁴. Aunque es posible yuxtaponer sus potenciales contenidos con el derecho de propiedad (artículo 33 CE). Pero precisamente porque la genérica protección del derecho civil no es suficiente, pues ésta parte de suponer la igualdad y autonomía de las partes, aparece este derecho

⁶² Lo que generaría una suerte de derecho a que se eliminen preventivamente del mercado los riesgos, GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 55.

⁶³ Cfr. Raúl CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 105 y ss.

⁶⁴ Cfr. GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 73 y ss. Un detallado análisis de esta protección en las distintas fases contractuales se ofrece en la obra colectiva coordinada por LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA, *Derechos...*, ob. cit., en especial en las siguientes aportaciones: Carmen MORENO LUQUE, "Protección previa a la contratación de bienes y servicios", Tomo I, pp. 195 y ss., Claudia ALVARGONZÁLEZ TERRERO, "Obligaciones formales en los contratos de consumo", Tomo I, pp. 232 y ss., Margarita FUENTE NORIEGA, "La protección coetánea a la realización del contrato", Tomo I, pp. 263 y ss. y Javier AVILÉS GARCÍA, "Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo", Tomo I, pp. 940 y ss. Cfr. también Francisco Javier ORDUÑA MORENO (dir.), *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 y Eugenio LLAMAS POMBO, "Artículo 10 bis", LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 273 y ss.

específico en el ámbito del consumo que presupone reconocer la desigualdad entre productor y consumidor y la posición debilitada del último, lo que le impide hacer valer sus intereses por sí solo con los habituales instrumentos de Derecho Civil. Como el productor se halla en posición fáctica de mayor fuerza, el ordenamiento faculta al consumidor para reclamar del poder público una protección especial frente a la parte fuerte de la relación de consumo. Se configura así un típico derecho prestacional que obliga al Estado a intervenir primordialmente en el régimen de los contratos, imponiendo además una interpretación de sus cláusulas favorable al consumidor. En este sentido la nueva LCU va mucho más allá que su predecesora, la Ley 26/1984, en la regulación exhaustiva de los contratos (Libro segundo LCU).

Llama la atención que la LCU añade el calificativo “sociales” a la expresión “legítimos intereses económicos” empleada por la Constitución. El término “legítimos” es tal vez superfluo y me parece que también lo es la expresión “sociales” puesto que el capítulo V, título I, libro primero LCU que traza los criterios de la protección de tales intereses, se centra en lo contractual y en la comercialización. Así las cosas la expresión “sociales” no añade nada reconocible.

La LCU brinda a los consumidores una protección de sus intereses económicos en las distintas fases de la relación que establecen con quienes producen o les ofrecen bienes y servicios. Establece criterios para la fase previa de la contratación, en particular determinando la promoción, publicidad —tan importante en la actual sociedad de consumo— y la distribución. Asimismo incide en la fase contractual, protegiendo al contratante débil e impone por ley determinadas cláusulas para su defensa. Concluye estableciendo un régimen de comprobación, reclamación de garantía, con posibilidad de renuncia y devolución.

Tras analizar los derechos nucleares del consumidor toca ahora indagar en los llamados derechos instrumentales. El primero de ellos es el derecho a la información⁶⁵ que busca nutrir el conocimiento del consumidor acerca de los bienes y servicios que le ofrecen en el mercado⁶⁶. Se trata de proporcionar información precisa (artículo 12 LCU) sobre las características esenciales del producto. La LCU establece en este precepto cuáles son los datos mínimos que tal información debe comprender (origen, naturaleza, composición y finalidad, aditivos, calidad, cantidad y catalogación, condiciones esenciales del contrato, fecha de producción y de caducidad, la fecha de suministro, instrucciones de uso, procedimientos para poner fin al contrato, etc.). El artículo 14 LCU se remite a diversos reglamentos de etiquetado, presentación, publicidad, etc.

Lo anterior conforma obligaciones para los productores y comercializadores que son los obligados a proporcionar la información requerida. A los poderes públicos

⁶⁵ Que es para GÓMEZ CALERO sustantivo, ob. cit., p. 138.

⁶⁶ Un buen análisis de este derecho lo ofrecen SEQUEIRA, ob. cit., pp. 114 y ss, GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 137 y ss. Tomás FONT I LLOVET y JOAN PERDIGÓ I SOLA, “La relevancia constitucional de la promoción de la información de consumidores y usuarios”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 432 y ss. En esta misma obra colectiva, Manuel PULIDO QUECEDO, “Los espacios y programas de carácter no publicitario: información y educación de consumidores y usuarios”, p. 466. Agustín MACÍAS CASTILLO, “Artículo 13”, en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 509 y ss. Por su parte, la STC 71/1982 se refiere a una “legítimo derecho del consumidor a disponer de una información adecuada” (f. j. 8º).

corresponde precisar qué información y el modo de presentarla a los consumidores, así como ejercer el control correspondiente. Si los productores han de proporcionar información sobre los productos que ponen en el mercado (artículo 12 LCU), los poderes públicos, además de brindar información acerca de los productos, deben asimismo poner a disposición toda la que permita a los consumidores un mejor ejercicio de sus derechos (artículo 17.1 LCU). Son, pues, distintos los deberes relacionales de información, de los productores y de las administraciones públicas.

Los artículos 14, 15 y 16 de la derogada Ley 26/1984 establecían la obligación de los poderes públicos de abrir oficinas de información al consumidor y regulaba los criterios de su funcionamiento⁶⁷, mandato que se sustituye, en la actual LCU, por una genérica obligación de informar y formar a los consumidores (artículo 17.1 LCU), lo que se concreta en el artículo 44 LCU. La nueva norma se ocupa más del contenido y de la calidad de la información que de las concretas dependencias que habrán de dispensarla.

Este derecho a la información conecta no sólo con la información invocada en el artículo 51.2 CE, sino también con el derecho a la información veraz por cualquier medio de difusión, proclamado en el artículo 20.1. d) CE. Qué duda cabe de que la información sobre el consumo posee interés general y los medios de comunicación así lo interpretan, dando cuenta de lo que afecta a los consumidores. Podríamos, por consiguiente, referirnos a un derecho genérico a la información que abarcaría todo lo relacionado con el consumo, y que satisfacen los medios de comunicación⁶⁸ obligados a ofrecer información veraz al respecto. Pero la información veraz, bien jurídico protegido por el derecho proclamado en el artículo 20.1 CE, en relación con el consumo no viene exigida a los medios de comunicación, aunque éstos puedan contribuir a difundirla, sino a los productores y comercializadores de bienes y servicios⁶⁹. Son éstos los concernidos por las previsiones de la LCU y de los reglamentos de desarrollo. Se trata, pues, de un derecho específico cuyo contenido no cabe adscribir al derecho constitucional a recibir información veraz. Ambos, sin embargo, contribuirán a la formación de la opinión pública⁷⁰.

El siguiente derecho instrumental es el derecho a la educación y formación. El artículo 51.2 CE se refiere sólo a la educación y la LCU a ambas, no en el artículo 8 (que sólo menciona la educación), sino en los artículos 17.1 y 42. Traza, a continuación, los objetivos que con ambas se persiguen y que podríamos sintetizar en el logro de un consumo responsable⁷¹. La educación sería el medio para conseguir el fin de formar

⁶⁷ A los que se refieren FONT I LLOVET y PERDIGÓ SOLA, ob. cit., pp. 432 y ss. También José BERMEJO VERA, "Aspecto jurídico de la protección del consumidor", en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, p. 297. Antonio ORTÍ VALLEJO, "La información al consumidor en la Constitución. Su pretendido alcance como principio general del Derecho", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios...*, ob. cit., p. 399.

⁶⁸ Asunto éste que analizan GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 139, y María José REYES LÓPEZ, "Derecho a la información", en María José REYES LÓPEZ (coord.), *Nociones básicas del Derecho de consumo*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1996, p. 50.

⁶⁹ Los productores y distribuidores están obligados a la veracidad de la publicidad como apunta Rosario FERNANDO MAGAR, "Artículo 8", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 191 y ss.

⁷⁰ En especial cuando se trata de un medio de comunicación de titularidad pública, Agustín MACÍAS CASTILLO, "Artículo 17", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 572 y ss.

⁷¹ En estos términos lo explica GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 153.

a los consumidores. Llegados a este punto cabría conectar información, educación y formación. La primera ofrecería a los consumidores los datos necesarios acerca de las características de los bienes y servicios, la educación les proporcionaría las herramientas críticas indispensables para interpretar esos datos y sin los cuales tales datos servirían de poco; la formación, al fin, depararía un consumidor responsable que emplearía su libertad de consumir de forma racional.

El derecho a la educación de los consumidores enlaza con el derecho proclamado en el artículo 27 CE⁷². Tal vez por eso pueda parecer reiterativo el reconocimiento de la LCU, en la medida en la que el derecho a la educación en materia de consumo podría subsumirse en el constitucionalmente garantizado⁷³. Sin embargo, a mi juicio, la especificación legislativa es útil porque delimita el campo de acción en materia de consumo.

En el marco del Estado social donde el pluralismo social tiene acomodo natural, entre los poderes públicos y los distintos sectores de población que encarnan intereses estimables surge un diálogo permanente, reclamado por la propia subsistencia del moderno Estado democrático. Difícilmente la legislación estatal podría hacerse efectiva si no fuese aceptada, en principio, por los sectores afectados⁷⁴. Esta dinámica se proyecta también en la relación de consumo y el artículo 51.2 CE encarga a los poderes públicos fomentarla. La LCU (artículo 8 e) la convierte en un derecho colectivo que se ejerce a través de representantes, no elegidos por los consumidores individuales sino mediante asociaciones de consumidores a las que la LCU atribuye esa facultad representativa. Como era lógico la LCU (título II, libro primero) impone a tales asociaciones determinados requisitos (que persigan la defensa de los consumidores y fomenten su educación y formación), cuyo cumplimiento les supone beneficios (declaración de utilidad pública, acceso a subvenciones, beneficio de justicia gratuita). Además, les permite, y esto es lo esencial, ejercer el derecho a ser oídos en consulta⁷⁵ (artículo 37 LCU), en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que afecten los intereses de los consumidores y a participar en los órganos de representación, tales como el Consejo nacional de consumidores y usuarios que el artículo 38 LCU prevé y en otros muchos sectoriales creados por el ordenamiento jurídico. Estos derechos de audiencia y participación no tienen cauce individual de ejercicio, sino sólo colectivo a través de asociaciones especializadas y registradas por la Administración.

Con el derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en situaciones de inferioridad, subordinación indefensión (artículos 8 f), 15, 16 y, en general, todos los

⁷² Como han advertido, entre otros, José BARBA VEGA, "El derecho a la educación y formación en materia de consumo", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, pp. 99 y ss. y GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 137.

⁷³ REYES LÓPEZ, "Derecho a la educación y formación en materia de consumo", *Nociones...*, ob. cit., p. 208.

⁷⁴ Hecho importantísimo que destaca GRIMM, ob. cit., pp. 73 y ss. En parecido sentido RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Nuevas...*, ob. cit., p. 99. Es oportuno recordar aquí la tesis de la democracia deliberativa explicada por Carlos NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

⁷⁵ Acerca de este mecanismo previsto en la LCU, cfr. Enrique RIVERO YSERN, "Los derechos de representación, consulta y participación de consumidores y usuarios", en *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984, pp. 107 y ss. GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 174 y ss. María Teresa CARRANCHO HERRERO, "Artículo 22", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 647 y ss. Mecanismo que enlaza con lo previsto en el artículo 105 CE.

de la LCU) se pretende suprimir o al menos equilibrar las desigualdades generadas por el mercado⁷⁶. Los beneficiarios de este derecho son los consumidores y usuarios más débiles que podrán reclamar de la Administración la tutela frente a los abusos del mercado⁷⁷. Se trata de otro típico derecho de prestación cuya satisfacción se concreta en las medidas que los poderes públicos habrán de adoptar.

La LCU (artículo 8 c) recoge el derecho a ser indemnizado entre los restantes derechos y lo desarrolla en su libro tercero. Hablamos del derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que el consumo de productos y servicios irroguen al consumidor o usuario. Los productores y comercializadores de bienes y servicios están expuestos a esa posible exigencia de responsabilidad civil por parte del consumidor. Acaso sea superfluo un reconocimiento expreso de este derecho que se infiere del orden jurídico. Es útil, empero, la determinación que el artículo 135 LCU contiene al adjudicar la responsabilidad al productor, y especificar el concepto legal de productor (artículo 138 LCU). En relación con la prestación de servicios, son responsables los proveedores (capítulo II, título II, libro tercero LCU).

No hay duda de la conexión entre el derecho a ser indemnizado y el derecho de propiedad, toda vez que, en la transmisión de un bien o servicio, el adquirente goza de ciertos derechos sobre el vendedor y éste, además, se halla sujeto, en la relación de consumo, a requisitos especiales previstos objetivamente por las normas, y cuya infracción puede generar tanto responsabilidad civil —o penal incluso— como responsabilidad administrativa. El derecho de resarcimiento se proyecta tanto frente a poderes públicos como frente a particulares y presupone la posibilidad de recibir una indemnización o reparación por el daño sufrido⁷⁸.

Queda, para concluir, preguntarse si la libertad de consumir que no reconoce como derecho la LCU ni a ella hace referencia la Constitución, merecería haber sido considerada. El artículo 18.1 a LCU establece, como primer objetivo de la educación y formación de los consumidores, la promoción de la mayor libertad y racionalidad en el consumo. Hay, pues, una referencia a esa libertad y racionalidad en el consumo porque de lo que se trata, en definitiva, es de crear las condiciones para que el consumidor, informado, educado y formado, pueda adoptar sus decisiones según sus preferencias y necesidades, de tal guisa que esa libertad será el resultado de ejercer todos sus derechos y de recibir la protección de los poderes públicos.

Acaso fuera conveniente recoger tal derecho para dar consistencia subjetiva a lo que ahora sólo es uno de los *desiderata* de las políticas públicas en la materia. Se viene considerando que la actividad de consumir es una de tantas presentes en el mercado y que tal vez pueda relacionarse con el derecho de propiedad. Ello no obstante, no parece posible encuadrar en el derecho de propiedad todas las posibles

⁷⁶ GÓMEZ CALERO analiza estas situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión que justifican la protección de los consumidores, ob. cit., pp. 182 y ss.

⁷⁷ En este contexto cabría considerar la inversión de la carga de la prueba que prevé la LCU y que analiza Inmaculada BARRAL VIÑALS, "Artículo 26", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 721 y ss.

⁷⁸ Situación explicada con acierto por José BERMEJO VERA, "La responsabilidad del empresario de servicios", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 10, 1987, pp. 63 y 64, GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 128, y Luis GONZÁLEZ MORÁN, "La responsabilidad del prestador de servicios", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA, *Derechos...*, ob. cit., Tomo II, pp. 1.475 y ss.

manifestaciones de un derecho tan proteico. Por otra parte, este derecho reclamaría la concurrencia de bienes y servicios que no siempre se da si el poder público interviene en el mercado para ocuparlo directamente con el monopolio de alguno de sus sectores, lo que suele acontecer con servicios de los que el consumidor no se puede privar, al ser de primera necesidad.

III.4. Sujetos

El artículo 51.1 CE alude a los consumidores y usuarios pero no ofrece el concepto jurídico que corresponde a la ley perfilar. Era el artículo 1.2 de la derogada Ley 26/1984 el que precisaba la figura: consumidor o usuario como la “persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final de bienes muebles e inmuebles, productos, servicios y funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Venía a ser la ley la que definía qué era consumidor y usuario⁷⁹. El concepto era preciso y no dejaba lugar a dudas a propósito de quién era jurídicamente consumidor ni acerca de quién le ofrecía lo consumido. Respecto a este último era —y sigue siéndolo con la nueva LCU— indiferente su carácter público o privado. En realidad se estaba dando carta de naturaleza jurídica a una noción económica de consumidor⁸⁰.

Era lógico que fuera la ley la que precisara la titularidad de los derechos que ella misma venía a crear. Bien es cierto que la mención constitucional de los consumidores tiene valor por sí misma aunque no esté en el artículo 51 definida. Luego la LCU viene a precisar la noción de “consumidores” creada por la Constitución y, al mismo tiempo, les reconoce derechos para cuyo ejercicio esa precisión resultaba imprescindible. Lo esencial para calificar a una persona como consumidor o usuario era que se tratase del destinatario final del bien o servicio, tanto es así que el artículo 1.3 LCU descartaba que lo fueran aquellos que “sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen o utilicen bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Esta puntualización, tan clara en la norma, no siempre era fácil de discernir en la realidad y podían surgir dudas a propósito de la condición de quienes eventualmente reclamasen sus derechos como consumidores o usuarios. Ya con la expresión “usuarios” se efectuaba una ampliación para incluir a quienes, sin consumir bienes, gozaban de un servicio⁸¹.

El texto refundido de la LCU, en contra del dictamen del consejo Económico social (emitido el 21 de febrero de 2007), introduce una radical modificación conceptual, al

⁷⁹ Se trata en definitiva de una “noción legal”, como la califica A. BERCOVITZ, “Ámbito de aplicación de los derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984, p. 12. En parecido sentido GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 43 y ss. y RUIZ RICO y CONTRERAS, ob. cit., p. 400. Por su parte, Raúl ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL destaca que la noción de consumidor es “dinámica”, “Consumidor, una noción dinámica”, *Curso de doctorado...*, ob. cit., p. 135. Gema BOTANA GARCÍA distingue entre noción concreta y noción abstracta, “Artículo 1”, en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 60 y ss.

⁸⁰ Como explica Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 156 y ss. También Esther GÓMEZ CALLE, “Consumidor”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, civitas, Madrid, pp. 1.536 y 1.537.

⁸¹ Cfr. en este sentido GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 42.

calificar como consumidor y usuario (artículo 3 LCU) a “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Es decir que son consumidores o usuarios los que protagonizan una relación de consumo sin desplegar actividad empresarial o profesional alguna, desactivando el criterio de la Ley 26/1984 centrado en ser destinatario final de un bien o servicio. A contrario, serían productores o proveedores los que protagonizaran esa relación de consumo con ánimo empresarial o profesional. Así, la nueva LCU (artículos 4, 5 y 7) define como empresario (público o privado) al productor o proveedor, definiciones que había omitido la Ley 26/1984. Tiene sentido el juego de definiciones de la nueva LCU pues, al precisar el concepto de los obligados por las imposiciones de la LCU, ofrece seguridad, y, al ampliar conceptualmente —mediante una definición negativa— la figura del consumidor, ensancha el ámbito personal de los derechos de los consumidores.

No hay duda, sin embargo, en lo que respecta a la calidad como persona física o jurídica del consumidor; cualquiera que sea su naturaleza podrá ejercer los derechos reconocidos en la LCU ya que ninguno de ellos es personalísimo, sólo disfrutable por las personas físicas, sino apto para que los ejerzan personas físicas o jurídicas.

De todos los derechos de los consumidores proclamados ninguno es de ejercicio colectivo, salvo los derechos a ser oído en consulta y el de participación que son configurados en la LCU exclusivamente como derechos colectivos, de imposible ejercicio individual, pues sólo se autoriza a las asociaciones de consumidores debidamente registradas, lo que permite preguntarnos si se trata en realidad de un verdadero derecho o de un puro mecanismo de participación.

Por lo que respecta a los sujetos pasivos de los derechos de los consumidores⁸², como son derechos prestacionales puros, sólo generan obligaciones para los poderes públicos⁸³. Únicamente éstos están obligados a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos y sociales de los consumidores, a satisfacer sus derechos a la educación, formación, a ser oídos o a la participación o por último a satisfacer el derecho a la protección jurídica administrativa y técnica y en situaciones de inferioridad. Ningún deber relacional, ninguna obligación correlativa, generan estos derechos para los particulares.

En contraste, los derechos a la información y a la indemnización sí generan obligaciones para los particulares en los términos previstos en las leyes⁸⁴. Bien es cierto que como consecuencia de la protección brindada por el poder público a los derechos que sólo a ellos vinculan directamente, los particulares están obligados a guardar determinados comportamientos, pero estos son imposiciones de las normas objetivas y no deberes relacionales. La diferencia estructural entre unos y otros derechos explica el distinto elenco de los obligados. Por añadidura, el derecho a la información implica no sólo la obligación del productor o comercializador de un

⁸² Sujetos pasivos que no siempre son fáciles de identificar como explica Inmaculada BARRAL VIÑALS, “Artículo 27”, en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 743 y ss.

⁸³ De las administraciones públicas en particular, LÓPEZ MENUDO, ob. cit., p. 351, y José Antonio LÓPEZ PELLICER, “Aspectos administrativos del régimen protector de los consumidores”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 234, 1987, p. 242.

⁸⁴ Cfr. A. BERCOVITZ, *Estudios...*, ob. cit., pp. 128 y ss.

bien de explicar sus características, sino una obligación de los poderes públicos de ofrecer una información general sobre los derechos de los consumidores u otra que sea útil para la educación y formación del consumidor, incluso creando órganos administrativos con esta exclusiva finalidad. En suma, el derecho a la información, al presentar una doble vertiente, vincula de modo diferente a los particulares y a los poderes públicos.

Conviene además hacer una precisión: como quiera que también el Estado brinda eventualmente bienes y servicios, y no los menos importantes, también él está obligado a respetar esas normas objetivas que aprobó en defensa de los consumidores y se halla vinculado por los deberes relacionales que generan los derechos a la información sobre los productos y servicios que ofrece, y al derecho a la indemnización por daños y perjuicios⁸⁵.

Una peculiaridad del derecho a la educación y a la formación es que, si bien vincula en principio sólo a los poderes públicos, también las asociaciones de consumidores, a la postre entidades formadas por particulares, vienen obligadas a ofrecerla a sus asociados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23.1 LCU. Aunque poseen carácter privado, estas asociaciones son llamadas a colaborar con el poder público y comparten con él la función educativa y formativa.

En el régimen de responsabilidad establecido en la LCU (libro tercero), los particulares, además de responder por los daños ocasionados a otros particulares (responsabilidad civil y en su caso penal), se hallan expuestos a sufrir las correspondientes sanciones administrativas por la comisión de las infracciones que tipifica la LCU (capítulo II, título III, libro primero). En este último caso no se trata de responder por el incumplimiento de un deber relacional, sino por no atenerse a las normas objetivas impuestas por el Estado para preservar la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores.

Un último apunte en este apartado: el reforzamiento de los deberes de protección cuando el consumo sea de productos o servicios “de uso o consumo común, ordinario y generalizado” (artículo 9 LCU). En estos supuestos la posición del consumidor frente al Estado se refuerza, bien es cierto que en los términos que prevea el ordenamiento, por imposición de la propia LCU que modula la intensidad de los deberes de protección estatales nacidos del disfrute de estos derechos. El ámbito posible de este reforzamiento de los deberes de protección es amplísimo en una sociedad de consumo y acaso hubiera sido mejor referirse a productos y servicios de primera necesidad o a aquellos otros cuyo disfrute pone en mayor riesgo la seguridad y la salud del consumidor⁸⁶.

III.5. Garantías

Si todos gozamos del derecho a acceder a los tribunales para exigir la tutela de nuestros derechos e intereses legítimos (artículo 24.1 CE), es obvio que los derechos

⁸⁵ Es el caso típico de las empresas públicas, como apunta SEQUEIRA, “Los derechos...”, ob. cit., p. 98.

⁸⁶ Al respecto cfr. Gema BOTANA GARCÍA, ob. cit., pp. 125 y ss.

de los consumidores, configurados en la LCU, tienen igualmente abierta esa posibilidad. Al tratarse de varios derechos, no todos pueden esgrimirse contra los mismos sujetos ni las vías son siempre intercambiables, así que habrá que comprobar cuáles son los procedimientos de defensa que para cada derecho sean posibles. El acceso de los consumidores y usuarios a la justicia es pieza esencial de su sistema de protección y lo que los convierte en verdaderos derechos subjetivos⁸⁷.

Para la tutela de los derechos a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos, así como de los derechos a la educación y formación, audiencia y participación, y protección en situaciones de inferioridad, sin olvidar la información, la vía de defensa es la contencioso administrativa⁸⁸ porque se actúa contra el Estado, el único al que se puede reclamar la prestación, protección, de las que son acreedores los titulares de estos derechos. Podrán reclamar las prestaciones concretas que prevea a su favor el ordenamiento jurídico.

También será la vía contencioso administrativa la idónea para reclamar la información acerca de los bienes y servicios puestos en el mercado. En este caso de quien se reclama la información es de otro particular pero se le requiere por intermediación de la Administración a la que se reclama que haga cumplir las normas a ese particular.

Si el derecho a la indemnización se trata, la vía pertinente es la civil para ventilar en ella y conforme a la legislación de enjuiciamiento civil, la cuantía de la indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual. Las acciones u omisiones que genere tal responsabilidad, por lo general, habrán supuesto incumplimiento de una obligación objetiva impuesta por el ordenamiento al productor o comercializador de bienes o servicios cuyo uso o disfrute haya ocasionado el daño. No obstante lo anterior, esa responsabilidad puede no estar ligada directamente a ese incumplimiento y ser autónoma.

Por su parte, la vía penal⁸⁹, abierta tanto a la acción individual como a la colectiva, es posible cuando la infracción de las normas de consumo tiene resultados tales que la convierte en alguno de los ilícitos penales tipificados en la sección tercera del título XIII del libro II del Código Penal (artículos 278 a 286).

Cuando la lesión de alguno de los derechos de los consumidores puede yuxtaponerse con invocación de derechos constitucionales susceptibles de amparo, cabe para el afectado recorrer los procedimientos de tutela más enérgicos y que culminan en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, cuando el disfrute de un producto o servicio supone riesgo grave para la vida o la salud del consumidor éste podrá invocar los derechos a la vida y a la integridad física proclamados en el artículo 15 de la Constitución.

⁸⁷ Sobre el acceso a la justicia, cfr. José Luis LACRUZ BERDEJO, "El acceso de los consumidores a la justicia", en *Actualidad civil*, 1987, pp. 112 y ss. Ignacio QUINTANA CARLO, "El acceso de los consumidores a la justicia como problema", en Ignacio QUINTANA CARLO y Ángel BONET NAVARRO (dirs.), *El sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 22 y ss. Lorenza M. BUJOSA VADELL, "El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit. Tomo II, pp. 1.709 y ss. SEQUEIRA, "Defensa...", ob. cit., pp. 120 y ss.

⁸⁸ Sobre las vías judiciales abiertas para litigar contra la Administración en materia de consumo, cfr. Pedro NEVADO BATALLA, "Las reclamaciones en vía administrativa", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coord.), *Derechos...*, ob. cit., Tomo II, pp. 1.855 y ss. También GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 197 y ss.

⁸⁹ Cfr. para todo Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO, "La protección penal de los consumidores y usuarios", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit., Tomo II, pp. 1.635 y ss.

Hasta ahora nos hemos referido a vías judiciales que permiten un ejercicio individual de las acciones. Algunas de ellas como la penal o eventualmente la contencioso administrativa, son susceptibles de acción colectiva. Esta posibilidad es beneficiosa cuando se trata de tutelar los llamados intereses difusos, uno de los cuales, sin duda, es el de los consumidores y usuarios. A pesar de la opción subjetivista, individualista, de la LCU que estimula la autodefensa individual de los propios derechos subjetivos, no basta con poner en manos de cada consumidor derechos concretos, es necesaria la presencia de organizaciones que velen por su respeto. Por eso, tanto la Constitución como la LCU promueven la existencia de asociaciones de consumidores pues, en la práctica, serán ellas las que se ocupen de la defensa colectiva de los intereses de todos sin perjuicio de esa posibilidad de acción individual que la LCU contempla.

No se trata de que estas asociaciones se subroguen la defensa de los intereses individuales de los consumidores, sino de que son ellas las únicas que pueden asumir la defensa de los intereses colectivos, difusos, de todos los consumidores. Por ello la LCU les atribuye la titularidad en exclusiva del derecho a ser oídas en consulta y del derecho a participar en los órganos consultivos que se creen. No son estos derechos de ejercicio individual, sino exclusivos de estas asociaciones que, en caso de lesión, podrán interponer también las acciones contencioso-administrativas pertinentes. En el orden penal también estas asociaciones tienen la posibilidad de emprender acciones populares, sin menoscabo de las acciones individuales.

La LCU (artículo 54) reconoce a las asociaciones de consumidores legitimación para ejercitar la llamada acción de cesación, incluso se la reconoce a asociaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea que figuren en una lista de estas organizaciones publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. La acción de cesación se introdujo en la Ley 26/1984 por la ley 39/2002, 28 de octubre, de transposición de varias directivas comunitarias, y se regula en la LCU, en el capítulo V, título V, libro primero. Tiene por objeto obtener de los tribunales sentencia en la que se haga cesar el empleo y recomendación de cláusulas abusivas y su reiteración futura. La legitimación para ejercer la acción se acompaña de la posibilidad de personación en el proceso que inicien otros sujetos legitimados (Instituto Nacional de Consumo, instituciones afines de las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos y el Ministerio Fiscal).

Por otra parte, el capítulo II, título V, libro primero LCU contempla la constitución de un sistema arbitral⁹⁰, que efectivamente se conformó cuando se establecieron las juntas arbitrales y los colegios arbitrales, compuestos por representantes de ambas partes (consumidores y empresas) y por la Administración. Se sustancia ante estos organismos un procedimiento que atiende y resuelve, sin formalidades especiales y con carácter vinculante para ambas partes, las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios. Se excluyen los casos en los que haya indicios racionales de delito o concurran intoxicación, lesión o muerte. El sometimiento de las partes al sistema arbitral

⁹⁰ Al respecto cfr. BUJOSA VADELL, ob. cit., pp. 1.799 y ss. GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 212 y ss. y Juan Manuel BADENAS CARPIO, *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Conselleria de Sanitat i Consum, Valencia, 1993, pp. 65 y ss. María Rosa GUTIÉRREZ SANZ, "Las juntas arbitrales de consumo", en *El sistema arbitral de consumo*, ob. cit., pp. 86 y ss.

es voluntario y habrá de constar expresamente por escrito. También es posible pactar convenios arbitrales distintos a los previstos en la LCU, pero sólo una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato.

Tanto en el gobierno central como en los autonómicos hay un ministerio o consejerías específicas, aunque la defensa concreta de los intereses de los consumidores es asumida con preferencia por organismos públicos especializados como el Instituto Nacional de Consumo u otros creados en las distintas administraciones autonómicas y municipales⁹¹. Estos organismos, por un lado, protegen, informan, educan y forman a los consumidores y, por otro, estimulan al legislador y a otros órganos públicos a redoblar la protección de los intereses de los consumidores. También están legitimados para emprender acciones ante los tribunales como la ya explicada acción de cesación.

Lo propio de estos órganos no es decidir, sino fomentar y promover los intereses difusos de los consumidores. En este sentido también actúa el Ministerio Fiscal; conforme a las misiones y facultades que le atribuye el artículo 124 CE y su propio estatuto, debe promover la acción de la justicia en los procesos donde puede estar presente. Asimismo, está legitimado activamente para ejercitar la acción de cesación y puede ejercer acciones penales.

La función del Defensor del Pueblo estatal y de los defensores del pueblo autonómicos, sobre todo ahora que algunos nuevos estatutos reconocen derechos a consumidores y usuarios, es más modesta puesto que se limitan a recibir las quejas de los ciudadanos, investigarlas y reflejar su opinión en los informes anuales que someten a sus respectivos parlamentos. Bien es cierto que, a menudo, sus sugerencias a las administraciones concernidas pueden bastar para estimular su celo. Sin embargo, los comportamientos que un defensor del pueblo controla son los de las administraciones públicas y no los de los particulares, pero este proceder puede tener, por reflejo, consecuencias en las conductas de los privados, en la medida en la que estos se ocupen de atender un servicio público.

IV. Conclusión

Es un hecho incontestable que la protección de los consumidores ocupa a los poderes públicos de manera creciente. Frente a las tesis estrictamente liberal que ubica la relación de consumo en la lógica del mercado para que sea éste el que garantice espontáneamente la libertad de consumir, han acabado imponiéndose tesis más propias del Estado social, según las cuales el Estado tiene obligación de proteger a la que considera la parte más débil de la relación de consumo: los consumidores que sin esa protección quedarían indefensos ante los abusos de los empresarios. El resultado no podía ser otro que asegurar jurídicamente la posición del consumidor frente a quienes le ofrecen los bienes de consumo, e imponer a los últimos obligaciones concretas que garanticen la calidad de producto y la adecuada información del consumidor.

⁹¹ Un buen panorama de este tipo de organismos lo ofrece Jesús AZA CONEJO, "Organismo de defensa de los consumidores", en LEÓN ARCE y GARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos...*, ob. cit., Tomo I, p. 178 y ss. y Carlos MALUQUER DE MONTES, "Artículo 31", en LLAMAS POMBO (coord.), ob. cit., pp. 847 y ss.

En este contexto, amplísimo, de las sociedades de consumo, el Estado interviene cada vez más para tutelar los intereses de los consumidores que, se considera, no podrían hacerlos valer por sí mismos sin un cada vez más extenso orden jurídico protector. Se va conformando así un vasto conjunto de normas jurídicas específicamente encaminadas a la tutela de los consumidores. En ocasiones este edificio normativo culmina, como sucede en España, en la misma Constitución. En efecto, el artículo 51 CE consagra un principio rector de la política social y económica que obliga a los poderes públicos españoles a proteger la salud, la seguridad y los legítimos intereses económicos de los consumidores.

La proyección efectiva de lo previsto en el citado artículo 51 CE depende de su desarrollo legal, tal y como establece el artículo 53.3 CE, y el legislador democrático fue diligente y con la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reguló ordenadamente la materia. Al hacerlo convirtió los principios de la Constitución en derechos subjetivos de los consumidores, permitiendo a éstos hacer valer directamente sus intereses, incluso frente a otros particulares.

Aunque se ha discutido su naturaleza, a mi entender no hay duda de que los proclamados derechos de los consumidores son legales, no constitucionales. En la Constitución sólo se establecen principios rectores en la materia, pero no derechos. El que estos se proclamasen en la Ley 26/1984 no era fruto de la imposición del constituyente sino voluntad —acertada desde luego— del legislador. Así las cosas, la creación de derechos subjetivos en favor de los consumidores conforma el eje del Derecho del consumo y se ha mantenido así hasta ahora, incluyendo el reciente Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Desde el primer momento las Comunidades Autónomas concurrieron en la protección de los consumidores. Como el Estado no poseía título específico porque el artículo 149.1 CE no contiene referencia a la materia (tampoco el artículo 148.1 CE), el legislador estatal ha de invocar otros títulos para actuar, lo que, por lo demás, no ha sido difícil pues la defensa de los consumidores moviliza políticas de diversa índole (económica, legislación civil, legislación mercantil, etc.). El panorama de la distribución territorial se ha complicado con la aprobación de nuevos Estatutos de autonomía que, en ocasiones, refuerzan la exclusividad de la competencia de la respectiva Comunidad, y, en otras, acompañan este reforzamiento con la proclamación de derechos estatutarios de los consumidores. Como en otros casos, se planteará la relación entre tales derechos y los derechos legales proclamados en la LCU.

En definitiva, la concurrencia de políticas estatales y autonómicas de defensa de los consumidores y el ejercicio por parte de estos derechos subjetivos, reconocidos en la LCU y en algunos estatutos, sintetiza el panorama de la protección que demanda el artículo 51 de la Constitución.

CAPÍTULO 4

LOS USUARIOS Y EL DERECHO PÚBLICO

*MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA, ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, ROGÉRIO LEAL,
JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ, LUIS ENRIQUE CHASE PLATE,
CARLOS E. DELPIAZZO, JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ*

SUMARIO

TÍTULO PRIMERO: PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

- I. Introducción.
- II. Definición de usuario de servicio público.
- III. Análisis y sistematización de los diferentes sectores implicados.
- IV. Naturaleza jurídica de la relación del usuario con la Administración.
- V. Protección del usuario de servicios públicos.
- VI. Responsabilidad por los daños generados por el servicio.
- VII. Protección de bienes constitucionales afectados por el funcionamiento del servicio.
- VIII. Obligaciones del usuario de servicios públicos.
- IX. Control judicial y órganos administrativos de protección de los usuarios de servicios públicos.

TÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN JURÍDICO DE USUARIOS DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN IBEROAMÉRICA

- I. Peculiaridades de los usuarios de servicios públicos en Iberoamérica.
- II. El usuario y el servicio público en Argentina.
- III. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade.
- IV. Régimen mexicano de los usuarios de los servicios públicos y de interés general.

TÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN JURÍDICO DE USUARIOS DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN IBEROAMÉRICA

- V. La gestión de servicios públicos en Paraguay.
- VI. Régimen jurídico de los usuarios de servicios públicos y de interés general en Uruguay.
- VII. La participación de los usuarios en los servicios públicos desde el Derecho Administrativo venezolano.

TÍTULO PRIMERO: PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

I. Introducción

De las muchas cuestiones jurídicas que plantea el sector de actividad administrativa que forman lo que genéricamente se conoce como servicios públicos, asumen un lugar muy especial las relativas al régimen jurídico de los usuarios¹. Éstos, en cuanto receptores de las prestaciones en que los servicios públicos consisten son, en último término, el referente principal que tiene que inspirar su organización, y su satisfacción debe ser el objetivo primordial a perseguir.

Éste y no otro es el punto en que confluyen a fin de cuentas todos los elementos que forman la teoría de los servicios públicos. Es más, cualquier tentativa de comprensión de esta institución y de su evolución que olvide este factor está condenada al fracaso². Son las necesidades del usuario (del usuario en general y del usuario concreto de cada concreto servicio y en cada concreto momento) las que marcan, o mejor aún, las que deben marcar, la línea de desarrollo que ha de seguir la provisión de las prestaciones esenciales a los ciudadanos³. Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas⁴.”

¹ Señala L. MARTÍN REBOLLO que decisiva “importancia tiene hoy, por la creciente sensibilidad hacia las cuestiones de calidad en la prestación de los servicios, el punto de vista externo de los usuarios”. “Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 649.

² Como apunta P. ESCRIBANO COLLADO, el “planteamiento del tema de la situación jurídica de los usuarios frente a los servicios público supone una meditación profunda sobre el concepto, naturaleza y régimen jurídico del servicio público. Es más, con el progresivo desarrollo y fortalecimiento de la posición jurídica del administrado dentro del seno del Derecho administrativo y frente a cada esfera concreta de actuación de la Administración pública, parece que sea éste el enfoque más aconsejable para comprender su esencia”. “El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica”, en *Revista de Administración Pública* 82, 1977, p. 113.

³ J. E. LÓPEZ CANDELA ha destacado la necesidad de examinar la idea de servicio público “desde la perspectiva del ciudadano”. *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*. Consejo General del Poder Judicial/Fundación Wellington, Madrid, 2004, p. 59.

⁴ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: “Reformas y modernización de la Administración Pública española”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir.), *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2002, p. 44.

Es curioso que entre la vorágine de estudios dedicados a precisar el concepto de servicio público y sus periódicas crisis, que no son a la larga más que simples adaptaciones a la realidad (a la realidad en su conjunto, y a la realidad de los usuarios en particular), las referencias a los destinatarios del servicio sean tan reducidas.

Sin embargo, si se fija un poco la mirada atenta en dicho aspecto, se pueda llegar a conclusiones muy diferentes que las usuales. Ciertamente es que los factores normalmente aludidos para explicar los cambios que los servicios esenciales han experimentado en los últimos tiempos (la acción de la Unión Europea, la ideología privatizadora, etc.) han tenido una incidencia real. Mas esa influencia nos parece muy reducida comparada con el hecho inamovible de que la masa social receptora de esas prestaciones ha evolucionado, y al Derecho y a la Administración pública no le ha quedado otro remedio que seguir su estela (no sin alguna resistencia difícilmente comprensible en algunos casos).

Nos parece oportuno, por ello, esbozar, aunque sea brevemente, las líneas de esta evolución. El propio punto de partida del servicio público moderno, y en cierto modo del mundo que ahora conocemos, tiene su origen, como no podía ser de otro modo, en una nueva posición del ciudadano.

Resulta evidente que en el mundo actual los poderes públicos no podían continuar concibiéndose como meros garantes del orden público y las libertades individuales, tal y como ocurrió en la etapa liberal, sino que debían convertirse en instancias obligadas a proporcionar un disfrute real de los derechos y libertades a los ciudadanos, lo que implica la obligación de suministrar a éstos aquellos servicios y prestaciones que, teniendo un carácter básico para su existencia, el particular no puede proporcionarse por sus propios medios⁵.

Pocas doctrinas han sabido plasmar tan bien esta nueva concepción del papel del Estado, como la celebre tesis de la procura asistencial defendida por FORSTHOFF, que dibujó la evolución del ser humano desde posiciones de autosuficiencia hacia niveles de creciente dependencia respecto a los poderes públicos, de los que requiere para recibir las prestaciones básicas imprescindibles para su existencia⁶.

⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"", en *Revista de Administración Pública* 38, mayo-agosto de 1962, pp. 45-46. F. GARRIDO FALLA, "El concepto de servicio público en el Derecho español", en *Revista de Administración Pública* 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 22. Señalan, en tal sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que es "bien evidente que ya no basta con acotar reductos exentos frente a la acción del poder a los efectos de proporcionar al individuo una protección efectiva. A este orden de necesidades se ha venido a sumar en la época en que vivimos otro no menos importante, a partir de la constatación, verdaderamente elemental, de la absoluta impotencia del individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias y, correlativamente, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de los entes públicos para suplir aquéllas y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva capaz de asegurar su subsistencia a un nivel mínimamente razonable. Al compás de este cambio realmente impresionante de los supuestos sobre los que se asienta la existencia individual y colectiva, la propia imagen de la Administración ha variado sustancialmente, presentándose no tanto como una amenaza para la libertad de los ciudadanos, sino, más bien, como el soporte necesario de la propia existencia de éstos. Consecuentemente, la función del Derecho Público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales, a la cual estaba inicialmente orientado de forma casi exclusiva, aunque esta función siga siendo imprescindible (...), sino que debe alcanzar también a encauzar adecuadamente una tarea de asistencia vital, de procura asistencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva (...) y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los entes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por el dominado". *Curso de Derecho Administrativo* II, décima edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 67-68.

⁶ Según E. FORSTHOFF, la previsión de la existencia (*Daseinsvorsorge*), surge como consecuencia de la aparición de las grandes aglomeraciones urbanas, con lo que se intensifica la distinción entre lo que él denomina *espacio vital dominado* y *espacio vital efectivo*. El primero, es "aquel que le está atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que esté facultado para utilizarlo permanentemente"; mientras que el segundo, es "aquel en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos". La industrialización conduce, continúa este autor, a una situación en la que la importancia del espacio vital dominado se reduce a favor del efectivo, esto es, nuestra supervivencia ya no queda bajo nuestro propio dominio, sino que está subordinada a la recepción de prestaciones (agua, gas, electricidad, sanidad, etc.), cuya garantía última pertenece al Estado. Lo que éste realiza para cumplir esa tarea es la previsión de la existencia. *El Estado de la sociedad industrial* (1971), por Luis LÓPEZ GUERRA y Jaime Nicolás MUNIZ (trads.), Madrid, IEP, 1975, pp. 28-29.

Tan trascendental cambio no podía dejar de tener una trascendencia decisiva en la configuración del servicio público, que se vio abocado a un proceso profundo de revisión, que dio origen a lo que se suele convencionalmente designar como “crisis del servicio público”.

Este proceso ha continuado su curso. De tal forma que el individuo demanda cada vez un mayor número de prestaciones del sujeto público. Lo que incluye ya no sólo aquello que resulta esencial para la pervivencia, sino toda una serie de servicios que contribuyen a alcanzar, simplemente, una mayor comodidad y satisfacción personal, en definitiva, lo que le proporciona una mayor calidad de vida⁷.

El viejo modelo estatal de prestación de servicios esenciales en un régimen publicificado, sin embargo, en un determinado momento se mostró incapaz de dar respuesta a las nuevas demandas de los usuarios. Los nuevos tiempos demandaban una nueva forma de suministrar esas prestaciones⁸, como ineludible expresión de la nueva relación en la que se encontraban los administrados respecto a su Administración.

El ciudadano quiere dejar de ser un simple usuario, para pasar a ser “cliente”, pues no le basta con recibir esas prestaciones esenciales, sino que quiere recibirlas en condiciones que se adapten a sus necesidades y demandas.

El modelo tradicional de prestación, que logró, no se entienda mal, cotas de desarrollo social y un nivel de vida para los ciudadanos hasta entonces impensable⁹, se quedaba atrás. Por un lado, operaba bajo la efigie del monopolio, frenando la posibilidad del usuario de elegir¹⁰. Por otro, no podía ofrecer más que prestaciones estandarizadas, que se suministran de forma uniforme¹¹. El nuevo ciudadano, sin embargo, acostumbrado

⁷ Como señala M. GÓMEZ PUENTE, “el ámbito objetivo de la función prestacional, como puede deducirse, no es pequeño. Se ha caracterizado por una progresiva expansión que ha superado con creces los límites del modelo orgánico circunscrito a lo que FORSTHOFF denominó la “procura existencial” o asistencial, de tal modo que hoy “la actividad de prestación de servicios de nuestro moderno Estado no se limita a prestaciones vitales, sino que incluye también aquellas prestaciones que hacen que la vida resulte más fácil y hermosa”. *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 720.

⁸ Señala J. L. MEILÁN GIL que no “han cambiado las categorías, ni la responsabilidad del Estado para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas; lo que ha cambiado, como se recuerda desde la UE, “es la forma en que los poderes públicos cumplen sus obligaciones con los ciudadanos”. Ha cambiado el desarrollo de la sociedad, tanto desde el punto de vista del reconocimiento y exigencia de los derechos de los ciudadanos en un Estado social y democrático, como desde su capacidad para realizar eficazmente las actividades que los requieren, la capacidad del mercado”. *Progreso Tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 47.

⁹ Como señala G. ARINO ORTIZ, el servicio público sirvió “al paso de una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, más igualitaria, más próspera, con mayor esperanza de vida y tantas cosas más. El servicio público fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados más pobres de Europa, que permitió mejorar la situación de todos”. “Servicio Público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en JAVIER CREMADES (coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, 1997, p. 757.

¹⁰ Así lo destacaba E. RIVERO YSERN, refiriéndose a la concesión, señalando que “el usuario no tiene la posibilidad de acudir a otra persona para que le preste el servicio, dada la situación monopolística del concesionario, de hecho o de derecho”. *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1969, p. 160.

¹¹ En tal sentido, señalan J. SUBIRATS y R. GOMA, que hoy “parece abrirse paso como nuevo concepto interpretativo de las relaciones individuo y Estado, o entre individuo y administraciones públicas, el término de *cliente* que pretende reforzar la binariedad de una relación que, desde las transformaciones de la segunda posguerra y la generalización del intervencionismo estatal y de los derechos sociales, configuraba al Estado como una fuente de protección y servicios, pero poco propicios a diferencias o tratamientos individualizados de situaciones previamente estandarizadas”. “Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades”, en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?*, Izquierda Unida, Madrid, 1993, pp. 69-70.

a un nivel de vida más alto, demanda prestaciones individualizadas y adaptadas no ya a sus necesidades personales, sino a sus propios gustos.

Esto conlleva una transformación radical de la Administración y de las políticas públicas. Si los poderes públicos habían realizado durante años su actividad sin una gran receptividad a las demandas individuales de los ciudadanos y grupos en los que éstos se integran, tiene que pasar ahora a ser una entidad receptiva a esas necesidades y peticiones¹².

Nótese que la crisis del modelo publicitado no responde a lo que hace, que nadie cuestiona, sino a como lo hace. En el fondo, el triunfo de la ideología privatizadora y liberalizadora en los servicios públicos responde a una insatisfacción por la eficacia de su acción¹³, que demanda nuevas formas de prestación más acordes a las necesidades y gustos del ciudadano de la sociedad contemporánea¹⁴.

La cuestión es, entonces, si se logró ese objetivo. La valoración del impacto de los procesos de liberalización sobre los usuarios ofrece un resultado desigual. Aunque se pueden tomar por buenas las afirmaciones que consideran que con carácter global dichos procesos han supuesto una significativa mejora para la posición del usuario¹⁵, no se puede dejar de percibir en el nuevo sistema algunas insuficiencias que demandan corrección.

Esto ha llevado a que, en los últimos años, este modelo basado en la sustitución de los mecanismos publicitados de prestación por el mercado, haya entrado en

¹² M. V. SEGARRA ORTIZ, “Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo”, en *Revista Española de Derecho de la Unión Europea* 7, 2004, p. 13. Señalan SUBIRATS y GOMA que la consideración del usuario como cliente implica “una relación más activa, co-productiva, entre representantes de la administración y de sus políticas y ciudadano afectado o beneficiado por las mismas”. *Gestión pública y...*, pp. 69-70.

¹³ Como apunta A. TRONCOSO REIGADA, en “el fondo, la privatización de la gestión de los servicios públicos esconde una visión crítica y un sentimiento de insatisfacción, no con el Estado social, sino con su régimen jurídico, con su modo de gestión” en *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 103.

¹⁴ Señala F. ABRIL MARTORELL que, en “los últimos diez años, los gobiernos de numerosos países industrializados han coincidido en revisar la organización, el funcionamiento y la financiación de los servicios sociales públicos, agobiados por la incesante expansión de las necesidades que deben atender y por el crecimiento insoportable de los gastos. Ninguna reforma, sin embargo, ha tratado de agrietar la estructura de solidaridad que sustenta tales servicios, ni debilitar sus propósitos redistributivos, ni entorpecer el acceso equitativo a las prestaciones, ni menoscabar los derechos a la jubilación y la protección de la salud inherentes a las condiciones de trabajador y ciudadano. Éstos son ya principios sociales cristalizados y, por tanto, permanentes”. “Las revisiones de los servicios tienen unos fines más elementales y urgentes, como son los de asentar dichos servicios en las realidades económicas, ajustándolos a los inevitables límites financieros del Estado y de la Seguridad Social, reducir las ineficiencias y la rigidez burocrática y acondicionar los servicios públicos para enfrentar las nuevas exigencias que anuncian las previsiones demográficas, la abundancia de costosas novedades tecnológicas y los deseos de diversidad y elección que forman parte natural de las sociedades modernas, plurales, libres, con crecientes niveles de renta y de educación y un vivo sentido de la responsabilidad personal”. “Introducción”, en *Análisis del Sistema Sanitario Español*, Doce calles, Madrid, 1995, p. 9.

¹⁵ En tal sentido Á. CARRASCO PERERA; I. ARROYO JIMÉNEZ; A. I. MENDOZA LOSANA, que señalan, respecto al sector de las telecomunicaciones, que es “indudable que el proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones que se ha venido desarrollando en España desde la pasada década ha beneficiado considerablemente a los consumidores. Esta afirmación es concluyente, y no puede dejar de ser tomada en consideración, a pesar de las valoraciones críticas que después se recojan en este estudio”. “Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor”, en *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho del Consumo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 186. También G. ARIÑO ORTIZ que señala que la “vuelta atrás sería un error. Peor el remedio que la enfermedad. El funcionamiento de esas actividades económicas en condiciones de mercado es mucho más eficiente que el modelo público, planificado y monopolizado. Con esto no quiere decirse que la implantación de la regulación para la competencia no suscite problemas o carezca de deficiencias (...). Lo que quiere destacarse es que, aun con sus problemas, el modelo de regulación es el que mejor responde a las necesidades de los consumidores en términos de eficiencia, calidad y seguridad”. “Prólogo”, al libro de F. J. VILLAR ROJAS, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004, p. XXI.

una cierta crisis, que ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo algunos reajustes, que suponen un cierto regreso a los mecanismos de regulación e intervención pública¹⁶.

Ahora bien, este movimiento de cambio no tiene tanto su origen en nuevas demandas ciudadanas, sino más bien en la insuficiencia del modelo liberalizado puro para dar satisfacción a las demandas de los usuarios que en principio venía a satisfacer. Las características intrínsecas de los mercados regulados han demostrado en la práctica la incapacidad de este sistema para lograr esos objetivos, obligando a la entrada de mecanismos correctores que, sin volver obviamente a los viejos modelos publicistas, introducen correcciones que miran más hacia la intervención pública que al mercado.

Se opera, con ello, un nuevo giro en la formulación de las políticas referidas a los servicios públicos. Superando el modelo tendente a convertir al usuario en una suerte de consumidor, para atribuirle ahora también el papel de ciudadano. Entendido esto último en el sentido de que el usuario debe ser sujeto activo en el diseño de esa actuación administrativa, como única vía para lograr una adecuada satisfacción de sus necesidades¹⁷.

II. Definición de usuario de servicio público

Aunque el término usuario ha sido objeto de alguna crítica, por considerar que transmite una idea de pasividad¹⁸, es el término habitualmente utilizado para referirse a la persona que recibe las prestaciones administrativas.

¹⁶ Señala E. SGUIGLIA que “en muchas industrias en el mundo, que en algún momento han sido objeto de una desregulación total o parcial, existe una creciente presión para retornar a las regulaciones”. “Desregulación y competitividad: evaluación de la experiencia argentina”, en www.clad.org.ve/fulltext/0029845.html.

¹⁷ Afirma al respecto A. COSTAS COMESAÑA que la “lección que me interesa resaltar de esta década de reformas en los servicios públicos es ver como el objetivo de transformar a los *usuarios en consumidores*, que estubo detrás de la reforma desde el viejo modelo estatista al nuevo modelo de mercado, está dando paso a nuevas reformas orientadas a transformar a los consumidores en *ciudadanos*, en el sentido de que su voz y su satisfacción con estos servicios pasa a ser un elemento clave de la eficiencia de estos servicios y del funcionamiento de la democracia”. “De consumidor a ciudadano: el papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, nº 836, 2007, p. 40.

¹⁸ Esa es la opinión de A. SERRANO TRIANA, que considera que la “voz pasiva “administrado”, a diferencia de la voz activa “dominus”, dueño, sugiere no que alguien es servido por un administrador, sino que el individuo es objeto de una operación administrativa, lo cual es algo diferente.

En esta operación administrativa el individuo cuenta, por supuesto, para el Derecho, pero como un dato más del cálculo del gobernante o de su agente o autoridad, que tiene en todo momento la iniciativa de la gestión jurídica realizada. El individuo viene así a la posición del objeto en cualquier tipo de relación, donde la actividad la desarrolla el sujeto administrativo. El dueño se hace objeto y el servidor se hace sujeto. He aquí la contradicción del lenguaje, que encubre, sin embargo un fenómeno real perfectamente comprobable: la Administración está configurada para servir al administrado, pero es frecuentemente servida por él. (...).

La traslación de esta visión al *usuario* de los servicios públicos queda así enmascarada en esta hipótesis general del funcionamiento degradativo de la posición del ciudadano. No es usador, no es utilizador, como término neológico que sería deseable ver en nuestro Derecho. Tiene, pasivamente, la situación de usufructuario, a través de la ficción cómoda, práctica, jurídicamente confortable, de que la titularidad del servicio, en términos de ley positiva, corresponde a las Administraciones Públicas, sólo que ahora, sin pacto interpuesto, sino en posición reglamentaria o estatutaria. (...).

Es, pues, el alcance del *uso* en términos jurídicos el que define la posición del *usuario* en el marco de la prestación en que consiste el servicio público, con un uso en verdad muy distinto del que el titular de un derecho real cualquiera proyecta sobre la cosa disfrutada o poseída. Se trata, como dijimos, de una hipótesis conceptual sobre el hecho histórico del uso de las cosas físicas y su proyección en el Derecho Privado y público. La titularidad, empero la *propiedad* del servicio, queda referida paradójicamente a la Administración que, en hipótesis constitucional, es simplemente una mandataria de la colectividad. La ficción ahora es que la propiedad se hace como justificación de vicario del pueblo en parlamento”. *Fundamentos del servicio público*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 105-109.

La definición del concepto de usuario de servicio público no ha sido uniforme. Algunos son partidarios de un concepto amplio, según el cual se entendería por tal el sujeto que usa dicho servicio, beneficiándose de éste¹⁹.

Una parte de la doctrina acota más esta definición, entendiendo que sólo son usuarios quienes reciben el servicio a cambio de una contraprestación²⁰.

En otro sentido, algunos autores ciñen el término al sujeto receptor de las prestaciones suministradas por un servicio público. Considerando que el término adecuado para los servicios privados es el de “cliente”²¹.

Sin entrar en puntillosas discusiones teóricas, nosotros vamos a partir en este estudio de un concepto amplio de usuario, en el que estaría comprendido toda persona que se beneficia de las prestaciones en que el servicio esencial consiste.

¹⁹ En tal sentido L. GRANATO; N. ODDONE, que señalan que el “particular que utiliza un servicio público se denomina usuario o cliente. Es el sujeto que se beneficia con la prestación del servicio”. “Los servicios públicos en un contexto global: una aproximación al derecho de los usuarios”, en “PRISMAS: Dir.; Pol. Pub. e Mundial, Brasilia”, vol. 3, nº 2, 2006, p. 280.

²⁰ En tal sentido VILLAR EZCURRA, que considera que “recibe la denominación de usuario el sujeto que se beneficia de la prestación de un servicio mediante el abono de una contraprestación económica (al margen, también, de la naturaleza de esta contraprestación como tasa, precio público o precio privado). Lo que ahora procede analizar es cómo se determina la condición de usuario en los servicios públicos admitiendo, para ello, dos premisas fundamentales. En primer lugar, que en todo servicio público existe un usuario y, en segundo término, que la existencia de usuarios no es algo exclusivo de los servicios públicos (...).

En el núcleo más conocido de los servicios públicos la existencia de usuarios es constatable sin mayor problema y así sucede en todo el sector de los transportes y en el de los suministros. Usuario es todo aquel que abona el billete o paga el recibo correspondiente para acceder al servicio. Sin embargo, en el sector de las comunicaciones la cuestión puede no estar tan clara en el caso de los denominados servicios de difusión. Salvo en los llamados servicios de acceso condicionado (es decir, las emisiones codificadas de televisiones comúnmente conocidos como servicios “pay per view”) en el resto de las emisiones de radio y televisión el particular no abona cantidad alguna por acceder y beneficiarse del servicio. Lo que sucede en estos supuestos es que existen dos clases diferenciadas de sujetos a quienes va dirigida la prestación. De un lado, los simples oyentes o televidentes, que no tienen que abonar ningún tipo de contraprestación económica, y de otro los auténticos usuarios para quienes la prestación consiste en que los anteriores oigan y vean la publicidad que emite. Ciertamente que para estos últimos existe un precio o tarifa determinada por el importe que abonan por la emisión de su publicidad lo cual hace que, en estos casos, la posición del usuario en sentido estricto no corresponda con lo que vulgarmente se conoce como tal.

En el bloque de los servicios sociales la cuestión se plantea en términos mucho más problemáticos ya que tanto en la enseñanza como en la beneficencia (e incluso en la Seguridad Social mediante las denominadas prestaciones no contributivas) existen prestaciones gratuitas lo cual podría inducir a pensar que no puede hablarse de usuario en el sentido estricto que se ha otorgado a esta expresión. Sin embargo, el problema es mucho más aparente de lo que pudiera pensarse ya que la gratuidad de estos servicios no hace que se refieran por ello a prestaciones *uti universi*. La enseñanza o la asistencia sanitaria se prestan de forma individualizada y en esto no se asemeja, para nada, a la vigilancia para el mantenimiento del orden público. Se trata de supuestos absolutamente anómalos en el marco del servicio público en donde por una serie de imperativos de otro orden la tarifa se sustituye por una aportación presupuestaria. Desde la perspectiva del gestor del servicio nada se altera ya que (...) tarifas y subvenciones constituyen los dos posibles cauces para su financiación. Tanto da que la retribución sea abonada por el usuario (en forma de tarifa) como por la Administración (en forma de subvención o de mera aplicación presupuestaria). El supuesto sería equiparable a los ya descritos en el sector de los transportes con el reconocimiento de franquicias o bonificaciones en las tarifas. Lo realmente importante para definir la condición de usuario es que éste sea titular de derechos y obligaciones en la doble relación que genera todo servicio público (es decir, frente al gestor y frente a la Administración). Bajo este punto de vista el usuario de la educación, la beneficencia o las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran en la misma posición que quien paga una tarifa. Debe cumplir las obligaciones que impone la regulación del servicio y puede reclamar en caso de denegación del mismo o de prestación defectuosa.

Otro tanto sucede con las prestaciones aparentemente encuadradas en el bloque de servicios residuales (como el alumbrado eléctrico, alcantarillado, saneamiento, etc.). No existe realmente gratuidad, sino sustitución de la tarifa por una consignación presupuestaria a cargo de los vecinos”. *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 238-239.

²¹ A. PÉREZ HUALDE, que señala que “sólo se es usuario de los servicios públicos. De los servicios privados se es cliente, no usuario. El término ‘usuario’ en nuestro ordenamiento jurídico tiene un sentido propio preciso y comprometido ideológicamente”. “Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades”, en www.acader.unc.edu.ar.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente la diferente situación en la que se encuentran los usuarios de los diferentes servicios, como más adelante se verá. A lo que se añade que en algunos casos, el ordenamiento jurídico establece un régimen específico de protección para determinados tipos de usuarios, que se sitúan, de esta forma, en una situación jurídica específica. En tal sentido, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, el art. 38 LGTE²² establece un conjunto de garantías específicas para “los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales”. Si bien reglamentariamente “podrá ampliarse la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios” (art. 38.2 LGTE).

III. Análisis y sistematización de los diferentes sectores implicados

En el Derecho español no ha existido nunca un catálogo general de derechos de los usuarios de servicios públicos. De esta forma la posición del usuario va a variar considerablemente dependiendo del servicio del que se trate.

Por razones lógicas, que no requieren reseñarse por su evidencia, resulta imposible hacer un tratamiento detallado de la posición en que se encuentran los usuarios en cada concreto servicio público. Se hace preciso, por ello, aun a riesgo de simplificar, realizar un tratamiento sistemático de la cuestión, que distinga entre los diferentes tipos de servicios esenciales existentes.

Debe reseñarse previamente, sin embargo, que en los últimos años la noción de servicio público se ha visto sometido a relevantes mutaciones, sobre todo en el ámbito de los grandes servicios económicos de red. Estos servicios han visto transformada notablemente su configuración, convirtiéndose en mercados, no susceptibles de una

²² Ley 32/2003, de 3 de noviembre, *General de Telecomunicaciones* (en adelante LGTE).

El art. 38 LGTE establece que las “normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto que, entre otros extremos, regulará:

- a. La responsabilidad por los daños que se les produzcan.
- b. Los derechos de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada.
- c. Los plazos para la modificación de las ofertas.
- d. Los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario.
- e. El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.
- f. El derecho a celebrar contratos por parte de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública, así como el contenido mínimo de dichos contratos.
- g. Los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública.
- h. El derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- i. Los supuestos de aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología de contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes.
- j. El derecho a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- k. El derecho a elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial”.

calificación global, pues una parte de los mismos sigue sujeta a un régimen de servicio público, mientras que otra parte se rige por las reglas de mercado²³. A este tipo de servicios (cuyo supuesto más característico es el de las telecomunicaciones, en los que la liberalización ha alcanzado su más alta cuota, pero en los que se integran también otros como el sector eléctrico o el correo), nos vamos a referir como servicios de interés general liberalizados.

De lo anterior no debe entenderse que estos sectores tengan un régimen uniforme. Existen grandes diferencias entre ellos. Así, por poner sólo un ejemplo, en algunos se articula lo que se ha venido denominando como un servicio universal (telecomunicaciones, sector eléctrico); mientras que en otros la intervención pública se encauza mediante la distinción entre actividades reguladas y no reguladas (por ejemplo, el sector eléctrico). Pese a estas diferencias, la posición de los usuarios encuentra importantes similitudes, que autorizan su tratamiento conjunto.

Aunque es frecuente que se hable a resultas de ese proceso de un nuevo servicio público, lo cierto es que la liberalización no ha impedido la persistencia del servicio público tradicional, que se sigue manifestando en sus vertientes clásicas. Así, siguen existiendo servicios prestados mediante gestión directa, como por ejemplo la Sanidad o la Educación. Otros, sin embargo, se articulan mediante mecanismos de gestión indirecta, entre los que ocupa un lugar particularmente relevante la concesión de servicio público²⁴ (es el caso, por ejemplo, de muchos servicios públicos locales).

IV. Naturaleza jurídica de la relación del usuario con la Administración

La naturaleza de la posición en que se sitúa el usuario de un servicio público es variable. En algunos casos se encuentra en una situación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva. De tal forma que tan sólo ostenta el derecho a recibir el servicio según el régimen vigente en cada momento, y carece de un derecho a exigir que funcione conforme a las condiciones existentes cuando accedió al mismo.

Dicha relación es la que se da normalmente en los denominados servicios *uti universi* y en los servicios *uti singuli* de carácter obligatorio. En otros casos, sin embargo, se sustituye esta relación objetiva por una relación contractual, a la que se llega mediante la celebración de un contrato privado con el prestador del servicio.

Nótese el carácter privado de esta resolución contractual, que es puesto de manifiesto por parte de la propia legislación contractual administrativa, que excluye esta relación contractual del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de los contratos públicos (art. 3.1.b LCAP'2000²⁵).

²³ A dicha cuestión nos hemos referido, de forma más detallada en M. A. SENDÍN GARCÍA, *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003. Y en el libro *Regulación y servicio público*, Comares, Granada, 2003.

²⁴ Sobre la naturaleza jurídica de la concesión, véase J. M. DE DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *El incumplimiento de la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

²⁵ *Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (LCAP'2000). Este texto mantiene su vigencia hasta 30 de abril de 2008, momento en que será sustituido en su vigencia por la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público* (en adelante LCAP), este texto contiene idéntica exclusión en su art. 4.1.b.

Se trata, en tales supuestos, de un contrato por adhesión, cuyas condiciones han sido predispuestas por el gestor del servicio, aunque bajo el control y con la aprobación de la Administración. Lo que hace que, en la práctica, el usuario tenga un papel muy mínimo en la determinación del contenido del contrato, asumiendo una posición muy parecida a la puramente reglamentaria.

La misma situación se produce en aquellos supuestos en que el usuario no suscribe expresamente un documento contractual, sino que lo hace implícitamente, mediante la simple adquisición del billete que da acceso al servicio²⁶.

Normalmente este tipo de relación se plantea en los servicios *uti singuli* de carácter facultativo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, como señala la mejor doctrina, que en estos supuestos en que surge una relación contractual, el usuario, en realidad, no se encuentra en una situación puramente contractual, sino en una situación mixta, en parte reglamentaria y en parte contractual. De tal forma que, el régimen del usuario depende de la regulación del servicio realizada por la Administración, y en lo que no aparece regulado en el mismo, dependerá del vínculo contractual que rija su relación²⁷.

En el caso de los servicios liberalizados, el usuario se encuentra en una doble situación, dotada de un dimensión pública y una dimensión privada. Por un lado, se liga contractualmente a un sujeto privado, operador, en una relación de carácter jurídico privado. Por otra parte, se liga a la Administración, en un régimen de Derecho Público, en cuanto sobre ésta pesa una obligación de inspección y control del servicio

²⁶ VILLAR EZCURRA: *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 240.

²⁷ Señala GARRIDO FALLA que “las mismas razones que postulan la cualificación de “situación mixta” (es decir, en parte contractual y en parte reglamentaria) para aquella en que se encuentra el concesionario, valen para justificar una conclusión análoga en relación con los usuarios del servicio público. La administración, en efecto, comienza por reglamentar (haciendo uso de los poderes que tiene para ello), el funcionamiento y uso del servicio por parte de los administrados. Esta reglamentación será tanto más intensa, y abarcará tantos más aspectos de las relaciones entre servicios y usuarios, cuanto el servicio tenga un carácter más *administrativo* (o, lo que es lo mismo, menos industrial o comercial), y en tanto se emplee una fórmula directa de gestión. Pues bien, el ámbito de cuestiones no previsto en la reglamentación administrativa, puede y debe resolverse (si de su naturaleza no se deduce lo contrario), mediante la aplicación de los criterios contractualistas. Ocurre así que, como antes se ha dicho, la situación del usuario del servicio *puede ser simultáneamente* (según el aspecto de la relación de que se trate) estatutaria y contractual. Lo que no empece, naturalmente, para que la realidad administrativa nos ofrezca igualmente ejemplos de situaciones puras, es decir totalmente reglamentarias o totalmente contractuales”. *Tratado de...* II, ob. cit. p. 442. Señalan F. LLISSET BORREL; J. A. LÓPEZ PELLICER que la “Ordenanza o Reglamento del servicio establece, por encima del posible contrato de gestión indirecta de aquél, las normas relativas al servicio que podrán ser aplicadas unilateralmente por la Administración, tanto en relación al usuario como al gestor. Esto explica que el usuario, aparte de su relación contractual jurídico-privada con la empresa gestora (concesionario), se encuentre también, en una situación legal y reglamentaria, cuya concreción en actos administrativos puede dar lugar a conflictos jurídico-administrativos”. *Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales*, Segunda edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2002, p. 244. En esta línea parece situarse también ESCRIBANO COLLADO, que apunta que, “aunque el contrato queda oscurecido por la reglamentación preexistente del servicio, posee un ámbito de acción propia. Ante todo hay que señalar que la relación jurídica que liga al usuario con el servicio no es contractual, sino reglamentaria. Como se ha visto, el contrato no tiene como efecto regular tal relación, la cual es objeto de la ley del servicio. Ahora bien, si no la regula sí la determina. (...)”

Junto a este alcance, el contrato tiene como objetivo también, en algunos casos, la determinación de la modalidad de la prestación de entre las determinadas reglamentariamente y de aquellas estipulaciones que coadyuvan al cumplimiento recíproco de las respectivas obligaciones. No cabe duda que la relación servicio-usuario es en este caso contractual, teniendo como límite siempre la ley del servicio, que reglamenta la actividad de cada una de las partes contratantes”. *El usuario ante...*, ob. cit. pp. 125-126.

para garantizar la prestación de los servicios de interés general y, en particular, de las obligaciones de servicio público²⁸.

V. Protección del usuario de servicios públicos

La actividad prestacional de los poderes públicos ha adquirido una relevancia no inferior a la más tradicional función pública de defensa de los derechos fundamentales y libertades básicas. Pese a ello, como tendremos ocasión de comprobar, las técnicas de garantía de la primera no ha logrado alcanzar la perfección y consolidación de las segundas.

Como punto de partida, debe tenerse presente que la posición de usuario de un servicio público requiere de una tutela específica, en cuanto éste se encuentra en una situación peculiar, que le deja inerte en una situación de mayor debilidad que la que sufren los consumidores ordinarios. Esto responde fundamentalmente a tres motivos:

- a) El usuario no elige a su prestador, que viene impuesto por una decisión pública.
- b) El usuario no goza de la protección que otorgan los mecanismos de mercado, en cuanto carece de la libertad de elección que viene unida a la competencia y el mercado.
- c) El prestador de un servicio público opera dotado de un conjunto de prerrogativas que lo sitúan en una posición de superioridad respecto al usuario²⁹.

Esto hace que el régimen de servicio público deba arbitrar un complejo régimen jurídico, en el que se compensa este desequilibrio inicial mediante un conjunto de medidas de protección de carácter público, que tratan de lograr una solución adecuada a los intereses de los consumidores en el marco de un régimen no competitivo.

La cuestión se plantea, sin embargo, en términos diferentes en el campo de los servicios de interés general liberalizados. Ámbito en el cual es, como en los demás, patente la importancia de defender los derechos de los usuarios³⁰.

²⁸ Señalan Á. CARRASCO PERERA; A. I. MENDOZA LOSANA que el “usuario destinatario de las obligaciones de servicios públicos ocupa una posición peculiar, que alcanza una dimensión jurídica pública y privada. Por un lado, el usuario está vinculado al operador prestador del servicio (calificado como obligación de servicio público) en una relación contractual de Derecho Privado.

Por otro lado, existe una relación jurídico-pública entre el usuario y la Administración a quien corresponde garantizar la prestación de los servicios calificados como de interés general, y en particular, de las obligaciones de servicio público. Y para ello, se le atribuyen potestades de organización, vigilancia y control de la prestación de dichos servicios”. “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998”, en Á. CARRASCO PERERA (coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de consumo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

²⁹ Señala A. PÉREZ HUALDE que los usuarios de servicio público, respecto a los consumidores, tienen “una mayor necesidad de protección que fundamentalmente encuentra su basamento, entre otras razones en que: A) El prestador de servicios públicos es seleccionado por autoridades que si bien los representan políticamente son distintos de aquellos que recibirán sus prestaciones; en otras palabras, el usuario no elige a su prestador de servicios públicos.

B) El prestador hace ejercicio legítimo de prerrogativas de naturaleza pública de las que ha sido investido en aras del mejor cumplimiento del servicio, como consecuencia de lo cual se produce una situación de desigualdad. (...)

D) El prestador de servicios públicos escapa necesariamente, en razón de las mencionadas prerrogativas públicas de que goza en virtud del contrato de concesión, a los controles y mecanismos de defensa naturales del mercado, como son la libre elección del prestador, la sustitución del servicio por otro semejante, la abstención o caída voluntaria del consumo, etc.”. “Servicios públicos, régimen de regulación y organismos de control”, en *Servicios públicos y organismos de control*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 39-40.

³⁰ El propio legislador lo ha puesto de manifiesto. Así, en el ámbito de las telecomunicaciones, el art. 3.e LGTE incluye, entre los principios y objetivos de la ley, defender “los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos”.

Para entender la problemática de este tipo de servicios hay que tener presente que en ellos se produce una convivencia de dos tipos de prestaciones:

- a) Las que están sujetas a una intervención pública intensa a fin de garantizar los intereses públicos concurrentes (prestaciones sujetas a obligaciones de servicio público, en algunos servicios; actividades reguladas en otros).
- b) Las que se desarrollan en un régimen de libre competencia.

En las primeras, operan prácticas de protección del usuario enmarcadas en mecanismos públicos de intervención. Estos mecanismos, por más que utilicen normalmente técnicas novedosas, tienden a pautarse en lo esencial a los utilizados en los servicios públicos tradicionales, pues en definitiva, son nuevas fórmulas, más coherentes con la nueva configuración de los sectores liberalizados, para encauzar la intervención pública.

La cuestión varía notablemente respecto a las segundas, donde la protección del usuario se plasma, ante todo, en la protección de la libre competencia, que se va a convertir indirectamente en un mecanismo de protección del usuario.

Si bien, en la práctica, el carácter de servicio de interés económico general sigue proyectándose sobre la parte liberalizada de estos sectores, determinando la pervivencia de medidas de protección del usuario impropias de un mercado competitivo, y más características de un régimen intervenido de servicio público.

Entrando ya en los concretos mecanismos de protección, hay que distinguir según el servicio público esté ya constituido o no. En el primer caso, la problemática del usuario se limitará a la forma de acceso al servicio y condiciones de disfrute del mismo. Cuando el servicio no esté creado, sin embargo, la problemática que se plantea es muy diferente, pues se trata de determinar si el ciudadano (todavía no usuario) está capacitado para exigir la creación de ese servicio.

V.1. Derecho a exigir la creación del servicio

Como regla general, se ha considerado que la creación de un servicio público forma parte del ámbito de decisión discrecional de la Administración, lo que determina la carencia por parte del administrado de un derecho subjetivo que le permita exigir su instauración³¹. Si bien, esta regla general quiebra en aquellos casos en que el servicio está consagrado a nivel constitucional o legal.

Antes de examinar nuestro Derecho interno, debemos analizar la posición que fija al respecto el Derecho comunitario, pues encontramos en el mismo un reconocimiento genérico del derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios de interés

³¹ Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la "creación u organización de un servicio público se ha entendido siempre como perteneciente a la facultad discrecional (...). Sobre estas bases es comprensible que se negara al ciudadano la titularidad de un verdadero derecho, exigible en la vía jurisdiccional, a la implantación efectiva del servicio". *Curso de...*, ob. cit. II, p. 72. En el mismo sentido, señala F. GARRIDO FALLA que, en "principio puede afirmarse que la decisión acerca de la conveniencia de establecer un nuevo servicio público es de carácter discrecional y, por tanto, de libre apreciación de la autoridad que tenga atribuida la competencia para la creación de servicios. La imposibilidad de reconocer en este terreno derechos subjetivos a favor de los administrados se hace más patente, si se tiene en cuenta la intervención que aquí suele reservarse al poder legislativo, al cual, en último término, compete el otorgamiento de los créditos necesarios para que el servicio funcione". *Tratado de Derecho Administrativo II*. Undécima edición con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA; H. LOSADA GONZÁLEZ, Tecnos, Madrid, 2002, p. 438. Véase también al respecto, LLISSET BORRELL; LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de...*, ob. cit. pp. 241-242. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 167-168.

general. Debemos precisar si de este reconocimiento se puede derivar un derecho de los ciudadanos a exigir la creación del servicio.

Esta referencia se deriva del art. 8.2 del Tratado de Ámsterdam, que introdujo el actual art. 16 TCE, según el cual sin “perjuicio de los art. 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

De su propia formulación se puede deducir con facilidad que este precepto no afecta en absoluto a la sujeción de los servicios de interés económico general a las normas reguladoras de la competencia y el mercado interior³², como no aporta igualmente precisión alguna para desentrañar qué debemos entender como tales³³, ni aclara cuáles son las competencias que corresponden a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias en la materia³⁴.

La inclusión de este artículo tiene un sentido diferente, que no es otro que vincular a las instituciones comunitarias de una forma positiva a la protección de estos servicios³⁵, garantizando a los ciudadanos de la Unión Europea un nivel mínimo en la prestación de los mismos.

Hay quien considera que la propia ubicación de este precepto, que está recogido en la primera parte del Tratado, que regula los principios que rigen el funcionamiento de la Comunidad, demuestra la importancia que le han querido atribuir sus autores³⁶. Si bien hay quien ha formulado sus dudas acerca de la verdadera relevancia práctica de este precepto, o incluso afirman que tiene un valor exclusivamente político³⁷. Es, pues,

³² F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, “Alcance y aplicación del art. 90. 2 (nuevo 86. 2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102, abril-junio de 1999, p. 298. MARTÍN Y J. PÉREZ DE NANCLARES, en la obra colectiva de M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coords.), *Derecho comunitario material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 193. S. RODRIGUES, “Les services publics et le Traité d’Ámsterdam”, en *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne* 414, enero de 1998, pp. 41-42.

³³ TRIANTAFYLLOU, “Le encadrement communautaire du financement du service public”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1999-1, p. 23, nota 5.

³⁴ RODRIGUES, *Les services publics et...*, p. 42.

³⁵ S. MARTÍNEZ LAGE, “El Tratado de Ámsterdam y las reglas de la competencia”, en *Gaceta jurídica de la Comunidad Europea* 125, julio-agosto de 1997, p. 3. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, que señala que, mientras que el art. 86. 2 “establece sólo una tolerancia de los servicios públicos por vía de excepción”, este precepto “obliga, a partir de ahora, positivamente a la Comunidad a velar por que los servicios públicos puedan cumplir sus fines”. *Alcance y aplicación...*, p. 298.

³⁶ J. WOUTERS y B. VAN HEES, “Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d’aides d’État”, en *Revue du Marché Unique Européen* 1999-2, pp. 44-45. También T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública* 150, septiembre-diciembre de 1999, p. 73.

³⁷ Se ha dicho que este precepto “legitima los servicios de interés general que no habían sido mencionados sino de forma tangencial en el art. 90 del Tratado (actual 86). Este reconocimiento sin embargo sigue siendo una declaración de principio que no confiere garantía adicional alguna respecto a la perpetuación ni a las condiciones de funcionamiento de estos servicios. En estas condiciones, pudiera pensarse que se trata más de un artículo *coartada* que de una verdadera asunción del reconocimiento de las misiones de servicio público y de sus interacciones con la política de la competencia”. *Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial*, en *Tratado de Ámsterdam. Documentación nº 144*, p. 635. De forma más matizada RODRIGUES, subraya la imprecisión de su contenido y formula sus dudas acerca de cual será su verdadero alcance jurídico. *Les services publics et...* pp. 44-46. Por su parte, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ considera que este precepto no aporta nada nuevo, “salvo, evidentemente, el énfasis que con ello se quiere marcar, de indudable trascendencia política, al afirmarse que estos servicios ocupan un *lugar entre los valores comunes de la Unión*, es decir, que son uno de estos *valores comunes*”. “Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”, en *Administración de Andalucía* 39, julio-agosto-septiembre del 2000, p. 39.

un precepto cuya trascendencia no es clara, a pesar de lo cual parece posible entender que supone, como han señalado algunos, que los servicios de interés general recibieron con él un cierto ascenso³⁸.

En nuestra opinión este precepto viene a limitar, en cierta medida, las facultades del legislador para organizar los servicios públicos. Esto supone una inversión de la situación anterior, pues se parte ahora del buen funcionamiento de los servicios, al contrario de lo que hace el art. 86. 2, que parte de la sujeción de los servicios de interés económico general a las normas del Tratado³⁹. Lo que implica “de alguna manera, un germen de competencia de la Comunidad para promover servicios públicos de naturaleza comunitaria”⁴⁰. E incluso refuerza la posición de los servicios de interés económico general “como elementos definidores de lo que debería ser una política social comunitaria”⁴¹. Se trata, por tanto, de una medida coherente con la tendencia de la Unión Europea a afirmar su posición favorable a los servicios de interés económico general⁴².

Ahora bien, este mandato genérico no tiene más fuerza que la de un principio inspirador de la actuación de los poderes públicos comunitarios y de los Estados miembros. Sin que alcance un grado de concreción suficiente como para derivar del mismo un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos a exigir un concreto servicio público. El legislador originario se limita a dar, por tanto, una orden general, dejando al legislador derivado su concreción. Situación muy similar a la que veremos se da en el Derecho interno.

Por lo que se refiere al papel de nuestra Norma Máxima, poca relevancia va a tener en este aspecto, en la mayor parte de los casos, pues falta casi siempre un imperativo constitucional que vincule al legislador a establecer un determinado servicio público.

No contiene la Constitución un precepto que se refiera de forma genérica al acceso a los servicios públicos. Sí contiene, sin embargo, un conjunto de referencias concretas, en las que se constitucionalizan determinados servicios públicos.

³⁸ A. M. VAN DEN BOSSCHE y S. COPPIETERS, “Services of General Interest a Challenge for European Economic Integration”, en *Economic Policy in the European Union*, WIM MEEUSEN (ed.) Edward Elgar, 1999, p. 225. En sentido similar el CONSEIL D’ÉTAT considera que, aunque es un precepto ambiguo, tiene un alcance potencial considerable, en cuanto liga los servicios de interés económico general a los valores comunes de la protección de la cohesión social y territorial. “Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence”. *Rapport Public 2002*, en *Études & Documents* 53, p. 338.

³⁹ E. VIRGALA FORURIA, “Servicios públicos y servicios de interés económico general en la UE (art. 86. 2 TCE)”, en *Revista de Estudios Europeos* 27, enero-abril 2001, p. 73.

⁴⁰ MARTÍNEZ LAGE: *El Tratado de Ámsterdam y...*, ob. cit., p. 3.

⁴¹ VIRGALA FORURIA, *Servicios públicos y servicios de...*, ob. cit., p. 73.

⁴² En tal sentido, la COMISIÓN ha afirmado que “los servicios de interés general desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de sociedad. La importancia que revisten estos servicios de cara a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos y la lucha contra la exclusión y el aislamiento sociales es crucial. A la vista de su peso específico en la economía y de su importancia de cara a la producción de otros bienes y servicios, su calidad y eficacia constituyen un factor de competitividad y de cohesión, sobre todo como polo para atraer inversiones hacia las regiones menos favorecidas. La prestación eficaz y no discriminatoria de servicios de interés general es asimismo condición *sine qua non* para garantizar el buen funcionamiento del mercado único y potenciar la integración económica en la Unión Europea. Además, estos servicios constituyen uno de los pilares de la ciudadanía europea, pues forman parte de los derechos que asisten a los ciudadanos europeos y brindan una oportunidad de diálogo con las autoridades públicas en el contexto de la buena gobernanza”. *Libro verde sobre los servicios de interés general* COM/2003/0270 final.

Ahora bien, esas referencias aparecen mayoritariamente recogidas dentro de lo que la Constitución denomina “Principios rectores de la política social y económica”. Para entender esta opción constitucional debe partirse de la distinción, en ocasiones cuestionada en la actualidad⁴³, entre derechos de libertad y derechos de prestación.

Los primeros son un conjunto de garantías que encuentran ya pleno reconocimiento en el Estado liberal de derecho⁴⁴, y con lo que se pretende fijar ámbitos de autonomía, que den lugar a espacios libres de injerencias externas, en los que el individuo puede desarrollar su acción con plena libertad⁴⁵.

Los derechos de prestación, sin embargo, nacen en un momento histórico posterior, con la consolidación del Estado social y, a diferencia de los anteriores, no pretenden crear ámbitos de inmunidad, sino que aspiran a proporcionar a todos los ciudadanos las prestaciones básicas y esenciales⁴⁶.

De aquí se deriva que unos y otros reciban un tratamiento jurídico totalmente divergente. Pues los primeros no implican para los poderes públicos obligaciones positivas, sino meramente negativas. Con la consecuencia evidente de que no generan para el sector público más que una actitud de respeto, pero no costes económicos. Por lo que su reconocimiento viene acompañado usualmente de auténticos derechos subjetivos a los ciudadanos, cuya tutela pueden demandar en vía judicial⁴⁷.

A diferencia de ello, los derechos de prestación crean obligaciones positivas, que se traducen en la necesidad de articular un servicio público a través del cual se les de satisfacción. Lo que implica que para darles cumplimiento no basta con el mero

⁴³ Como señala P. PÉREZ TREMP, “la distinción no implica una disociación total y absoluta entre derechos de libertad y derechos de prestación. Por una parte, aunque en unos y otros derechos prevalezca el elemento de abstención o de acción del poder público, siempre ambos tipos integran también un elemento contrario. Así, por ejemplo, en los derechos de prestación, una vez otorgados, el poder público ha de permitir su libre disfrute; por el contrario, en los derechos de libertad, aunque la abstención sea la actitud fundamental que deba de desarrollar, también se exigen a menudo prestaciones complementarias para hacer posible precisamente su disfrute”. En *Derecho Constitucional I*, Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 131. Véase también al respecto, F. FERNÁNDEZ SEGADÓ, *El sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992. Segunda reimpression de 1997, p. 173. A. EMBID IRUJO, “El contenido del derecho a la educación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 31, octubre-diciembre de 1981, pp. 655-656.

⁴⁴ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho a la Educación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 35.

⁴⁵ J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, 2003, p. 63. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional...*, ob. cit. p. 173.

⁴⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación...*, p. 64. M. SATRUSTEGUI señala que se “trata de derechos que no consisten en la exigencia de un abstencionismo estatal, o en la garantía de un ámbito de autonomía o de dominio individuales, sino que generalmente pueden interpretarse como derechos de prestación, que se traducen en el requerimiento de un dar o un hacer estatal”. En *Derecho Constitucional*, Vol. I, Sexta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 441.

⁴⁷ Como señala FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “el Estado Liberal descansa en una ideología presidida por el racionalismo individualista en la que, a partir de la concepción del hombre como un ser abstracto (esto es, abstraído de la historia y de su ser existencial) del que se predica como dato dogmático y atributo ético una dignidad radical de que se deriva el derecho al libre despliegue de la personalidad, se articula jurídicamente las relaciones sociales del principio de autonomía de la voluntad. Tal principio quiebra, ante la imposibilidad de una relación sinalgámica, en las relaciones del individuo con el poder organizado, considerándose tan sólo, en lo que acaba siendo un formalismo juricista, el poder del Estado como organización jurídico-política”. “En consecuencia, la garantía de la libertad del individuo frente a un centro de poder con el que no caben relaciones de igualdad formal, precisamente por el reconocimiento jurídico de su supremacía, exige la limitación del Estado mediante normas de *ius cogens* que amparan ámbitos de autonomía personal sustraídos a toda ingerencia de los poderes públicos”. “Tal planteamiento conduce, aunque su plasmación real no haya dejado de ser azarosa, a la construcción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos directamente ejercitables frente al Estado y amparados mediante un enérgico sistema de tutela jurisdiccional”. *De la libertad de enseñanza a...*, ob. cit., p. 35.

respeto de éstos, sino que requieren un desembolso de medios económicos. Esto dificulta su consideración como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos, invocables judicialmente. Por lo que, usualmente, aparecen consagrados como meros principios dirigidos a ordenar la acción pública⁴⁸.

Coherente con este planteamiento tradicional, nuestra Norma Fundamental da un tratamiento diferente a los derechos de libertad y a los derechos de prestación. Los primeros los reconoce como auténticos derechos fundamentales, en el Capítulo Segundo del Título Primero. Así, de modo simplemente ejemplificativo, se puede citar el derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE)⁴⁹, derecho de libre elección de residencia y de libre circulación por el territorio nacional (art. 19 CE)⁵⁰ o el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE)⁵¹. Los segundos, aparecen, sin embargo, casi siempre, consagrados como meros principios rectores en el Capítulo III del Título Primero. Así, por ejemplo, la seguridad social (art. 41 CE)⁵² o el derecho a la salud (art. 43 CE)⁵³.

Esa diferente ubicación no es, ni mucho menos, inocua, pues determina un diferente régimen jurídico para unos y otros. Así lo atestigua el art. 53.1 CE, que establece respecto a los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo que *“vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.a”*.

A lo que añade el art. 53.2 CE que cualquier *“ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*.

Mientras que para los principios rectores del Capítulo III, el art. 53.3 CE tan sólo establece que el *“reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”*.

⁴⁸ Véase MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación...*, ob. cit. pp. 64-65. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza a...*, ob. cit. p. 36. PÉREZ TREMP, en *Derecho Constitucional*, p. 131. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional...*, ob. cit. p. 173.

⁴⁹ El art. 16.1 CE *“garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*.

⁵⁰ El art. 19 CE establece que los *“españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”*.

⁵¹ El art. 20.1.a CE reconoce y protege el derecho a *“expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*.

⁵² El art. 41 CE establece que los *“poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

⁵³ El art. 43 CE establece los siguientes: *“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”*.

En consecuencia, los principios rectores del Capítulo III, de los que forman casi siempre parte de los derechos sociales, no otorgan un derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a esos servicios, sino que son meros principios que deben orientar obligatoriamente la acción de los poderes públicos, sin crear situaciones subjetivas directamente invocables ante los tribunales de justicia, más que en los casos y en los términos que fije la legislación ordinaria⁵⁴.

No obstante, estos principios no pierden, por ello, su carácter vinculante. No son meras normas programáticas, sino auténticos mandatos dirigidos a los poderes públicos que obligan a éstos⁵⁵.

Es evidente que asumen un importante papel como criterio hermenéutico, que convierte estos principios en instrumentos hábiles para contribuir a la determinación del contenido de los preceptos legales, ayudando a delimitar el alcance de los deberes prestacionales que de ellos se derivan⁵⁶.

Así lo ha ratificado el propio Tribunal Constitucional, que ha señalado que el art. 53.3 CE impide considerar “a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (STC 19/1982, de 5 de mayo de 1982. FJ. 6).

⁵⁴ En tal sentido, S. MUÑOZ MACHADO, que señala que “la fuerza vinculante de las cláusulas sociales de la Constitución no genera (...) corrientemente, derechos subjetivos que permitan a los ciudadanos exigir del legislador regulaciones determinadas. Esta valoración está absolutamente generalizada entre toda la doctrina. Me parece incuestionable por cuanto se refiere a las leyes que se inspiran en la cláusula del Estado social o desarrollan el contenido de algunos derechos sociales que la Constitución proclama”, en *Servicio público y mercado I*, Civitas, 1997, p. 110. Apunta CAMARA VILLAR que “respecto de las normas que formalmente se expresan en este Capítulo como derechos cabe predicar que no configuran por sí mismas derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales desde el plano constitucional, sino que serán las leyes las que concretarán su alcance y regularán su pormenor y, con ese contenido obligacional, esto es, desde el plano legal y con ese fundamento constitucional, podrán ser exigidos entonces ante la jurisdicción. Su eficacia, en definitiva, no es inmediata y directa, sino que está diferida e intermediada por lo que disponga el legislador respetando la prefiguración realizada por el constituyente. Por tanto, no tienen la estructura normativa de derechos. Son otra cosa: son principios rectores susceptibles de ser concretados por el legislador como derechos conforme a una potencialmente muy plural configuración”. En *Derecho...*, ob. cit., p. 240. Véase también L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, Undécima edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 445.

⁵⁵ Apunta G. CÁMARA VILLAR, respecto a los principios rectores, que “hemos de partir de la consideración de que no es posible poner en duda su valor normativo, pues todas las disposiciones constitucionales lo tienen (art. 9.1), independientemente del alcance específico que haya de darles en función de su respectiva estructura normativa constitucional. Siendo normas directrices, caracterizadas por fijar los objetivos de la organización política establecida por la Constitución, es claro que contienen valores y criterios que son normativizados y que, por ello, son datos del ordenamiento que deben utilizarse para concretarlo, desarrollarlo e interpretarlo. Los principios rectores no pueden ser entendidos, pues, como meras declaraciones, como meros enunciados programáticos o, en definitiva, como una ‘retórica constitucional’”. En *Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 240.

⁵⁶ Señala GÓMEZ PUENTE que los “principios rectores cumplen (...) una función de programación o dirección de los contenidos de la acción legislativa, pero a la vez constituyen un parámetro para el enjuiciamiento de la validez o constitucionalidad de las leyes y también, lógicamente, para la interpretación de su sentido. Y en este último aspecto es donde el valor normativo de los principios rectores adquiere interés en la reducción o control de la inactividad prestacional en cuanto puedan contribuir a aclarar el sentido de los mandatos legislativos, marcar los límites a la discrecionalidad administrativa o perfilar el alcance de los deberes de prestación impuestos a la Administración”. *La inactividad...*, ob. cit., p. 722. También en tal sentido, MUÑOZ MACHADO, que destaca que es “poco discutible hoy que la cláusula del Estado social y los derechos sociales que la Constitución proclama sirven para algo más que para inspirar al legislador. Por lo pronto, respecto de la legislación ya existente, la consagración del Estado social obliga a establecer interpretaciones favorables al orden de ideas que implica. Y, respecto de la legislación nueva, estos principios justifican la existencia de regulaciones inspiradas en la idea de proteger y desarrollar los derechos sociales. Son un complejo de ideas que también operan como límite a la facultad dispositiva del legislador”. *Servicio...*, ob. cit. I, pp. 110-111.

Igualmente claro es que gozan de fuerza suficiente para determinar la inconstitucionalidad de las leyes contrarios a los mismos⁵⁷.

Menos uniformidad existe a la hora de decidir si son base suficiente para lograr reaccionar frente a una posible inacción del poder legislativo, que impida la vigencia efectiva de los derechos en ellos consagrados.

Para una parte de la doctrina, obligan al legislador a convertir esos principios en auténticos derechos subjetivos exigibles por los ciudadanos. Deber que no se cumple con la simple habilitación a la Administración para crear el servicio, sino tan sólo con el establecimiento de unos estándares concretos de prestación, que aseguren el derecho del ciudadano a disfrutar de ese servicio con unos niveles mínimos de calidad y cantidad. La omisión de dicha obligación debe ser considerada, siempre según este sector de la doctrina, susceptible de impugnación ante el Tribunal Constitucional⁵⁸.

Otros, sin embargo, niegan que puedan ser fundamento suficiente para enfrentarse al abstencionismo legislativo, pues el Tribunal Constitucional carece de mecanismos que le permitan afrontar dichas omisiones. Insuficiencia que se agrava

⁵⁷ En tal sentido, I. MOLAS, que señala que estas “normas principales forman parte del parámetro de constitucionalidad del Tribunal Constitucional: una ley contraria a estos principios es una ley inconstitucional, y por tanto no válida”. *Derecho Constitucional*, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 342.

⁵⁸ Apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que esta “prohibición de invocación directa ante los Jueces y Tribunales ordinarios de los derechos económicos y sociales no quiere decir, sin embargo, que los preceptos constitucionales que los consagran carezcan de todo valor. Como el Tribunal Constitucional se apresuró a advertir en la primera ocasión (...), no hay en la Constitución normas meramente programáticas. Todos los preceptos constitucionales, por el contrario, encierran un mandato que vincula en sus propios términos a los poderes públicos (art. 9.1). Lo único que varía son los términos concretos de esa vinculación.

Una cosa es, por lo tanto, que la Constitución no configure directamente estos derechos como derechos subjetivos en sentido propio, directamente operativos y exigibles jurídicamente (no podría hacerlo aunque quisiera, dada su forzosa generalidad —derecho a la salud, derecho a una vivienda digna y adecuada, derecho al medio ambiente, etc.)— y la economía de expresión que es propia del lenguaje constitucional) y otra muy distinta que su proclama por la Norma Fundamental carezca de toda consecuencia.

El propio art. 53.3 de la Constitución es explícito al respecto cuando establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III *informarán la legislación positiva*”. Se formula así un mandato explícito que opera *prima facie* sobre el legislador, a quien la Constitución obliga, desde luego, a *convertir* el deber genérico en obligación exigible y la mera expectativa de derecho en derecho subjetivo en sentido estricto, a través de un adecuado desarrollo de dichos principios. Si la Ley, al llevar a cabo el desarrollo al que la Constitución le obliga, no realiza esa labor de *conversión* que la propia Constitución también reclama o la realiza de forma que el derecho no termina de alcanzar la operatividad individual y social que le es propia, incurrirá, sin duda, en un vicio de inconstitucionalidad por omisión susceptible de ser denunciado ante (y depurado por) la *jurisdicción constitucional*, a la que no alcanza, como antes vimos, la limitación que enuncia el artículo 53.3, referida únicamente a la jurisdicción ordinaria.

Todo ello significa que la Constitución exige un nuevo modo de legislar diferente al que hasta ahora ha venido siendo habitual. Ya no basta, por lo tanto, que las Leyes se limiten, como tradicionalmente lo han venido haciendo, en punto al establecimiento de los diferentes servicios públicos, a habilitar o autorizar a la Administración para crearlos, sin obligarla a hacerlo casi nunca. Por el contrario, 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, porque la Constitución reclama imperativamente —y no sólo recomienda: art. 9.2— del legislador el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos económicos y sociales que proclama, un desarrollo completo de los mismos capaz de permitir su concreta exigencia por los ciudadanos ante la jurisdicción ordinaria.

Hasta donde debe llegar ese nivel mínimo de prestación legalmente reconocido y garantizado es algo que, naturalmente, la Constitución no dice, ni puede decir. Eso depende, de un lado, del grado de sensibilidad colectiva y, por lo tanto, de la dinámica política y electoral y, de otro, de las concretas, cambiantes y, por supuesto, siempre limitadas disponibilidades financieras del Estado, que a los gobernantes toca valorar en cada momento. Lo que sí es fijo e indisponible para los gobernantes y, de modo especial, para el legislador es la necesidad de establecer un nivel concreto que garantice la existencia del derecho como tal y su operatividad. No fijar ninguno, limitándose como suele ocurrir a habilitar a la Administración para decidir discrecional y libremente si establece el servicio o no lo establece, cuándo y con qué contenido, equivale a incurrir, potencialmente al menos, ya lo hemos dicho, en inconstitucionalidad”. *Curso de...*, ob. cit. II, pp. 80-81.

en este terreno, dada la indeterminación de su contenido⁵⁹. A lo que añaden otros que se trata de derechos que obligan para su satisfacción al desembolso de medios económicos de disponibilidad limitada, por lo que su instauración queda subordinada a una decisión política⁶⁰.

En cualquier caso, aunque haya quien piensa lo contrario⁶¹, sin ser meras declaraciones programáticas, los principios rectores carecen de eficacia jurídica suficiente para dotar a los ciudadanos de un auténtico derecho subjetivo a exigir la creación del servicio ante los tribunales de justicia.

⁵⁹ En tal sentido SATRÚSTEGUI, que señala que “la eficacia normativa de estos principios muestra su mayor debilidad en los supuestos de abstención legislativa, que tienen consecuencias particularmente graves, porque a diferencia de los derechos fundamentales, los derechos sociales del Capítulo III no son inmediatamente aplicables. Contienen sólo expectativas de derechos que requieren la interposición del legislador para llegar a ser derechos o intereses tutelables (...). Sin embargo, esa omisión legislativa no es remediable por el Tribunal Constitucional. Si su intervención para suplir una “inconstitucionalidad por omisión” es siempre problemática, lo será con mayor razón en este terreno, en el que el contenido de la Constitución es más indeterminado”. *Derecho...*, ob. cit., p. 448. De forma más matizada CAMARA VILLAR, que señala que “el Tribunal no dispone en nuestro ordenamiento de medios, esto es, no está legitimado, para exigir la acción del legislador; dicho de otra manera más directa y obvia, no puede decidir la promulgación de una ley en desarrollo de algún principio rector cuando ésta no exista (omisión absoluta). No obstante, al controlar la constitucionalidad de las disposiciones con rango de ley en los supuestos constitucionalmente previstos podría afirmarse en principio la posibilidad de control del Tribunal como consecuencia de una “omisión relativa”, esto es, por los vacíos dejados por el legislador en la regulación concreta efectuada, pero de nuevo tropezamos aquí con el problema de cuál sería el parámetro del control ante tal incompletud, habida cuenta no ya sólo de la intrínseca “vaguedad” o indeterminación de los principios rectores, sino, sobre todo, de la inexistencia de un contenido esencial al que quede sujeto el legislador en estos casos”. *Derecho...*, ob. cit., p. 240.

⁶⁰ En tal sentido MOLAS, apunta que el “sistema democrático se basa en el autogobierno libre de los ciudadanos en el marco de la Constitución, y por ello, no puede actuarse válidamente en su contra; pero, como la conversión de estos principios en derechos subjetivos exige la aplicación de recursos económicos, que por definición son escasos, su plasmación queda subordinada a la decisión de la voluntad mayoritaria acerca de las prioridades de actuación de los Poderes Públicos y del empleo de los recursos disponibles. La ponderación entre necesidades y actuaciones se concreta en los programas políticos que concurren en las elecciones, mediante las cuales, el ciudadano se define acerca de la oportunidad de las propuestas y la conversión de los principios constitucionales en derechos subjetivos garantizados”. *Derecho...*, ob. cit., p. 342.

⁶¹ SERRANO TRIANA, que considera que el “usuario potencial es aquél al que la regla social le reconoce una energía suficiente para conseguir la implantación de un servicio público. El fundamento de esta regla puede operar en distintos fundamentos, económicos, religiosos, morales, patrimoniales, psicológicos, y cualesquiera otros de raíz humana. Lo cierto es que en tal momento se genera de forma espontánea, o por imitación de lo que otros grupos sociales han podido concernir con la misma convicción. Es, como siempre, la interiorización de la *necesidad* como pauta de conducta social. (...) Ahora bien, para que esa regla social pueda vivirse jurídicamente en el ordenamiento, necesita como mínimo de una referencia escrita, en ley positiva, que sirva de sustentación indirecta. Si de lo que se trata es de imponer a los poderes públicos la expectación de la condición de usuario, debe existir un mecanismo que obvie el obstáculo de los poderes públicos a la legalidad escrita. Aunque la legalidad escrita sea simplemente la forma que admite contenidos inexpresos (como el caso de los principios generales del Derecho). Esta forma se cumple con la Constitución como norma jurídica, que en muchos casos actúa como norma lo suficientemente precisa en contenidos de actuación, como para erigirse en condición bastante en el reconocimiento de la condición de usuarios de un cierto servicio. Así cuando expresa “todos” tienen derecho a la Salud. Después el legislador ordinario es perfectamente consecuente cuando reconoce tal condición, *actual*, a los usuarios potenciales. En otros casos la condición constitucional es simplemente necesaria, pero no suficiente, ya que deja efectivamente margen de libertad a los poderes públicos, entre ellos al Legislativo, para reconocer la condición de usuario potencial, en razón de lo que una ley posterior determine, precisamente porque no es obligada la declaración de servicio público (“podrán reservar”, dice el art. 128 CE). Ahora bien, existe una infinidad de supuestos donde no hay referencia expresa pero la constitución de un servicio es obligada”.

Más adelante resalta la “falta de libertad administrativa en muchos supuestos, y aun legislativa, en orden a la negativa de implantación de los servicios públicos; sustancialmente por afectar a derechos y bienes constitucionalmente reconocidos. En esa medida los ciudadanos, como individuos o como grupos sociales, son potencialmente usuarios de los servicios a implantar por ministerio de la ley constitucional. La jurisprudencia constitucional ha establecido estrechamente esa conexión entre las declaraciones serviciales, y la realidad de los derechos materiales involucrados en ellas. La posición de usuario no es la posición de exigencia a una declaración abstracta con base constitucional, sino a una declaración de efectiva implantación de una decisión que ha de afectar a derechos o bienes reconocidos en la norma fundamental, y sobre los que el legislativo aún no se ha pronunciado”. *Fundamentos del...*, ob. cit., pp. 110-111.

La única excepción a esta regla es el derecho a la educación, consagrado en el art. 27 CE, que establece que todos “tienen el derecho a la educación” (art. 27.1 CE). A lo que añade en el art. 27.4 CE que la “enseñanza básica es obligatoria y gratuita”.

Esto supone la consagración de un derecho de prestación a la educación como un auténtico derecho subjetivo exigible ante los tribunales de justicia⁶². Tal y como afirma la doctrina⁶³, y ratifica el propio Tribunal Constitucional, que ha puesto de manifiesto que el “derecho de todos a la educación (...) incorpora (...) junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho”(STC 86/1985, de 10 de julio de 1985. FJ. 3).

Esta solución constitucional ha sido lamentada por algunos, que ven en ella un simple “lapsus” del constituyente al que se debe privar de toda relevancia práctica⁶⁴; o un simple error jurídico⁶⁵. Otros, sin embargo, la alaban, por considerar que responde al sentido de los nuevos tiempos⁶⁶.

⁶² Véase al respecto M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y M. A. SENDÍN GARCÍA, *Derecho y Educación: Régimen Jurídico de la educación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, pp. 43 y ss.

⁶³ Apunta MARTÍNEZ DE PISÓN que “el derecho a la educación es un derecho social, esto es, un derecho prestacional por el que los poderes públicos quedan obligados a crear, ordenar, controlar y financiar un sistema público educativo. Genera, pues, la facultad de reclamar a los poderes públicos una determinada actuación y en éstos el deber positivo de actuar de manera que el titular pueda recibir la educación deseada”. *El derecho a la educación...*, ob. cit. p. 128. En el mismo sentido, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ pone de manifiesto que el “derecho a la educación no es una mera libertad “negativa”, sino que constituye (...) una libertad “positiva”, que, (...) se descompone en una serie de derechos frente a los particulares y frente a los Poderes públicos, obligados a ciertas prestaciones de dar o hacer”. “La educación en la Constitución española”, en *Persona y Derecho* 6, p. 235.

⁶⁴ J. PRIETO DE PEDRO, “Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución Española II*. T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ (coord.), UNED, Madrid, 1978, p. 518.

⁶⁵ J. A. SÓUTO PAZ, “El derecho a la educación”, en *Boletín de la Facultad de Derecho* 1, 1992, p. 35. Señala O. ALZAGA VILLAMIL que “el derecho a la educación no es (...) ninguna libertad pública y se debió haber consagrado en la Sección segunda, incluso, en el Capítulo tercero”. *La Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 255-256.

⁶⁶ Apuntan DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN; SENDÍN GARCÍA que “en el momento en que nos encontramos, ya bien entrado el siglo XXI, no puede dudarse de la responsabilidad de los poderes públicos de instaurar y mantener un sistema educativo, que suministre de forma adecuada el servicio público de la enseñanza a toda la población”. *Derecho y...*, ob. cit. p. 44. En sentido similar, A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR y A. SÁNCHEZ NAVARRO consideran que en “última instancia, lo que aquí se suscita no es un problema de técnica jurídica, sino de prudencia política: la configuración del derecho a la educación como Derecho Público subjetivo supone un piadoso deseo, por falta de condiciones estructurales, llamado a fracasar en su pretensión de exigibilidad inmediata y directa, con el consiguiente descrédito constitucional?; ¿o, por el contrario, la organización y los recursos existentes permiten su satisfacción con la única condición de la voluntad política?”. “Partiendo de este planteamiento, entendemos que, dados los medios materiales y humanos existentes y las garantías de financiación de un servicio estable, no ha habido imprudencia en la voluntad del legislador constituyente de dotar de la máxima garantía a tan trascendental derecho”. “Comentario al art. 27 CE”, en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo III*, EDESA, 1996. p. 169. A. ROMEA SEBASTIÁN considera que el “derecho a la educación, como derecho social de prestación exigible frente a los poderes públicos (...) constituye uno de los derechos elementales que un Estado como España en el momento histórico de la elaboración de la Constitución, 1978, estaba en condiciones de satisfacer y debía garantizar”. *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi, Navarra, 2003. p. 50. R. NOGUEIRA señala que “a pesar de esa atípica clasificación conjunta de derechos individuales junto a los denominados derechos sociales en una misma sección del texto constitucional, creemos que se puede encontrar alguna razón para averiguar por qué el derecho a la educación ha sido instalado en la parte constitucional que goza de mayor protección y mayores garantías jurídicas. La razón creemos encontrarla en la definición y el papel que corresponde al Estado de la Cultura en la organización del sistema educativo español. La tradicional pugna histórica entre el papel subsidiario del Estado dentro de la enseñanza frente al carácter primario de la iniciativa privada, se ha visto superado por la configuración y la importancia que el constituyente de 1978 ha concedido al Estado de nuestros días. Ya no tiene sentido, pues, seguir potenciando desde una perspectiva jurídico constitucional, la posición subsidiaria del Estado, puesto que le son reconocidos amplias iniciativas en materia económica y educativa”. Llegando finalmente a la conclusión de que “quizás en un Estado Social de Derecho, en cuyo ordenamiento jurídico se han introducido técnicas de protección tales como las garantías institucionales, se pueda ampliar el alcance del derecho a la educación como derecho fundamental”. *Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1988, pp. 96-102. EMBID IRUJO considera que “no parece hoy posible una mera crítica a la colocación constitucional del derecho a la educación basándose en su carácter pretendidamente social. La dualidad entre libertades públicas y derechos sociales y económicos se encuentra hoy sometida a revisión, pues se tiende a considerar un aspecto social en todos los derechos, con lo que se unificarían las categorías”. *El contenido del...*, ob. cit. p. 655.

En cualquier caso, aunque haya quien mantiene postura contraria⁶⁷, resulta evidente que supone el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo a la educación, que incluye la facultad de exigir la creación del servicio⁶⁸. Cuya extensión concreta, eso sí, corresponderá concretar al legislador ordinario, siempre dentro del marco que fija la propia Constitución.

Poco varía la cuestión cuando descendemos al ámbito legal. Hay quien mantiene opinión contraria, entendiendo que de las estipulaciones legales surgen auténticas facultades subjetivas del ciudadano a exigir la instauración del servicio⁶⁹. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica lo más frecuente ha sido que la ley se limite a contener una vaga referencia en la que se habilita a la Administración para crear al servicio, insuficiente para dar nacimiento a un derecho subjetivo del administrado a recibir la prestación de que se trate.

Sin embargo, encontramos dos claras excepciones a esta tendencia. Por un lado, el supuesto con más tradición al respecto es el de los servicios públicos locales, que aparecen regulados en la legislación local como auténticas obligaciones perfectas de los poderes públicos, que generan un correlativo derecho de los ciudadanos a su recepción⁷⁰.

Aunque hay una parte de la doctrina contraria a esta tesis⁷¹. En nuestra opinión, pocas dudas deja al respecto el art. 18.1.g LBRL, que establece que constituye un derecho de los vecinos, exigir “la prestación y, en su caso, el establecimiento del

⁶⁷ PRIETO DE PEDRO, *Consideraciones sobre la...*, ob. cit., pp. 518-519.

⁶⁸ J. E. CRUZ MIÑAMBRES, *El derecho fundamental a la educación*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1988, pp. 229-230. Apunta al respecto A. SÁNCHEZ DE VEGA que la “efectividad de este derecho requiere, por tanto, la intervención decidida del Estado, la acción prestacional, que se manifiesta principalmente en la creación, organización y sostenimiento de un servicio público: el educativo”. “La prestación de la educación”, en *Revista Jurídica de Castilla y León nº extraordinario* (enero de 2004), p. 233.

⁶⁹ En tal sentido SERRANO TRIANA, que señala que “las leyes que necesitan medios de cumplimiento, no pueden poner en entredicho el carácter imperativo que las preside en orden al reconocimiento de la posición jurídica de usuario. Ya hemos mantenido que no existe libertad de comportamiento administrativo cuando la ley es taxativa sobre la voluntad de implantación. Y aunque la jurisprudencia ordinaria siga reconociendo sin grandes matizaciones el principio de discrecionalidad administrativa con base a normas preconstitucionales, entre ellas el RSCL, debería imprimirse un giro radical a la formulación dogmática de este principio, que no por ser clara está cerca de ser ajustada a las nuevas exigencias constitucionales”. *Fundamentos de...*, ob. cit., pp. 143-144.

⁷⁰ En dicho sentido SERRANO TRIANA, que señala que “la posibilidad de exigir la prestación de servicios locales viene enmarcada por el artículo 18 de la LBRL, en cuanto que reconoce la cualidad vecinal a ciertos administrados. En él, muy específicamente, se expresa como derecho del vecino exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio. La vinculación con la idea de competencia y el término “obligatorio”, apuntan a un sentido que es parejo con lo dicho antes: la posición de usuario potencial viene garantizada, en tanto que Derecho Público subjetivo, a pedir la instauración de un servicio municipal”. *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 149. La misma opinión F. SOSA WAGNER, que señala que, la pregunta de si hay un derecho de los ciudadanos a exigir la implantación del servicio, “debe ser contestada hoy afirmativamente, al menos en lo que se refiere a los servicios mínimos (enumerados en el art. 26 LB) por cuanto es un derecho de los vecinos (y no de los usuarios que, en rigor, no existen al no haberse establecido el servicio) “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio” (art. 18.1.g LB), precepto éste que contiene una auténtica acción pública restringida a los vecinos para pedir el establecimiento *uti singuli* de los servicios públicos mínimos u obligatorios”. *La gestión de los servicios públicos locales*, Sexta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. p. 234. Véase también, COSCUELLA MONTANER: *Manual de...*, ob. cit., p. 451.

⁷¹ En tal sentido GARRIDO FALLA, que señala que, no “obstante una cierta propensión doctrinal a entender que el servicio *obligatorio* se corresponde con un derecho del particular a exigir su establecimiento, son obvias las dificultades prácticas que se oponen a esta solución. En la mayoría de los casos estas “obligaciones legales” no se configuran tanto como una auténtica obligación jurídica, cuanto como un *desideratum* del legislador que a lo sumo pueden justificar una fiscalización política o interna de tipo jerárquico o de los órganos de tutela. Parece muy poco probable, en efecto, que a la vista de las “obligaciones mínimas” que la legislación local impone a nuestras Corporaciones locales pudiese prosperar un recurso contencioso-administrativo que obligase al establecimiento de algunas de ellas, siendo así que pueden faltar los indispensables medios económicos para su financiación”. *Tratado de...*, II, ob. cit. pp. 438-439.

correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”. Lo que supone el reconocimiento del derecho a exigir la implantación de los servicios previstos en el art. 26.1 LBRL⁷².

Ahora bien, esta obligación no es absoluta, como exige la lógica, dada la variedad de posiciones en la que se encuentran los municipios, que determina la necesidad de ofrecer la posibilidad de dispensa de esta obligación a aquéllos que carecen de las condiciones precisas para dar cumplimiento a dicho mandato.

Así se establece claramente en el art. 26.2 LBRL, que establece que los “Municipios podrán solicitar de la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan según lo dispuesto en el número anterior cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento”.

Ahora bien, la concesión de esta dispensa no supone la no prestación del servicio, evidentemente. Habilitando para tales casos el ordenamiento jurídico fórmulas de cooperación administrativo que permitan una adecuada provisión de éste.

Dos son las vías fundamentales a través de las cuales se puede dar cobertura a este tipo de situaciones. Por un lado, la asociación de municipios a la que hace referencia el art. 26.1 LBRL, que al fijar la obligación de prestar los servicios mínimos en el contenido, establece la posibilidad de que se preste por los “Municipios por sí o asociados”.

De otra, cabe recurrir a la asistencia de las Diputaciones provinciales, a la que hace mención expresa el art. 26.3 LBRL, señalando que la “asistencia de las Diputaciones a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios públicos mínimos”.

El otro ámbito donde la legislación ha cumplido perfectamente con su tarea de precisar las obligaciones prestacionales de la Administración, engendrando los paralelos derechos subjetivos de los ciudadanos, son los nuevos servicios liberalizados, donde la ley establece con claridad los límites que identifican el denominado servicio universal, como una prestación que obligatoriamente debe ser suministrada a los ciudadanos en unas condiciones de calidad adecuadas. Así, puede citarse como ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, el art. 22.1 LGTE⁷³.

⁷² Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL).

Este precepto establece que los “Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a. En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b. En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes-equivalentes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c. En los municipios con población superior a 20.000 habitantes-equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d. En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes-equivalentes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”.

⁷³ Este precepto establece que se “entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.

Bajo el mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno:

a. Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. →

Los administrados cuentan en este caso con un auténtico derecho subjetivo a instar la organización del correspondiente servicio.

Nótese que la existencia de un derecho subjetivo a la prestación del servicio otorga a los ciudadanos vías de tutela efectiva para exigir su satisfacción. Así, sin perjuicio de los mecanismos específicos que asistan al administrado en algunos casos, como el que hemos visto que otorga la legislación local, los administrados pueden hacer uso de la acción contra inactividad de la Administración, que recoge el art. 29 *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (en adelante LJ), que establece que cuando “la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

En tal caso, “*el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas*” (art. 32.1 LJ).

El demandante podrá, además, instar la adopción de medidas cautelares positivos en virtud de lo dispuesto en el art. 129 LJ. Pudiéndose negar ésta sólo de forma excepcional, pues el art. 136.1 LJ establece que, en “*los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada*”.

Lo que implica que no basta para que se deniegue dicha medida cautelar con la existencia de *fumus boni iuris* en contrario, sino que es preciso, evidencia manifiesta de que el supuesto no se da⁷⁴.

⁷³ b. *Que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados, ya sea impresa o electrónica, o ambas, y se actualice, como mínimo, una vez al año. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en la mencionada guía general, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.*

c. *Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles.*

d. *Que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal citados en este artículo en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.*

e. *Que, cuando así se establezca reglamentariamente, se ofrezcan a los consumidores que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar, en particular, que las personas con necesidades sociales especiales puedan tener acceso al servicio telefónico disponible al público o hacer uso de éste.*

f. *Que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias”.*

⁷⁴ Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que “para denegar la medida cautelar se exige algo más que el *fumus boni iuris* contrario; se exige la “evidencia” manifiesta, pues, y no meramente aparente, de que no existe la situación jurídica para la que el recurrente pretende la tutela. Es el supuesto más enérgico de medidas cautelares en favor del recurrente previsto en la LJ”. *Curso de...*, II, ob. cit., p. 77.

La tutela del derecho del ciudadano a la recepción del servicio se complica notablemente cuando salimos de estos sectores, pues en la práctica jurídica se entiende que la adopción por parte de la ley de una decisión de principio no tiene otro valor que el de una simple habilitación, y no un verdadero mandato de creación del servicio. De tal forma que sólo se podrá buscar esa tutela a través del ejercicio de derechos políticos (manifestaciones, denuncias públicas, etc.) o a través del derecho de petición, regulado en el art. 29 CE⁷⁵ y en *Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición*.

El mismo problema se plantea cuando se trata de integrar en un servicio determinadas prestaciones o una mayor extensión de las mismas o determinadas características en su prestación (particularmente una mayor calidad), ya que, faltando una regulación expresa al respecto, no cabe delimitar el contenido de la prestación debida, cuya decisión pertenece a la discrecionalidad de la Administración.

Una parte de la doctrina ha considerado que existe un nivel mínimo de protección, que se puede inferir mediante la actuación conjunta de una serie de indicios, que nos pueden ofrecer un esbozo mínimo de la prestación debida, que habilita la reclamación del particular. De tal forma que quedaría proscrita toda inactividad de la Administración carente de justificación objetiva. Argumentándose que dicha operación no es más que una técnica de reducción de la discrecionalidad técnica, que se pauta a la tradicional desviación de poder⁷⁶.

⁷⁵ El art. 29 CE establece que:
 “1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”.

⁷⁶ Señala GÓMEZ PUENTE que “el verdadero problema para la reducción de la inactividad prestacional lo constituye el concretar física o materialmente la prestación debida por la Administración como consecuencia del servicio. Ello no suele ser difícil cuando el servicio ya está establecido y cuenta con una reglamentación precisa y detallada de las prestaciones que lo integran. Pero cuando esa regulación es insuficiente, ambigua, o confiere a la Administración amplios márgenes de discrecionalidad técnica, cuando el servicio establecido no alcanza los objetivos señalados por la ley, o cuando de lo que se trata, precisamente, es de exigir el establecimiento mismo de un servicio debido pero inexistente, el control judicial de la inactividad administrativa, supuesto que puedan salvarse los escollos procesales ya advertidos, exige una actividad interpretativa o integradora del ordenamiento que encuentra sus límites en la discrecionalidad administrativa técnica que frecuentemente acompaña la organización y desarrollo del servicio.

Puede haber, ciertamente, un derecho al alumbrado público, pero ¿con qué extensión geográfica y potencia lumínica? O un derecho a la recogida de residuos, pero ¿con qué frecuencia? Son estos extremos que la legislación no siempre recoge ni está a su alcance preveer y para cuya determinación está, precisamente, la Administración Pública. Hay aquí, obviamente, un margen de libertad administrativa, de discrecionalidad política y técnica, que, sin duda, debe ser reconocido a la Administración toda vez que el legislador, por incapacidad o por deseo expreso, renuncia a detallar el alcance de las prestaciones. Mas por discrecional que sea la decisión no debe descartarse *a priori* la posibilidad de un control judicial, toda vez que el apoderamiento administrativo, la capacidad o autonomía organizativa de la Administración, tiene que ir dirigida al establecimiento del servicio y, con él, a la satisfacción de unos objetivos legales que habrá de alcanzarse con la prestación mínima indispensable (por encima de la cual, ciertamente, la Administración es muy libre de desarrollar el servicio).

Lo que quiere decirse es que, por extensa que sea la autonomía técnica u organizativa de la Administración, tiene que haber un punto o término para la reducción o control de la discrecionalidad cuando ésta se traduce en un incumplimiento, por omisión, de un deber legal. (...) Así pues, ha de existir un límite abstracto superado el cual la falta u omisión de servicio representa una violación del deber legal de prestación y constituye un supuesto de inactividad administrativa.

La dificultad, claro está, reside en precisar qué punto sea ese. Para ello no va a ser posible señalar reglas generales, pues son varios los factores a ponderar, como en toda operación de control de discrecionalidad. Los términos del mandato legislativo, la razonabilidad de la inercia administrativa ante la entidad de las necesidades e intereses relacionados con el servicio y los medios disponibles, la proporcionalidad de las medidas dispuestas en función de las necesidades, el principio de igualdad, la objetividad, las condiciones técnicas de la actividad, la diligencia profesional que exijan las *regulae artis* propias del servicio, etc., son algunas de las variables que pueden manejarse para controlar, en ausencia de otros parámetros normativos, la legalidad de la pasividad administrativa a efecto de establecer el servicio o fijar el alcance y la extensión de sus prestaciones. →

Pero lo cierto es que, en dichas circunstancias, las reclamaciones de los usuarios al respecto van a encontrar pocas vías jurídicas de defensa, en cuanto son cuestiones abandonadas predominantemente a la discrecionalidad de la Administración.

V.2. Derecho de acceso a servicios en funcionamiento

A diferencia de lo que ocurría con los servicios no creados, el ciudadano cuenta con un derecho totalmente garantizado y tutelado a acceder a los servicios públicos ya existentes.

En tal sentido se pronuncia claramente el Derecho positivo. Así, a nivel europeo, el art. 36 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁷⁷. En el ámbito interno se puede citar el art. 18.1.c LBRL⁷⁸ o el art 32 RSCL⁷⁹.

Ahora bien, desde una perspectiva general no se pueden realizar grandes precisiones del contenido de ese derecho, pues se ostenta según lo que establezca la normativa reguladora del servicio. Si bien, obviamente, siempre que esa normativa reguladora sea compatible con lo dispuesto por la Constitución y la leyes. En caso de que en dicha reglamentación se estableciesen restricciones o limitaciones indebidas a ese marco constitucional y/o legal, el ciudadano podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la reglamentación del servicio.

La transformación de ese derecho genérico a recibir el servicio en la adquisición efectiva de la condición de usuario presenta grandes diferencias en unos servicios respecto a otros, oscilando desde la recepción obligatoria del servicio en muchos casos, a la limitación del disfrute del mismo a un conjunto muy limitado de usuarios.

⁷⁶ Lo que significa que, si bien la actividad prestacional es libre y no requiere, por ello, justificación alguna —siempre que se mantenga dentro de la legalidad—, la pasividad administrativa ha de contar con una justificación objetiva y atendible, pues en ausencia de razones (técnicas o económicas, por ejemplo) que impidan el establecimiento o la prestación del servicio se perdería el respaldo legal con que cuenta la discrecionalidad. Esto es, hallándose en juego la prestación de un servicio, por más que no se hallen legalmente predeterminadas sus prestaciones, la Administración no puede ampararse en su discrecionalidad organizativa o técnica para negar, sin otra justificación, una prestación que se pretende consecuencia de aquél. De modo que habrá de motivar su denegación para que pueda evaluarse si la omisión cuenta con una justificación objetiva, o si resulta una decisión amparada en la discrecionalidad legalmente reconocida.

(...) A este tipo de control objetivo o técnico, de proporcionalidad si se quiere, a través del cual puede perfilarse el contenido o extensión de la actividad prestacional de la Administración es al que me estoy refiriendo. Control, como digo, que sí está en manos del juzgador cuando trata de reducir la inactividad de la Administración.

Como puede adivinarse, nos encontramos próximos a otra de las técnicas empleadas tradicionalmente en la reducción o control de la discrecionalidad administrativa, cual es la desviación de poder. Este es un vicio en el que pueden incidir la Administración que omita alguna actuación acogiéndose al carácter discrecional de la decisión sobre la oportunidad de su intervención. Constituyendo el establecimiento de un servicio el fin mismo de la habilitación discrecional en cuanto a la oportunidad o contenido del mismo, la omisión puede representar un empleo abusivo o arbitrario de la discrecionalidad si carece de justificación suficiente. Si no responde al fin perseguido legalmente, que es la adecuada implantación del servicio, la omisión construirá una desviación de poder". *La inactividad...*, ob. cit., pp. 730-732.

⁷⁷ Este precepto establece que la "Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión".

⁷⁸ Este precepto establece que son "derechos y deberes de los vecinos: (...) c) Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales".

⁷⁹ Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL).

Este precepto establece que la "prestación de los servicios se atemperará a las normas que rijan cada uno de ellos".

Así, la normativa local reconoce la posibilidad de que se pueda declarar un servicio público como servicio de recepción obligatoria (art. 34 RSCL⁸⁰). Pudiéndose encontrar una multiplicidad de servicios en los que la recepción del servicio tiene tal carácter. Así, la seguridad social (art. 15.1 TRSS⁸¹) o la enseñanza básica (art. 27.4 CE⁸²).

En caso de que se produzca una negativa al acceso al servicio, se puede reaccionar contra ella por constituir inactividad material de la Administración, en los términos previstos en el art. 29 LJ, que en su momento examinamos.

Cuando el acto procede del concesionario o ente gestor del servicio, cabe plantear recurso contra la Administración concedente, cuya resolución será, a su vez, recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 126.3 RSCL⁸³).

En aquellos servicios en los que la relación jurídica se instrumenta mediante un contrato privado, se podrá interponer, además, la correspondiente acción civil deducible ante los tribunales ordinarios.

No menos variabilidad existe respecto al contenido concreto de este derecho de acceso al servicio. En realidad, los usuarios no son titulares de un conjunto de facultades concretas, pues, evidentemente, variarán éstas notablemente según el servicio de que se trate. No obstante, el régimen del usuario encuentra unidad en una serie de principios que, como vamos a ver en el apartado siguiente, rigen el funcionamiento de todos los servicios públicos.

V.3. Principios que rigen el funcionamiento del servicio

Tradicionalmente se ha considerado que las actividades que constituyen servicio público deben desarrollarse conforme a unos principios determinados, son los denominados principios del servicio público.

La aplicación de estas reglas se extiende también a los servicios de interés económico general, como ha confirmado el propio CONSEJO, que ha expresado su preocupación por que los servicios de interés económico general funcionen conforme a los mismos, mencionando expresamente los de igualdad de trato, calidad y continuidad de los servicios⁸⁴. Esto supone que estas reglas son igualmente aplicable a los servicios liberalizados⁸⁵. De tal modo que, las reglas que vamos a analizar constituyen un conjunto de principios comunes a todos los servicios públicos o servicios

⁸⁰ Este precepto establece que la “recepción y uso de los servicios por parte de los administrados podrán declararse obligatorios por disposición reglamentaria o acuerdo, cuando fuere necesario para garantizar la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas”.

⁸¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRSS).

Dicho precepto establece que la “cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales”.

⁸² Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Este precepto establece que la “enseñanza básica es obligatoria”.

⁸³ Este precepto establece que los “actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley”.

⁸⁴ Declaración sobre los servicios de interés económico general, anexo II a las conclusiones sobre el Tratado de Amsterdam.

⁸⁵ C. CHINCHICA MARÍN, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999. p. 265.

de interés general, con independencia de la existencia de otros principios que puedan ser aplicables a cada concreto servicio⁸⁶.

En el marco actual, junto a los tres principios tradicionales (continuidad, igualdad y mutabilidad) se postulan también otros de nuevo cuño. Reivindicándose también ahora principios como el de calidad, participación, universalidad, transparencia o neutralidad. E incluso se ha hablado de un principio de *ciudadanía*, que subyace el papel central de los servicios públicos en la cohesión, solidaridad y emergencia de una Europa de los ciudadanos⁸⁷.

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que estas reglas básicas no dejan de ser simples principios rectores, cuyas exigencias deben entenderse en el marco de la concreta regulación positiva de cada país, que será quién determine la forma en que se dará satisfacción a sus exigencias⁸⁸.

Vamos a examinar brevemente los principios que tienen relevancia en la determinación del régimen jurídico del usuario.

V.3.1. Principio de continuidad

El *principio de continuidad* supone la necesidad de funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos, de acuerdo con las normas que rigen su funcionamiento⁸⁹.

Esta obligación deriva tanto de la especial relevancia de las prestaciones que estos suministran como de su vinculación al interés general⁹⁰. Elementos que determinan que una interrupción en la prestación del servicio generaría importantes daños sociales⁹¹.

A nivel comunitario, la COMISIÓN ha señalado la necesidad de que los servicios de interés económico general den satisfacción a este principio⁹². En el ámbito interno, aparece consagrada en el art. 161.a LCAP'2000 (a partir de 30 de abril de 2008, art. 256 LCAP)⁹³.

⁸⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte General*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 2006.

⁸⁷ Véase GOBIERNO DE FRANCIA, *Circular de 26 de julio de 1995, relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la ré forme de l'État et des services publics*, reproducida en *Revue Française de Droit Administratif* 1996-2. p. 192. MARTINAND, C., "Le service public en France et en Europe", en *Revue des affaires européennes* 1994-2. p. 88. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I*, Decimoquinta edición, Marcial Pons, 2004, p. 429. VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo...*, ob. cit., pp. 215-217.

⁸⁸ L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ señala que "la aplicación de estos principios no es rigurosa, sino que depende de la ley y de la jurisprudencia en cada caso, por lo cual pueden llamarse simplemente *principios rectores de los servicios públicos*, para dar a entender que son una especie de guía o directriz que deben seguir la ley y la jurisprudencia cuando tratan de establecer el régimen jurídico de ellos". *Derecho administrativo. General y colombiano*, Decimoquinta edición, Temis, Bogota, Colombia, 2007. p. 557.

⁸⁹ SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la...*, ob. cit., p. 511. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., "L'usager du service public et le client de l'entreprise saisis par le Droit Communautaire", en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché II*, La documentation Française, París, 1998. p. 337. LÓPEZ CANDELA, *Sobre la necesidad...*, ob. cit., p. 90.

⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, ob. cit., p. 749. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la...*, p. 512.

⁹¹ R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 2002, pp. 12-13.

⁹² Concretamente, ha señalado que "cierto número de servicios de interés general requieren un elemento de continuidad: es decir, el proveedor debe velar por que el servicio se preste de forma ininterrumpida". COMISIÓN, *Libro verde...*

⁹³ El art. 161.a LCAP'2000 consagra la obligación de los concesionarios de servicios públicos de dar satisfacción a este principio, al establecer que el "contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida".

El art. 256 LCAP establece que el "contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida".

Esto no supone, evidentemente, que el servicio deba ser suministrado de forma efectiva al ciudadano, sino únicamente que éste esté a disposición del usuario, para el caso de que éste lo precise. Tampoco debe entenderse que esta puesta a disposición del servicio deba ser permanente, sino la imposibilidad de que se produzcan otras interrupciones que las previstas por su normativa reguladora, que variará según las necesidades de cada servicio. Sólo en algunos servicios (como por ejemplo, energía eléctrica, telefonía, servicios médicos de urgencia, etc.) implica una obligación de prestación del servicio durante 24 horas al día.

Dar satisfacción a estas necesidades de continuidad genera, casi siempre, cuantiosos costes, que en muchos casos, además no van a ir acompañados de una rentabilización económica. Esto determina la necesidad de una intervención pública en la mayor parte de los casos para dar cumplimiento a esta exigencia, pues el empresario privado no está normalmente dispuesto por sí mismo a realizar esa inversión. Claro ejemplo al respecto, es el del suministro de energía eléctrica, que requiere la existencia de instalaciones capaces de dar respuesta a la elevada demanda que se produce en las épocas del año en que los ciudadanos tienen una mayor necesidad de energía. Esas instalaciones, sin embargo, permanecerán inutilizadas durante el resto del año. Dicha inversión es, por ello, imprescindible para el interés público, pero poco atractiva para el empresario privado⁹⁴.

Este principio debe de compatibilizarse con el derecho de huelga de los empleados del servicio, sin perjuicio de las medidas que se establezcan para garantizar los servicios esenciales para la comunidad, por exigencia de la propia Constitución (art. 28.2 y 37.2 CE⁹⁵).

El Tribunal Constitucional ha afirmado la constitucionalidad de estas limitaciones, que no constituyen una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental de huelga⁹⁶.

De esta forma, derecho de huelga y funcionamiento continuo de los servicios esenciales son dos bienes constitucionalmente protegidos, que se limitan

⁹⁴ P. J. GARFIELD, W. F. LOVEJOY, *Public utility economics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1964, pp. 20-21.

⁹⁵ El art. 28.2 “reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

El art. 37.2 CE “reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

⁹⁶ Concretamente ha señalado que el “art. 18 de la Constitución es muy claro en el sentido de que, la ley ha de establecer las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Esta idea se reitera en el art. 37, cuando dicho precepto alude al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo. Se habla allí de garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, con una fórmula que es literalmente idéntica a la del art. 28.2. Uno y otro precepto significan que el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios, cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama ‘servicios esenciales de la comunidad’. En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga. El límite de este último derecho tiene plena justificación y por el hecho de establecerse tal límite no se viola el contenido esencial del derecho”. STC 11/1981, de 8 de abril de 1981. FJ. 18.

recíprocamente entre sí. No cabe, por tanto, una interdicción del derecho de huelga para salvaguardar el principio de continuidad, pero sí la imposición de algunas limitaciones al mismo⁹⁷.

Posibilidad que sigue regulando en el momento actual el viejo RDLRT⁹⁸, cuya constitucionalidad ha sido afirmada expresamente por el Tribunal Constitucional. Si bien, no será aplicable a cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, como establece el art. 10 RDLRT, sino tan sólo a aquellos de los anteriores que tengan el carácter de servicios esenciales, como establece la Constitución⁹⁹.

El término servicio esencial de los art. 28.2 y 37.2 CE constituye un concepto jurídico indeterminado (STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 2), que no es coincidente ni con el concepto de servicio público, ni con el de servicio esencial del art. 128.2 CE. Sino que debe entenderse al margen de estas nociones, comprendiendo tanto los tradicionales servicios públicos reservados, como otros servicios de estricta titularidad privada.

La concreción de dicho concepto no depende de “la titularidad, pública o privada, del servicio en cuestión sino a través del carácter del bien satisfecho” (STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 2).

Tampoco se puede definir atendiendo a la naturaleza de la actividad que se desarrolla, sino a la naturaleza de los intereses que satisface. De tal forma, que será esencial el servicio que satisfaga intereses esenciales, entendiéndose como tales los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos¹⁰⁰.

⁹⁷ PARADA VÁZQUEZ: *Derecho...*, ob. cit., p. 427. Como señalan M. C. PALOMEQUE LÓPEZ; M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, “la Constitución ha preferido razonablemente asumir una solución de compromiso, manifestándose a través del establecimiento de limitaciones para el ejercicio de ambos derechos. Y así, de acuerdo con el art. 28.2 CE, los trabajadores en huelga en un servicio esencial han de respetar el ‘mantenimiento’ del mismo y renunciar por ello a su paralización como máximo objetivo ordinario de cualquier huelga; en tanto que los ciudadanos usuarios de aquellos servicios han de soportar, por su parte, que los mismos desarrollen tan sólo, en caso de huelga, una actividad ‘mínima’, propia de su mero mantenimiento, sin que sea razonable esperar un funcionamiento ‘normal’ de los mismos”. *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 439.

⁹⁸ *Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo* (en adelante RDLRT). Concretamente, su art. 10 que establece que, cuando “la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”.

⁹⁹ Así lo ha aclarado el Tribunal Constitucional, señalando que “la norma directamente aplicable al caso es el art. 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, que permite, cuando una huelga se declare en un servicio público de reconocida e inaplazable necesidad, a la Autoridad Gubernativa acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de tales servicios; disposición que debe ser entendida en el sentido de que la Autoridad Gubernativa puede adoptar medidas de garantía cuando la huelga afecta a servicios de reconocida e inaplazable necesidad o a servicios esenciales para la comunidad, pero no, como es obvio, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas”. STC 26/1981, de 17 de julio de 1981. FJ. 8. En la doctrina, M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 226.

¹⁰⁰ En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado, aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, ‘servicios esenciales’ son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona —y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades— es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución”. STC 26/1981, de 17 de julio de 1981. FJ. 10.

Desde esta perspectiva, no hay servicios que limiten en todo caso el derecho de huelga, sino que hay que atender a las características concretas de cada convocatoria de huelga, para determinar si en cada caso concreto pueden afectar a esos intereses esenciales o no¹⁰¹. Se trata, por tanto de una calificación que sólo se puede otorgar en el caso concreto¹⁰².

La compatibilidad entre el principio de continuidad y el derecho de huelga no puede traducirse en el mantenimiento del funcionamiento del servicio en sus condiciones habituales, pues esto llevaría en la práctica a un vaciamiento del derecho de huelga. Así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional¹⁰³, que ha indicado, además, que es preciso que los huelguistas puedan conservar una capacidad de presión suficiente para lograr sus objetivos frente a la empresa¹⁰⁴. Las medidas a adoptar al respecto no pueden fijarse de forma apriorística, sino tan sólo atendiendo a las circunstancias concretas de cada convocatoria de huelga¹⁰⁵.

Los preceptos constitucionales no recogen un procedimiento para la adopción de las medidas de protección de los servicios esenciales, permiten que una ley establezca las medidas necesarias para ello, y que sea la autoridad gubernativa quien adopte esas medidas¹⁰⁶. Esto último supone que el órgano encargado de adoptarlas que ser un órgano que ejerza potestad de gobierno¹⁰⁷, bien del Estado o de las Comunidades

¹⁰¹ Así lo señala el Tribunal Constitucional, indicando que, al “caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan”. STC 51/1986, de 24 de abril de 1986. FJ. 2.

¹⁰² Como señala el Tribunal Constitucional, “los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, como decía el Real Decreto-Ley 266/80, sino que será necesario examinar en cada caso la extensión territorial que la huelga alcanza, la extensión personal y la duración”. STC 26/1981, de 17 de julio de 1981. FJ. 10.

¹⁰³ Concretamente ha señalado que “la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal”. STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 1.

¹⁰⁴ Señala el Tribunal Constitucional que “la adecuación del programa de servicios mínimos que ha de ser adoptada está en relación directa con el interés de la comunidad, que debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables. Se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo, pues en el propio art. 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa”. STC 51/1986, de 24 de abril de 1986. FJ. 5.

¹⁰⁵ En tal sentido señala el Tribunal Constitucional que la “clase y numero de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados”. STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 1.

¹⁰⁶ En tal sentido, señala el Tribunal Constitucional que del art. 28.2 de la Constitución no se deriva un procedimiento específico para la preservación de los servicios esenciales. Como este Tribunal ha dicho en otras ocasiones, ese precepto constitucional permite que por norma de rango legal se establezcan las garantías necesarias para el mantenimiento de esos servicios, y exige que sea la autoridad gubernativa, amparada en esa Ley, la que disponga las limitaciones oportunas”. STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 2.

¹⁰⁷ En tal sentido señala el Tribunal Constitucional que “constituye una garantía de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales el que las limitaciones que éstos puedan sufrir, en aras del mantenimiento de los servicios esenciales, hayan de ser establecidas por el Gobierno o por un órgano que ejerza potestad de gobierno. Y ello es así en atención a que la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y es fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe ser residenciada por cauces políticos y debe producir los necesarios efectos políticos. Privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el art. 28 de la Constitución, es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno”. STC 26/1981, de 17 de julio de 1981. FJ. 11.

Autónomas según el caso (STC 53/1986, de 5 de mayo de 1986. FJ. 3). Esa autoridad podrá, y es deseable que lo haga, negociar previamente con los huelguistas, pero dicha negociación no tiene carácter obligatorio¹⁰⁸.

Los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas adecuadas para asegurar un funcionamiento mínimo adecuado de los servicios esenciales. Se trata de una actuación claramente dirigida a dar satisfacción a un interés público prevalente que, como tal, es indisponible para la Administración, que no puede llegar a acuerdo o transacción con los huelguistas que implique la eliminación de éstos¹⁰⁹.

Se debe entender que los usuarios están capacitados para reaccionar contra la insuficiencia de las medidas adoptadas por la Administración para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales. Bien mediante la impugnación del acto en que se adopten las medidas; bien exigiendo responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños que genere la falta de la adopción de las medidas oportunas¹¹⁰.

La garantía del principio de continuidad implica no sólo la adopción de las pertinentes medidas organizativas tendentes a garantizar la prestación continuada, sino también, evidentemente, las dirigidas a hacer posible la garantía del suministro, particularmente mediante la construcción de la infraestructuras adecuadas al efecto.

En el caso de servicios públicos prestados en gestión directa por la propia Administración, o que el incumplimiento se deba a la propia acción de la Administración, el incumplimiento de este principio puede dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos responsables. El incumplimiento de este principio por parte de un concesionario de servicio público puede dar lugar a la intervención del servicio, la resolución del contrato o la imposición de penalidades al concesionario. Cuando se trate de servicios públicos liberalizados, la vulneración de esta regla básica se podrá sancionar mediante la imposición de sanciones al operador encargado de su prestación. Así, por ejemplo, el art. 60.a.4 LSE¹¹¹.

V.3.2. Principio de igualdad

El *principio de igualdad* obliga a garantizar a todos los ciudadanos las mismas posibilidades de acceso a la prestación del servicio, así como a asegurar que no van a

¹⁰⁸ Así lo señala el Tribunal Constitucional, que ha declarado que la “previa negociación no está excluida, e incluso puede ser deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional”. STC 51/1986, de 24 de abril de 1986. FJ. 3.

¹⁰⁹ Apunta GÓMEZ PUENTE que en “cuanto al contenido de los servicios mínimos hay que señalar (...) su indisponibilidad por parte de la Administración. Aunque ésta pueda negociar con su personal el *quantum* servicial a mantener ante la situación de huelga anunciada, existe un límite indisponible para cualquiera de las partes. Dicho límite es, precisamente, el del mantenimiento de los servicios mínimos; esto es, el definido por los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el servicio satisface. La garantía de este nivel mínimo de prestación constituye un deber constitucional de la Administración, como también del legislador, del que no puede escaparse en modo alguno. Dicho límite, por tanto, no puede ser objeto de negociación colectiva sino para elevarlo o aumentar el nivel de prestación a mantener durante el sostenimiento de la huelga”. *La inactividad...*, ob. cit., p. 747.

¹¹⁰ GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., pp. 743-744.

¹¹¹ *Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico* (en adelante LSE).

Este precepto tipifica como infracción muy grave la “interrupción o suspensión del suministro sin que medien los requisitos legal o reglamentariamente establecidos o fuera de los supuestos previstos legal o reglamentariamente”.

recibir un trato diferente, a no ser que esté justificado por la diferente situación del usuario o por razones de interés general¹¹².

Esta regla básica es una manifestación específica del principio general de igualdad¹¹³, recogido en nuestro derecho en el art. 14 CE¹¹⁴. Por lo que su vigencia se extiende a todos los servicios esenciales, incluidos los servicios liberalizados, en los que rige el suministro de las obligaciones de servicio público¹¹⁵.

Se pueden distinguir dos grandes momentos en el desarrollo de este principio. Antes del servicio se concreta en un derecho de acceso al servicio, pasando a convertirse, una vez que se accede a éste, en un derecho a recibir el servicio en condiciones de igualdad y no discriminación¹¹⁶. Si bien, dicha distinción opera sólo a efectos de facilitar la comprensión de la explicación, pues en la práctica el derecho de acceso al servicio y el derecho al funcionamiento del mismo son dos realidades indisociables¹¹⁷.

a) Derecho de acceso, se traduce en la facultad de recibir el servicio, salvo que exista una causa objetiva que lo impida, que debe aparecer predeterminada como tal en la normativa reguladora del servicio (art. 128.1.2 RSCL¹¹⁸).

Su exigibilidad está subordinada al cumplimiento de los requisitos que se fije por la normativa reguladora del servicio (con carácter general, art. 128.1.2 RSCL¹¹⁹; un ejemplo concreto puede verse el art. 38.2 LOE¹²⁰).

En determinados casos, cabe que se requiera para la utilización del servicio reunir determinadas condiciones de aptitud, se podrá, entonces, someter al solicitante del servicio a una prueba o examen para corroborar la existencia de esa aptitud¹²¹.

¹¹² J. A. MANZANEDO MATEOS, "Servicio público: aproximación a su línea evolutiva", en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodo v. II*, Madrid, 1972, p. 237. J. M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 514. La misma idea ha sido defendida en el Derecho francés, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L'usager du service public et...*, ob. cit., p. 336. CONSEIL D'ÉTAT, "Service public, services publics: déclin ou renouveau" (Rapport Public del Conseil d'État de 1994), en *Etudes et documents* 46, p. 70. S. FRANCFORT-ALBERELLI, "L'intégration du principe d'égalité dans le Droit européen des services publics et ses perspectives d'évolution", en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché II*, La documentation Française, París, 1998, p. 350.

¹¹³ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 331. VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 241. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 558. ESCRIBANO COLLADO, *El usuario ante...*, ob. cit., p. 141.

¹¹⁴ Este precepto establece que los "españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

¹¹⁵ Así, en el ámbito de las Telecomunicaciones, el art. 20.3 LGTE, que establece que el "cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que aquéllas sean exigibles se efectuará con respeto a los principios de igualdad, (...) no discriminación".

¹¹⁶ VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 217. A. ARPÓN DE MENDÍVIL, M. CRESPO, "Finalidad y ámbito de aplicación de la ley", en A. ARPÓN DE MENDÍVIL ALDANA y A. CARRASCO PERERA (dirs.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, p. 117.

¹¹⁷ ESCRIBANO COLLADO, *El usuario ante...*, ob. cit., p. 132.

¹¹⁸ Este precepto establece qué es obligación del concesionario admitir "al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente".

¹¹⁹ Este derecho exige que para disfrutar del derecho de admisión al servicio que se "cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente".

¹²⁰ *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* (en adelante LOE).

Este precepto exige para poder acceder a la Universidad el título de Bachiller, señalando que podrán "presentarse a la prueba de acceso a la universidad todos los alumnos que estén en posesión del título de Bachiller, con independencia de la modalidad y de la vía cursadas".

¹²¹ GARRIDO FALLA, *Tratado de...*, II, ob. cit., p. 443.

Así ocurre, por ejemplo, para el acceso a los estudios universitarios, que requiere la realización de una prueba de acceso (art. 38.1 LOE y 42.3 LOU¹²²).

Nótese, no obstante, que en este caso el derecho a acceder al servicio no se obtiene hasta que se produce la superación de las pruebas pertinentes, pues sólo en ese momento se adquiere la facultad real de acceder al servicio¹²³.

No es contrario a este principio que se exija la vecindad para el acceso a algunos servicios¹²⁴.

También es posible la denegación del servicio por falta de capacidad para atender la petición del mismo. En tal caso, siempre que no existan razones objetivas que justifiquen solución diferente, la prestación se deberá suministrar atendiendo estrictamente al orden cronológico según la fecha de presentación de la petición (régimen de cola).

La admisión al servicio se realiza, en ocasiones, con un acto expreso y formalizado, como expedición del recibo que acredita el pago de la contraprestación correspondiente o la entrega de un billete. Mientras que en otras se deduce de actos tácitos que llevan implícita la aceptación (por ejemplo, cuando se da curso a la correspondencia depositada en un buzón del servicio de correos)¹²⁵.

Este planteamiento no varía en el caso de los servicios públicos liberalizados, en los que los ciudadanos podrán exigir la prestación de las obligaciones de servicio público en las condiciones fijadas para ello.

b) Derecho a recibir la prestación en condiciones de igualdad y no discriminación.

Como punto de partida, debe resaltarse que esta igualdad en la prestación no puede ser entendida como mera uniformidad. Frente al dogma tradicional que consideraba al usuario sujeto a una situación impersonal y general, hoy no parece cuestionable que la regulación del servicio puede ofrecer soluciones diferentes para los usuarios dependiendo de las circunstancias y condiciones objetivas en las que se encuentran.

En la práctica resulta, sin embargo, difícil determinar cuáles son las exigencias concretas que se derivan de este principio, dado que no es fácil precisar cuando las situaciones particulares demandan un trato desigual.

El primer escollo es la posible existencia de razones objetivas de interés social o discriminación positiva que puedan demandar la distinción de distintos regímenes

¹²² El art. 38.1 LOE establece que para “acceder a los estudios universitarios será necesaria la superación de una única prueba que, junto con las calificaciones obtenidas en bachillerato, valorará, con carácter objetivo, la madurez académica y los conocimientos adquiridos en él, así como la capacidad para seguir con éxito los estudios universitarios”.

El art. 42.3 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante LOU) establece que corresponde “al Gobierno, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, establecer las normas básicas para la admisión de los estudiantes que soliciten ingresar en los centros universitarios, siempre con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, y de acuerdo con lo que establece el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, para acceder a los estudios universitarios será necesaria la superación de una única prueba.

La Conferencia General de Política Universitaria velará porque el procedimiento de admisión a los estudios universitarios de carácter oficial sea general, objetivo y universal, tenga validez en todas las universidades españolas y responda a criterios acordes con el espacio europeo de educación superior”.

¹²³ En tal sentido, ESCRIBANO COLLADO que señala que “este segundo elemento quiebra cuando las condiciones de acceso al servicio no aparecen definidas por la ley, de forma que su existencia dependa de una apreciación discrecional de la Administración. Tal es el caso, por ejemplo, de las pruebas de acceso a la Universidad. En este supuesto, la cualidad de usuario no se adquiere *ope legis*, sino a través de un juicio de aptitud de las autoridades del servicio. El título de acceso al servicio no lo ostenta el usuario hasta el momento en que la Administración se lo haya concedido”. *El usuario ante...*, ob. cit., p. 138.

¹²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, ob. cit., p. 751.

¹²⁵ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 429.

de prestación y que, en la medida que no sean discriminatorios y sean razonables, no vulnerarán el principio de igualdad. El art. 150 RSCL recoge expresamente esta posibilidad respecto a las tarifas, señalando que “*podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles*”.

Esta dificultad se ve incrementada en la actualidad, al sujetarse la gestión de algunos servicios a las reglas de la economía de mercado, que en ocasiones discrepa con un tratamiento igualitario de los usuarios. De tal forma que la posibilidad de establecer diferenciaciones entre diversos tipos de usuarios pueden responder en los servicios liberalizados no sólo a motivos de interés social o discriminación positiva, sino que pueden adoptarse también en función de estrategias comerciales.

Esto ha llevado a que se tienda en algunos servicios al abandono de la tradicional política tarifaria, imponiéndose el paso a una política de discriminación de tarifas, en la que se ofrecen diferentes prestaciones a precios diferentes, permitiendo al ciudadano optar por la oferta que prefiera¹²⁶.

Menos problemático con este principio es que en los servicios liberalizados, dada la pluralidad de operadores que actúan en un marco de competencia, éstos operen a diferentes precios, dando lugar a diferentes situaciones en los usuarios según contraten con una u otra compañía. Es, simplemente, una consecuencia de la existencia de un mercado en competencia, que se entiende acaba beneficiando a los usuarios, al obligar a los oferentes del servicio a actuar en las condiciones económicamente más competitivas, que no puede considerarse como una vulneración del principio de igualdad¹²⁷.

No constituye discriminación, contraria a este principio, la necesidad de establecer una irregular distribución del servicio, temporal en su implantación o territorial en su ubicación, por razones técnicas, organizativas o geográficas, siempre que éstas se apoyen en criterios objetivos y no discriminatorios¹²⁸.

¹²⁶ J. BON, F. JALLAT, CH. LE BORGNE, “Contrats de service et discrimination tarifaire”, en *Revue Française de gestion* 133, marzo-mayo del 2001, pp. 5-13.

¹²⁷ Señala VILLAR EZCURRA que la “captación de cuotas de mercado obliga a adoptar una estrategia de precios que, desde la perspectiva del usuario, podría inducir a pensar que contradice el principio de igualdad de trato. Es cierto que para un mismo tipo de servicio o prestación existirán precios diferentes ofertados por las distintas empresas que actúan en el sector. Sin embargo, esta *diversificación de la oferta* no es, en sí misma, contraria al principio de igualdad mientras cada empresa no establezca discriminaciones de tipo subjetivo o arbitrario en su oferta de precios. Dicho de otro modo, cada empresa puede ofrecer precios diferentes para cada tipo de prestación lo cual no redundaría más que en beneficio del usuario ya que en principio la competencia debe traducirse en ofertas a la baja (salvo que existan pactos contrarios a la transparencia del mercado lo cual se encuentra prohibido)”. *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 218.

¹²⁸ En tal sentido GÓMEZ PUENTE, que señala que la “progresiva implantación de un servicio, su ubicación o el alcance de sus prestaciones pueden provocar situaciones de desigualdad entre los potenciales usuarios del mismo. Ahora bien, el establecimiento de un servicio en todo el territorio, por imperativos técnicos y económicos puede llevar su tiempo (piénsese en la telefonía, la electricidad o el gas...); las condiciones orográficas o la densidad de población, por ejemplo, pueden justificar una concreta localización geográfica del servicio en perjuicio de otra (autovías, aeropuertos...); o incluso puede variar el contenido de un mismo servicio en función del lugar de prestación (televisión, hospitalización...). Esta situación de diversidad a veces puede obedecer a opciones políticas diferentes, como consecuencia de la descentralización territorial del Estado, pero puede también producirse, por las razones antedichas, en un espacio competencial uniforme (municipio, provincia, Comunidad Autónoma). De modo que habrá que preguntarse si esa desigualdad tiene un fundamento objetivo o razonable (tecnológico, económico, organizativo, político...). Si no lo tiene, entraña una discriminación. Y entonces es cuando puede esgrimirse el principio de igualdad para exigir la extensión de las prestaciones a los ciudadanos privados del beneficio que el servicio reporta a otros”. *La inactividad de...*, ob. cit., p. 724.

V.3.3. Principio de mutabilidad, evolución, adaptabilidad o de perfectibilidad

El *principio de evolución o adaptación* del servicio público responde a la necesidad de que este se adecúe en todo momento a las exigencias del interés general¹²⁹. Lo que incluye la obligación de actualización del servicio a los avances técnicos existentes en cada momento.

Esto no plantea ningún problema cuando quien presta el servicio es la propia Administración, pues está implícita la obligación por parte de ésta de prestar la obligación en las mejores condiciones posibles. Sin embargo, cuando la llevan a cabo los sujetos privados, se produce una colisión entre intereses públicos (a que el servicio se preste en las condiciones más adecuadas) e interés privados (a no asumir nuevas obligaciones). A dicha problemática da respuesta la denominada “cláusula de progreso”, que permite garantizar que los interés públicos podrán alcanzarse con la misma seguridad que si el servicio lo prestase la Administración” (MEILÁN GIL)¹³⁰.

En último término, este principio dota a la Administración del poder de modificar el servicio cuando el interés general así lo exija. Posibilidad que consagra en nuestro derecho positivo en el art. 163.1 LCAP’2000 (a partir del 30 de abril de 2008, art. 258 LCAP)¹³¹ y en el art. 126 RSCL¹³².

Dichas modificaciones darán lugar, sin embargo, cuando el gestor del servicio sea un particular, que se ve como consecuencia de esos cambios afectado económicamente, a la obligación de restaurar el equilibrio económico roto (art. 163.2 LCAP’2000, a partir de 30 de abril de 2008, art. 258 LCAP)¹³³.

¹²⁹ SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la...*, ob. cit., pp. 514-515. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L’usager du service public et...*, ob. cit., p. 337.

¹³⁰ Señala MEILÁN GIL que “los progresos técnicos y el ansia de novedad se plantearán ante el Derecho como situaciones de conflicto, y éste responderá, una vez más, como solución del compromiso.

Así se explica la cláusula de progreso. Es una solución de compromiso en un caso singular de colisión de intereses públicos y privados.

Los intereses públicos consisten en la prestación adecuada de los servicios, lo cual reclama la incorporación de los beneficios del progreso.

Los intereses privados están constituidos por la situación jurídicamente protegida del contratista, cuyas obligaciones sólo alcanzarán los términos del *contractus-lex*.

(...) La finalidad de la cláusula de progreso es garantizar que los intereses públicos serán alcanzados con la misma seguridad que si el servicio fuese llevado por la Administración. Por ello, esa garantía no tiene lugar cuando la Administración es la única que gestiona el servicio. Se sobreentiende que la Administración está obligada a procurar los intereses colectivos del mejor modo posible: no hay ninguna colisión”. *Progreso tecnológico...*, ob. cit., pp. 58-59.

¹³¹ Este precepto establece que la “Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”.

El art. 258 LCAP establece que la “Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”.

¹³² El art. 162.2a RSCL establece que en “el régimen de la concesión se diferenciará:

a) El servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público”.

¹³³ Este precepto establece que, cuando “*las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*”.

El art. 258 LCAP establece que, cuando “*las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*”.

Estas modificaciones tendrán como límite la transformación del servicio prestado en otro diferente¹³⁴.

La modificación de las condiciones de prestación de un servicio público constituye una modificación de la ley del servicio, no de un negocio jurídico bilateral. De lo que se deriva que el usuario se encuentra en una situación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, careciendo de derechos subjetivos adquiridos que oponer a esa modificación. De tal forma que tan sólo ostenta el derecho a recibir el servicio según el régimen vigente en cada momento, no pudiendo exigir que funcione conforme a las condiciones existentes cuando accedió al mismo (art. 127.1.1 RSCL¹³⁵).

Esto supone que los derechos adquiridos tienen en el ámbito de los servicios públicos una menor solidez que en las relaciones jurídico-privadas, en cuanto quedan subordinados a las exigencias del interés público.

La cuestión no se plantea de forma diferente en los servicios de interés económico general liberalizados. El principio de evolución subyace claramente en la noción de servicio universal, que ha sido configurado como un concepto esencialmente mudable, que tiene que adaptarse a las necesidades que el interés público y el interés de los ciudadanos marquen en cada momento¹³⁶.

La Administración podrá dar satisfacción a este principio mediante la modificación de la regulación de servicio público a la que estén sujetas las partes del mercado no liberalizadas. Bien mutando el régimen jurídico al que están sujetas las denominadas actividades reguladas (denominación que se da a la parte no liberalizada en algunos servicios como el sector eléctrico), o bien las obligaciones de servicio público.

Se resuelve en este caso, por tanto, ese conflicto entre intereses públicos y privados a que da lugar la necesidad de modificar el servicio, no a través de un cláusula ínsita a un contrato, sino como una potestad normativa, regulatoria de una actividad de titularidad privada¹³⁷.

Se puede citar como ejemplo de lo dicho en las denominadas actividades reguladas el art. 10.2 LSE¹³⁸. Igual ocurre en el caso de los sectores que imponen la

¹³⁴ Señala VILLAR EZCURRA que, aun "cuando resulta difícil establecer *a priori* y en forma general los límites de esta clase de modificaciones, parece claro que lo que no puede hacer la Administración es imponer al contratista la prestación de un servicio diferente al contratado. Puede alterar, por tanto, las características del servicio pero no transformar su contenido convirtiéndolo en otro diferente (por ejemplo, no cabe imponer al concesionario de un servicio de transporte por carretera que realice la prestación de transporte por mar mediante buques)". *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 263.

¹³⁵ El art. 127.1.1 RSCL establece que la corporación concedente ostenta la potestad de:
"1. Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionarse directamente el servicio las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:
a) La variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y
b) alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario".

¹³⁶ En tal sentido, la COMISIÓN ha señalado que el "concepto de servicio universal tiene carácter dinámico, lo que permite garantizar que los requisitos de interés general tienen en cuenta la evolución política, social, económica y tecnológica y, en su caso, se adaptan regularmente a las necesidades cambiantes de los ciudadanos". *Libro verde...*

¹³⁷ Señala MEILÁN GIL que la "cláusula no está ínsita en un contrato, como en la configuración del servicio público que aquí se ha sostenido, que la Administración utiliza como obligación que impone al concesionario, ni como el ejercicio de la potestad de organización de los servicios públicos, sino como el de una potestad normativa, regulatoria de una actividad de titularidad privada. Responde a la percepción de las demandas sociales, como en el nacimiento histórico de los servicios públicos". *Progreso tecnológico...*, ob. cit., p. 126.

¹³⁸ El art. 10.2 LSE establece que el "Gobierno podrá adoptar, para un plazo determinado, las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Riesgo cierto para la prestación del suministro de energía eléctrica.
b) Situaciones de desabastecimiento de alguna o algunas de las fuentes de energía primaria.
c) Situaciones de las que se pueda derivar amenaza para la integridad física o la seguridad de las personas, de aparatos o instalaciones o para la integridad de la red de transporte o distribución de energía eléctrica.
En las situaciones descritas, el Gobierno determinará el régimen retributivo aplicable a aquellas actividades que se vieran afectadas por las medidas adoptadas garantizando, en todo caso, un reparto equilibrado de los costes. Cuando las medidas adoptadas por el Gobierno de acuerdo con lo previsto en este apartado afecten sólo a alguna o algunas Comunidades Autónomas, la decisión se adoptará en colaboración con las mismas".

regulación mediante la imposición de obligaciones de servicio público. En este supuesto lo usual es que se dote a los poderes públicos de la posibilidad de modificar el alcance del servicio universal y se le dé la posibilidad de imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las dirigidas a dar satisfacción al servicio universal. Como ejemplo de lo primero cabe citar el art. 22.4 LGTE¹³⁹, y de lo segundo el art. 25 LGTE¹⁴⁰ o el art. 22 LSPU¹⁴¹.

V.3.4. Principio de calidad

En el ámbito comunitario, la COMISIÓN ha resaltado la importancia de la calidad en la prestación de los servicios de interés general¹⁴². En el ámbito interno este principio lo recoge el art. 4.1.b LOFAGE¹⁴³.

Es difícil concretar este principio en un conjunto de facultades concretas, pues es la calidad un elemento de carácter eminentemente relativo, que puede encontrar soluciones muy diversas, y que presenta especiales dificultades para su control, que sólo se podrá realizar de forma efectiva en la medida en que se traduzca en parámetro cuantificables.

Aparte de ello, es un concepto esencialmente mudable tanto en el tiempo como en el espacio: lo que hoy y aquí se considera una calidad aceptable puede no serlo en otra época o en otro lugar.

En cualquier caso, tratándose de un servicio público, requisito imprescindible para que pueda hablarse de calidad es el cumplimiento de los tradicionales principios

¹³⁹ El art. 22.4 LGTE establece que el “Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal”.

¹⁴⁰ El art. 25 LGTE, que establece lo siguiente: “1. El Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal a los operadores.

2. El Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, motivadas por:

a. Razones de cohesión territorial.

b. Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura.

c. Razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta.

d. Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación o fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción”.

¹⁴¹ Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (en adelante LSPU).

El art. 22 LSPU establece que el “Gobierno podrá imponer, reglamentariamente, al operador al que se encomienda llevar a cabo el servicio postal universal, otras obligaciones de servicio público distintas a las establecidas en el Capítulo II de este Título para garantizar la adecuada prestación de aquél y cuando así lo exijan razones de interés general, cohesión social o territorial, mejora de la calidad de la educación y protección civil o cuando sea necesario para salvaguardar el normal desarrollo de los procesos electorales, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que regula en régimen electoral general. Igualmente, por Reglamento, podrá imponer al citado operador y a los operadores que presten servicios postales, al amparo de una autorización administrativa singular, obligaciones de servicio público en circunstancias extraordinarias para garantizar la seguridad pública o la defensa nacional”.

¹⁴² Concretamente ha señalado que la “definición, supervisión y ejecución de los requisitos en materia de calidad por parte de las autoridades públicas se han convertido en elementos clave de la regulación de los servicios de interés general”. Libro verde...

¹⁴³ Ley, 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE).

El art. 4.1.b LOFAGE establece que la “actuación de la Administración General de Estado debe asegurar a los ciudadanos: (...) b) La continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad”.

de igualdad, continuidad y universalidad¹⁴⁴, sin los cuales un servicio público no responde a las exigencias derivadas de su propia esencia y finalidad.

En el caso de los servicios prestados en gestión directa por la propia Administración, debe entenderse que el funcionamiento adecuado del servicio queda garantizado por la obligación de funcionamiento de éste conforme a lo establecido en la normativa que lo rige (art. 32 RSCL¹⁴⁵). Dicha normativa debe ser establecida de forma obligatoria por la Administración (art. 33 RSCL¹⁴⁶).

En la actualidad para verificar la calidad en el funcionamiento del servicio se han introducido mecanismos como las denominadas cartas de servicios¹⁴⁷, que constituyen una suerte de compromisos formalizados de la Administración, que pueden, no obstante, asumir una eficacia jurídica más intensa indirectamente (por ejemplo, operando como parámetros para verificar la existencia de responsabilidad de la Administración)¹⁴⁸.

Cuando se trata de servicios sujetos a concesión u otra forma de gestión indirecta, la calidad se salvaguarda mediante la imposición al concesionario de la obligación de prestar el servicio en las condiciones fijadas previamente por la Administración (art. 161.a LCAP²⁰⁰⁰, a partir de 30 de abril de 2008, art. 256.a LCAP¹⁴⁹; art. 128.1.1 RSCL¹⁵⁰).

Para garantizar el cumplimiento de estas condiciones, la Administración está dotada de poderes de policía (art. 155.3 LCAP²⁰⁰⁰, a partir de 30 de abril de 2008, art. 255.2 LCAP¹⁵¹; art. 127.1.2 RSCL¹⁵²).

¹⁴⁴ Apunta PÉREZ HUALDE que en “todos los casos habrá de tenerse presente que no es posible siquiera hablar de calidad de servicio público si no se parte de la base que ese concepto involucra necesariamente —y tiene por supuesto de hecho— la efectiva presencia de caracteres propios de esos servicios públicos: generalidad, igualdad, continuidad, regularidad y obligatoriedad. Sin ellos presentes no hay calidad de servicio. Cumplidos estos términos podría analizarse la efectiva existencia de un nivel de calidad determinado”. *Servicios públicos...*, ob. cit., p. 51.

¹⁴⁵ El art. 32 RSCL establece que la “prestación de los servicios se atemperará a las normas que rijan cada uno de ellos”.

¹⁴⁶ El art. 33 RSCL establece que las “Corporaciones Locales determinarán en la reglamentación de todo servicio que establezcan las modalidades de prestación, situación, deberes y derechos de los usuarios”.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, ob. cit., p. 752. Las “cartas de servicios son documentos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación” (art. 8 *Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado* (en adelante RDMGC). Los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado podrán elaborar cartas para el conjunto de los servicios que gestionen o para servicios específicos (art. 8.2 RDMGC). Pudiéndose elaborar para servicios en cuya prestación participen distintos órganos u organismos, ya dependan éstos de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas (art. 8.3 RDMGC).

El contenido de estas cartas aparece regulado en el art. 9 RDMGC, y el procedimiento para su aprobación, que se llevará a cabo mediante resolución del Subsecretario del departamento al que pertenezca el órgano o esté vinculado o adscrito el organismo proponente (art. 11 RDMGC), aparece recogido en los arts. 10-11 RDMGC. Se establece, además, un mecanismo de seguimiento de las cartas de servicios en el art. 12 RDMGC.

¹⁴⁸ Señala MARTÍN REBOLLO que “sirven, de momento, como referencia de prestigio. Pero es de suponer que su evolución vaya poco a poco incidiendo en la práctica judicial entre otros efectos, por ejemplo, como patrón en los supuestos de responsabilidad por mala, defectuosa o tardía prestación”. *Sociedad, economía...*, ob. cit., p. 647.

¹⁴⁹ El art. 161.a LCAP²⁰⁰⁰ establece como una obligación del contratista “garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo (se refiere al servicio) en las condiciones que hayan sido establecidas”.

El art. 256.a LCAP fija como una obligación del contratista “garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas”.

¹⁵⁰ El art. 128.1.1 RSCL establece como obligación del concesionario “prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión”.

¹⁵¹ El art. 155.3 LCAP²⁰⁰⁰ establece que “la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”.

El art. 255.2 LCAP establece que “la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”.

¹⁵² El art. 127.1.2 RSCL establece que la “Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación”.

Este poder de control de la Administración se extiende a la totalidad del servicio, con el único límite de no inmiscuirse en la gestión del servicio que corresponde al concesionario¹⁵³.

Se trata, como puede verse, de potestades que se ejercerán de oficio, por lo que su uso queda en buena medida a la discrecionalidad de la Administración. Si bien una parte de la doctrina ha señalado la necesidad de otorgar una cierta capacidad a los usuarios para instar el ejercicio de estas potestades y controlar su correcto ejercicio¹⁵⁴.

En el caso de los servicios de interés económico general liberalizados, se parte de la consideración de que la protección de la calidad se logra, en la parte liberalizada del mercado, mediante la propia acción de la competencia.

En la parte no liberalizada, la imposición de obligaciones de servicio público cumple ese papel, en cuanto garantiza no sólo el suministro de las prestaciones comprendidas en el servicio universal, sino también que se desarrollen con una calidad adecuada (por ejemplo, art. 20.1 LGTE¹⁵⁵).

En la práctica, sin embargo, se ha impuesto la necesidad de aplicar medidas complementarias, mediante mecanismos de regulación y no de mercado, incluso en las actividades liberalizadas, que tratan de incrementar la calidad del servicio, mediante la fijación de unos parámetros mínimos, y la imposición de sanciones para el caso de incumplimiento de los mismos¹⁵⁶. En tal sentido, por ejemplo, el art. 48.2 LSE¹⁵⁷.

Para asegurar el cumplimiento de estas exigencias de calidad, se suele tipificar como infracción administrativa el incumplimiento de las mismas. Así, en el sector de las telecomunicaciones, el art. 53.m LGTE¹⁵⁸.

¹⁵³ LLISSET BORRELL; LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de...*, ob. cit., p. 427.

¹⁵⁴ Señala GOMEZ PUENTE que, habida "cuenta de las potestades de policía o dirección, inspección y sanción que retiene la Administración en relación con los servicios gestionados de forma indirecta, la discusión ha de centrarse únicamente sobre la facultad de los usuarios de exigir la actuación de esas potestades. Esto es, sobre la posibilidad de exigir la incoación de los oportunos expedientes y, en su caso, la ejecución forzosa de la resolución que se adopte contra el concesionario. (...) voy únicamente a reiterar dos ideas: una, la del carácter funcional de las potestades administrativas, desde la cual, incluso en presencia de la discrecionalidad, cabe controlar tanto el ejercicio o la omisión de ejercicio de esas potestades; la otra, que es posible conectar el ejercicio de esas potestades a la defensa de los derechos e intereses legítimos de terceros (de los potenciales usuarios, en este caso) que tienen derecho, tras solicitar la incoación del expediente correspondiente, al procedimiento preliminar: esto es, a una decisión motivada acerca de la procedencia de incoar o no el expediente solicitado. Es el único modo de controlar la regularidad del ejercicio de los referidos poderes y, por tanto, el respeto de sus intereses o derechos en cuanto usuarios potenciales del servicio. Sólo así, digo, podría garantizarse el control de la legalidad, al que tienen derecho ex art. 24 CE, ante una eventual dejación, renuncia o negativa de la Administración a ejercitar sus potestades". *La inactividad...*, ob. cit., p. 756.

¹⁵⁵ El art. 20.1.g LGTE establece que la imposición de obligaciones de servicio público tiene "por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad".

¹⁵⁶ COSTAS COMESANA, *De consumidor...*, ob. cit., pp. 46-47. La propia COMISIÓN ha puesto de manifiesto tal orientación, señalando que en "los sectores que han sido liberalizados, la Comunidad no deja el mantenimiento y el desarrollo de la calidad de los servicios únicamente en manos de las fuerzas del mercado". COMISIÓN: *Libro verde...*, ob. cit.,

¹⁵⁷ El art. 48.2 LSE establece que la "Administración General del Estado determinará unos índices objetivos de calidad del servicio, así como unos valores entre los que estos Índices puedan oscilar, a cumplir tanto a nivel de usuario individual como para cada zona geográfica atendida por un único distribuidor. Estos índices deberán tomar en consideración la continuidad del suministro, relativo al número y duración de las interrupciones y la calidad del producto relativa a las características de la tensión. Las empresas eléctricas estarán obligadas a facilitar a la Administración la información, convenientemente auditada, necesaria para la determinación objetiva de la calidad del servicio. Los datos de los índices antes citados serán hechos públicos con una periodicidad anual".

¹⁵⁸ El art. 53.m LGTE considera como infracción muy grave el "incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación de los servicios". Cuando el incumplimiento sea grave pero no reiterado, constituirá una infracción grave (art. 54.q LGTE). CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección...*, ob. cit., p. 116.

Desde las instancias europeas se ha puesto, además, de manifiesto la necesidad de llevar a cabo actividades de evaluación de los servicios de interés general¹⁵⁹.

La posibilidad de reclamar la mejora en la calidad de las prestaciones es un supuesto análogo al de las peticiones de extensión del servicio. Aunque algunos autores han considerado que existe unas ciertas posibilidades de defensa, pues siguiendo una serie de indicios se puede concretar un nivel de prestación mínima que el usuario puede exigir¹⁶⁰. Lo cierto es que el usuario disfruta de muy pocas vías jurídicas para defender sus demandas, en cuanto son cuestiones abandonadas a la discrecionalidad de la Administración.

La Administración, por lo demás, tiene a su disposición vías suficientes para encauzar estas peticiones, siempre que respondan a un interés público, pues, en caso de que el servicio esté gestionado por otra persona, podrá hacer uso de la posibilidad que le ofrece el art. 163.1 LCAP'2000, de "modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado", en los términos que vimos al examinar el principio de mutabilidad (a partir de 30 de abril de 2008, art. 258.1 LCAP).

V.3.5. Principio de universalidad

La universalidad hace referencia a la necesidad de que el servicio sea prestado en condiciones que permitan un acceso al mismo, en condiciones de calidad adecuadas, a un precio asequible, por parte de todos los sectores de población¹⁶¹.

Este elemento es esencial a la idea de servicio público y de servicio de interés general, por lo que los poderes públicos establecen medidas para su cumplimiento. Si bien, es éste uno de los elementos en los que se da una profunda divergencia entre los servicios públicos tradicionales y los servicios liberalizados.

En los servicios tradicionales, bien sujetos a gestión directa o indirecta, se articulaba mediante la asunción de esa obligación por el prestador en los términos fijados por la Administración. Bien cumpliendo esa obligación la propia Administración (en caso de gestión directa); o mediante la imposición vía contractual al concesionario o ente gestor del servicio (en caso de gestión indirecta).

Dicha obligación se contrarrestaba vía presupuestaria, mediante la financiación vía presupuestos; o mediante la compensación entre sectores rentables y no rentables, esto es, fijando unas tarifas razonables para todo los usuarios, sin tener en cuenta el

¹⁵⁹ Señala la COMISIÓN que el "carácter cambiante del entorno regulador y tecnológico, así como la creciente incidencia de las políticas comunitarias en los servicios de interés general ha puesto de manifiesto la necesidad de evaluar de forma adecuada el funcionamiento de estos servicios, tanto a escala comunitaria como nacional. La evaluación de estos servicios reviste gran importancia habida cuenta del significado que tienen para la economía en su conjunto y para la calidad de vida de todos los ciudadanos, sobre todo para supervisar si se cumplen efectivamente las misiones de interés general asignadas por los poderes públicos a los proveedores de tales servicios. Una evaluación exhaustiva permite reforzar la transparencia y sentar las bases en que sustentan las opciones políticas y un debate democrático bien fundado. Permite valorar tanto la eficacia económica de un servicio como la consecución de otros objetivos de servicio público perseguidos por las autoridades públicas. A escala comunitaria, la evaluación de los servicios de interés económico general es esencial para garantizar la consecución de los objetivos en materia de cohesión social y territorial y de protección del medio ambiente. La evaluación puede contribuir asimismo al intercambio de ejemplos de buenas prácticas a través de las fronteras y entre sectores económicos diversos. En este sentido, constituye un elemento de vital importancia para la buena gobernanza europea". *Libro verde...*

¹⁶⁰ GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., pp. 730-732.

¹⁶¹ VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 216. CARRASCO PERERA; ARROYO JIMÉNEZ; MENDOZA LOSANA, *Impacto de...*, ob. cit., p. 202.

coste real del servicio para cada concreto usuario, y compensando luego los beneficios obtenidos en las partes rentables del mercado, con las pérdidas de aquellos sectores en los que el servicio era deficitario.

En los nuevos servicios públicos liberalizados, se garantiza estableciendo una obligación legal de suministrar un conjunto de prestaciones en condiciones adecuadas de precio y calidad a todos los ciudadanos, con independencia de su situación económica y geográfica. Esas prestaciones se engloban normalmente bajo el concepto de servicio universal. Así, por ejemplo, se puede inferir claramente del art. 22.1 LGTE¹⁶².

Se hace preciso, por ello, la determinación de este concepto, básico en la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos liberalizados.

El primer factor que califica al servicio universal es la idea de garantía. Se puede inferir, propiamente de la normativa reguladora del mismo. Así, el art. 22.1 LGTE establece claramente que es “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza”.

La cuestión es, entonces, quién ofrece esa garantía. Respuesta que no ofrece duda alguna: los poderes públicos. La idea de servicio universal, como la de servicio público, a la que tanto se vincula, hace referencia a una prestación públicamente asegurada.

Esto enmarca al servicio universal con claridad en el ámbito de los denominados derechos de prestación, que en su momento examinamos. Gozando de la doble naturaleza propia de éstos, es, al mismo tiempo, un derecho de los ciudadanos (a recibir esas prestaciones) y un deber de los poderes públicos (a realizar todo lo necesario para lograr su suministro efectivo en condiciones adecuadas).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el servicio universal opera en mercados liberalizados¹⁶³, por lo que esa garantía no se corporiza en una prestación directa por parte de la Administración, sino que se concreta en la acción de uno o algunos de los operadores del sector, dirigida y vigilada por los poderes públicos, pero que llega a los ciudadanos a través de la acción interpuesta de uno de los sujetos que compiten en el sector. Se puede decir, por ello, que es una prestación auspiciada por los poderes públicos, pero suministrada por los empresarios que actúan en el mercado.

Eso va a determinar que, al mismo tiempo que derecho de los ciudadanos y obligación para los poderes públicos, se convierta también en una imposición a un operador, sobre el que va a recaer la obligación de prestarlo¹⁶⁴.

Esa obligación del operador no debe ser entendida, ni debe constituirse en ningún caso, ni en una carga ni en un privilegio¹⁶⁵ para el empresario sobre el que recae,

¹⁶² El art. 22.1 LGTE establece que se “entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”.

¹⁶³ Como señala R. CABALLERO SÁNCHEZ, “el servicio universal es la adaptación de la conocida técnica del servicio público al nuevo escenario en el que se desenvuelven ahora ciertos sectores económicos esenciales o estratégicos, que han pasado de ser sólidos monopolios públicos a desarrollarse en régimen de libre competencia”. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003, p. 362.

¹⁶⁴ Como señala la CMT, “si bien, desde el punto de vista del usuario, el servicio universal se concibe como un derecho a recibir un conjunto de prestaciones básicas en unas condiciones previamente determinadas (asequibilidad, accesibilidad, y calidad), desde el punto de vista de los operadores, se presenta como un conjunto de prestaciones básicas que algún operador habrá de suministrar obligatoriamente”. Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

¹⁶⁵ Como señala la CMT “estos servicios se configuran como una obligación para los operadores y no un derecho que se reconozca a determinados operadores en detrimento de otros (...), y cuya finalidad última es la satisfacción de un interés que se ha considerado esencial, más allá de criterios meramente económicos”. Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

sino que, plenamente respetuoso con el mercado y la competencia, debe asumir un carácter estrictamente neutro.

Pero eso no impide su carácter estrictamente obligacional, el operador está obligado a darle satisfacción, sin perjuicio de las medidas que luego haya que articular para compensarle, en su caso.

De esta forma, las obligaciones de servicio universal van a dar lugar a una relación jurídica triangular, en la que tres sujetos (los usuarios, el operador u operadores designados y los poderes públicos) van a asumir diferentes derechos y obligaciones.

Así, el ciudadano se encuentra respecto al servicio universal en una doble posición. Por un lado, se encuentra en una relación de Derecho Público con la Administración, que le permite a exigir a ésta el establecimiento del servicio correspondiente. Por otro, se encuentra en una relación de Derecho Privado respecto al operador, que le permite exigir a éste el cumplimiento del servicio cuando éste esté ya establecido¹⁶⁶.

Lo que supone la obligatoria existencia de mecanismos jurídicos que garanticen ese derecho de acceso¹⁶⁷, que aparecen examinados en otras partes de este estudio.

Junto a la idea de garantía pública, el servicio universal viene caracterizado por el objeto que garantiza. No es otro que un conjunto de prestaciones que, por estar dotadas de un carácter básico, constituyen un mínimo indisponible que debe llegar a todos los ciudadanos¹⁶⁸.

Nótese cómo en la idea de servicio universal convive junto a la idea de esencialidad la de universalidad. Lo que define el objeto de protección no es sólo el carácter especialmente relevante del servicio, sino la necesidad de que llegue a todos.

Esta idea de universalidad en el acceso aparece, por lo demás, contemplada en su doble vertiente territorial y económica. Dando respuesta, de esta manera, al temor existente al iniciarse el proceso de liberalizador, de que la entrada de la competencia en la prestación del servicio pudiera redundar en la desatención de determinados colectivos, por su ubicación territorial o su bajo poder adquisitivo¹⁶⁹.

Constituye, por tanto, un mecanismo de garantía frente a las decisiones del mercado que no se adaptan a los intereses públicos. Son elementos que van a

¹⁶⁶ CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA, *La protección de los...*, ob. cit., p. 132.

¹⁶⁷ M. M. FERNANDO PABLO, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Editorial Colex, Madrid, 1998, p. 200.

¹⁶⁸ Considera la CMT que, en "esencia, la fórmula de servicio universal alude a un conjunto definido de prestaciones que han de suministrarse a todos los ciudadanos, independientemente de las concretas circunstancias en las que éstos se encuentren, dado que se consideran servicios básicos a los que deben acceder todos por igual". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

¹⁶⁹ Indica al respecto A. GARCÍA FERNÁNDEZ que, cuando "se inició el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, al decidir qué actuaciones eran necesarias para conseguir el establecimiento de una competencia efectiva, se vio el peligro de que determinados colectivos quedasen discriminados por motivos de ubicación geográfica o por carecer de poder adquisitivo suficiente para costear los gastos que implican el acceso y uso de las nuevas tecnologías.

La geografía es un factor determinante a la hora de implantar redes de telecomunicaciones, pues es más costoso instalar redes en lugares de difícil acceso como montañosas o rurales, donde el número de usuarios es menor que en la ciudad.

El poder adquisitivo, también condiciona el acceso a los servicios de telecomunicaciones, con el fin de evitar que se incrementen las desigualdades entre los distintos colectivos sociales, las leyes de telecomunicaciones determinan que los servicios que se consideran básicos se presten en condiciones económicas favorables a los colectivos cuyo poder adquisitivo es menor". En J. CREMADES y J. RODRÍGUEZ-ARANA (dirs.), *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 2004, p. 333.

prevalecer con independencia de las decisiones y pretensiones de los operadores económicos¹⁷⁰. Lo que indica que son fruto de una decisión política, no de una decisión de carácter empresarial¹⁷¹.

Se convierte, con ello, en un instrumento esencial para lograr la cohesión económica y social en un contexto liberalizado, impidiendo la fragmentación de la sociedad, muy importante en los servicios liberalizados, muy vinculados al progreso científico y tecnológico¹⁷².

Es una vía para buscar la conciliación entre dos elementos, sino antagónicos, de difícil relación, como lo son los intereses públicos y el mercado¹⁷³.

Es expresión, en consecuencia, de la cláusula de Estado social y del principio de igualdad¹⁷⁴. Si bien algunos consideran que se trata de una igualdad de mínimos¹⁷⁵.

Esto hace que su precisión tenga un carácter esencial, pues la delimitación de su ámbito fijará el contenido del derecho de los ciudadanos y la consiguiente obligación de los poderes públicos, convirtiéndose en un presupuesto de su exigibilidad¹⁷⁶.

Frente a esta necesidad de concreción, el concepto de servicio universal adolece en sí de una cierta indeterminación, que viene determinada por un doble factor.

En primer lugar, por la propia dificultad que supone fijar los servicios que comprende. Desde un punto de vista ontológico, son servicio universal aquellos servicios que deben prevalecer por encima de las necesidades del mercado, aquellos cuyo carácter imprescindible para la vida social debe quedar por encima de los intereses privados de los sujetos que los prestan. Ahora bien, la determinación de éstos no puede llevarse a cabo desde criterios jurídicos, ni desde la pretendida existencia de un servicio público natural, sino que implica la toma de una decisión de carácter político¹⁷⁷.

En segundo lugar, porque la mera definición de los servicios no es suficiente para fijar el contenido del derecho, pues no sólo ofrece la garantía de unos servicios, sino

¹⁷⁰ Como señala la CMT, “las medidas que en este sentido pueda obligarse a cumplir a un operador determinado tiene como finalidad satisfacer determinados intereses que se han considerado intereses de carácter general, independientemente de su posible rentabilidad”. Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

¹⁷¹ FERNANDO PABLO, *Derecho General...*, ob. cit., p. 198.

¹⁷² Como señalan C. CHINCHILLA MARÍN; M. CARLÓN RUÍZ, “los objetivos de cohesión económica, social y territorial están íntimamente implicados en este concepto, puesto que se trata de evitar que los procesos de liberalización conduzcan a una fragmentación inasumible en el seno de las sociedades modernas, riesgo que es especialmente grave en relación con las telecomunicaciones, debido a su naturaleza cualificada”. “Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones”, en T. QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dirs.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, CGPJ, Madrid, 2003, p. 162.

¹⁷³ J. RODRÍGUEZ ARANA, “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista Catalana de Pret pública* 31, 2005, p. 393. A. EZQUERRA HUERVA, “Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo”, en *Revista Vasca de Administración Pública* 70 (2004), pp. 88-89.

¹⁷⁴ Como señala CHINCHILLA MARÍN, la “idea de solidaridad social está (...) en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT”. En *Comentarios a...*, ob. cit., p. 277. En el mismo sentido, señala CABALLERO SÁNCHEZ que con el servicio universal “se pretenden consolidar, o mejor dicho generalizar de modo efectivo, las conquistas adquiridas por el desarrollo social, de manera que esas mejoras prestacionales puedan ser disfrutadas por la generalidad de los ciudadanos”. *Infraestructuras en red...*, ob. cit., p. 361. La misma opinión, LÓPEZ CANDELA, *Sobre la...* ob. cit., p. 148.

¹⁷⁵ FERNANDO PABLO, *Derecho General...*, ob. cit., p. 199.

¹⁷⁶ C. MARTÍNEZ GARCÍA, *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002, p. 216.

¹⁷⁷ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Telecomunicaciones y Derecho Público”, en J. CREMADES (dir.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, p. 147. J. J. MOLLINEDO CHOCANO, “Los servicios de telecomunicaciones”, en G. CALVO DÍAZ (dir.), *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 187-188.

que atribuye a los ciudadanos el derecho a recibir éstos con una calidad determinada y a un precio asequible.

Aunque una parte de la doctrina considera que estos elementos tendrían la consideración de conceptos jurídicos indeterminados¹⁷⁸, lo que implicaría que admitirían una única solución justa, susceptible de control por parte de los tribunales de justicia, son, en nuestra opinión, claramente conceptos políticos, que deberán ser objeto de valoración conforme a un criterio de oportunidad e ideología política.

En cualquier caso, deban considerarse estos elementos como conceptos jurídicos indeterminados o como criterios de determinación política. Parece difícil cuestionar la opinión de aquellos que señalan que la regulación vigente remite en numerosas ocasiones a conceptos de contenido impreciso o de carácter técnico, que generan una cierta inseguridad, dificultando tanto la exigibilidad del servicio universal por los usuarios, como el control judicial de esta materia¹⁷⁹.

Como reclama la mejor doctrina, ese conjunto de prestaciones mínimas garantizadas debe ser interpretado a favor del interés de los consumidores y usuarios¹⁸⁰.

Por lo que se refiere al precio, con carácter general, no se exige que el servicio universal sea gratuito, aunque en algunos casos la normativa que lo regule podrá exigir obviamente que lo sea, sino tan sólo que sea prestado a un precio asequible. Ese simple hecho determina que los precios no van a ser dejados al mercado, sino que serán objeto de una intervención pública.

Como lógica manifestación del principio de igualdad, que exige que ésta sea real y efectiva, y no meramente formal, se deben adoptar medidas de discriminación positiva a favor de los colectivos que se encuentran en una situación desfavorecida, a fin de que éstos puedan recibir el servicio universal en condiciones equiparables a los de los demás usuarios.

En principio, la consecución de estos objetivos se trata de lograr mediante el funcionamiento del mercado, y cuando esto no es posible se requiere a la imposición a alguno o algunos de los operadores del sector obligaciones *ex lege* (obligaciones de servicio público), que son luego compensadas por diversas vías entre las que se pueden citar mecanismos como la atribución de ayudas públicas o concesión de exclusivas, pero sobre todo mediante la utilización de mecanismos dirigidos a la distribución de los costes de estas obligaciones entre todos los operadores del sector. Así, por ejemplo, se puede inferir del art. 20.1 LGTE¹⁸¹.

V.3.6. Principio de participación

El término participación, de difícil precisión, pero con los suficientes rasgos para ser conceptualizado en sus líneas esenciales¹⁸², designa un conjunto de actuaciones que

¹⁷⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, *La intervención administrativa...*, ob. cit., p. 209. CHINCHILLA MARÍN, CARLÓN RUÍZ, *Del servicio público...*, ob. cit., p. 166.

¹⁷⁹ CHINCHILLA MARÍN, CARLÓN RUÍZ, *Del servicio público...*, ob. cit., pp. 188-189.

¹⁸⁰ MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y...*, ob. cit., p. 128.

¹⁸¹ El art. 20.1 LGTE establece que la imposición de obligaciones de servicio público pretende "garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado".

¹⁸² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 248.

el ciudadano realiza no en cuanto titular de intereses particulares propios, sino como miembro de una comunidad, en defensa de intereses de carácter colectivo¹⁸³.

Su origen se encuentra en la insatisfacción del ciudadano por el funcionamiento de las estructuras de representación política tradicionales¹⁸⁴, que hace preciso añadir una legitimación adicional que proporcionan los mecanismos de participación directa de la ciudadanía¹⁸⁵.

De tal forma que los administrados, singularmente o a través de los grupos en los que se integran, buscan una mayor implicación que la derivada de la simple emisión del voto, para asumir un papel activo en el desarrollo de las políticas públicas¹⁸⁶.

En el campo de los servicios públicos dicha construcción se traduce en la búsqueda de una mayor imbricación de los ciudadanos en el desarrollo de la acción prestacional de los poderes públicos, como reacción ante la insatisfacción por los resultados que produce su entrega total a los poderes públicos, incapaces de dar respuesta a las verdaderas pretensiones y necesidades de la ciudadanía.

En la práctica, lo cierto es, sin embargo, que la participación de los usuarios de los servicios públicos es en la actualidad poco relevante, y que se encuentran grandes dificultades para la integración activa del ciudadano en las estructuras de prestación, tendiéndose más bien a fomentar una relación clientelar y asistencial¹⁸⁷.

A lo que se añade que, en muchos casos, cuando esa participación se da, el usuario carece de una preparación técnica suficiente para desarrollarla de forma efectiva. Por lo que acaba convirtiéndose en una intervención puramente formal en la que se ratifican soluciones adoptadas por otros¹⁸⁸.

Aciertan, por ello, quienes afirman que el incremento de la participación privada en la prestación del servicio y la conversión del usuario en consumidor, no ha logrado elevar al usuario a un papel protagonista en la provisión de prestaciones esenciales.

¹⁸³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Editorial Monea y Crédito, Madrid, 1977, p. 305.

¹⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 247. Señala L. PAREJO ALFONSO que la participación ciudadana “se explica y encuentra su causa principal en el proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complicados e intrincados problemas sociales y comunitarios”, *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 178.

¹⁸⁵ MUÑOZ MACHADO, *Tratado de...*, ob. cit., p. 88. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Reforma y...*, ob. cit., p. 16.

¹⁸⁶ PAREJO ALFONSO, *El concepto de...*, ob. cit., p. 140. S. PRATS I CATALA, “La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local”, en *Documentación Administrativa* 199 (octubre-diciembre de 1983), p. 530. MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública* 84, septiembre-diciembre de 1977, p. 531.

¹⁸⁷ Señala P. MÚJICA que el “enfoque de la modernización del Estado, ha relevado el tema de la calidad de la atención al ‘usuario’ y se constata que existe una percepción deteriorada del ‘usuario’ respecto a su relación con los servicios estatales. Se reconoce que los modelos de implementación de políticas públicas tienen dificultades para promover y fortalecer el ejercicio pleno de ciudadanía y un mayor protagonismo en sus niveles de participación y más bien fomenta la relación clientelar y asistencial con los ‘usuarios’, concepto que justamente indica la relación meramente funcional con el Estado”. “La participación ciudadana en relación con la gestión pública”, en bcn.cl.

¹⁸⁸ J. E. BÁRBARA, “La participación y el control del usuario en los entes reguladores y de control”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* 10 (2005, octubre 18-21, Santiago).

Resaltando, en consecuencia, la necesidad de acentuar la participación para lograr otorgar un papel central al usuario¹⁸⁹.

En cualquier caso, sin negar su importante papel, no puede dejarse de observar, como apunta CASSAGNE, que el auge de la participación tiene en la actualidad mucho de moda, no encontrando la desmesurada importancia que se le da en muchos casos, verdadera justificación¹⁹⁰.

Del régimen general en que se desarrolla la participación de los usuarios en los servicios públicos se aparta el sector educativo, donde se reconoce constitucionalmente un derecho de participación a los miembros de la Comunidad educativa (art. 27.7 CE¹⁹¹).

VI. Responsabilidad por los daños generados por el servicio

Los daños generados por una Administración que gestiona de forma directa un servicio público, entran claramente dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En el supuesto de que la prestación del servicio sujeto a concesión u otro tipo de gestión indirecta, o la interrupción del mismo, generen daños al administrado, éste tendrá derecho a ser indemnizado, con una doble base:

- a) Relación contractual que une al usuario con el concesionario, derivado del contrato de adhesión que le liga con éste.
- b) Responsabilidad extracontractual como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

En el primer caso, se estará ejercitando una acción administrativa, que se solventará ante la propia Administración o, en caso de impugnación judicial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el segundo, se tratará de una acción civil por incumplimiento contractual, que será dirimida por el orden jurisdiccional civil.

¹⁸⁹ COSTAS COMESAÑA, *De consumidor...*, ob. cit., p. 47.

¹⁹⁰ Señala J. C. CASSAGNE que “los inconvenientes que surgen a partir de su implantación conducen a preguntarnos si esas ventajas justifican el desmesurado desarrollo que, a impulsos de la moda jurídica, viene propugnando el derecho positivo.

A la natural confusión entre los intereses individuales y los de un sector determinado con aquellos que poseen mayor generalidad o se vinculan con el interés comunitario, la insuficiencia de los mecanismos de representación para reflejar la opinión democrática de los usuarios de un determinado sector, la captura de los entes reguladores por grupos activistas movido por intereses de neto corte político e, incluso, por los sectores empresarios, se le añaden otras desventajas no menos significativas como las concernientes al aumento de los costos económicos que conllevan los mecanismos participativos y, sobre todo, porque se diluye la responsabilidad que asumen los órganos encargados de tomar las decisiones y, su contracara, que conduce a eludir las responsabilidades personales (patrimoniales o económicas) de los participantes cuando actúan en representación de intereses colectivos o difusos”. “La participación pública en el control de los servicios públicos: Derechos individuales y colectivos: La participación de las asociaciones defensoras de los usuarios, el procedimiento de audiencias públicas, y las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* 5 (2005), p. 196.

¹⁹¹ Establece este precepto que los “profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”.

Véase un desarrollo detallado sobre el contenido de este derecho de participación en DOMÍNGUEZ-BERRUE-TA DE JUAN; SENDÍN GARCÍA, *Derecho y...*, ob. cit., pp. 181 y ss.

En tales supuestos la obligación de indemnizar corresponde, en principio, al concesionario¹⁹² (art. 161.c LCAP²⁰⁰⁰, a partir de 30 de abril de 2008, art. 256.c LCAP¹⁹³; art. 128.1.3 RSCL¹⁹⁴).

En el caso de los servicios liberalizados, la deficiente prestación de una obligación de servicio público da lugar a la obligación de indemnizar del operador, tanto como consecuencia de incumplimiento de un contrato, como por la deficiente prestación de una obligación de servicio público. Así lo ratifica el Derecho positivo, por ejemplo, el art. 21 RSP¹⁹⁵.

Tan sólo en supuestos excepcionales en que el daño proceda directamente de una actuación impuesta por la Administración, esa responsabilidad recaerá sobre la Administración en vez de sobre los operadores¹⁹⁶.

Sin embargo, la Administración responderá frente al usuario en aquellos supuestos en los que se haya hecho posible la producción del daño como consecuencia del incumplimiento por parte de la Administración de sus deberes de inspección y control. Teniendo en cuenta que cuando se trate de prestaciones que constituyan obligaciones de servicio público, esos deberes de inspección y control deben ser exigidos con mayor rigor¹⁹⁷.

¹⁹² Esa es la opinión de SOSA WAGNER que señala que conviene “no dejarse liar por el embrollo de citas legales y jurisprudenciales, y volver serenamente a lo que dicen los preceptos citados de la LC y el RS (...) y, de su mano, recordar el principio: responsabilidad del concesionario, a consecuencia de que es un sujeto no incardinado en la organización administrativa; y, después, la excepción: responsabilidad de la Administración. Por ello, más correctas son, a mi entender, las decisiones judiciales que recuerdan esa regla general invocada y que se resume en la idea de que ‘el concesionario está obligado a indemnizar’ (...). Porque al final no vamos a saber a ciencia cierta para qué sirve el concesionario interpuesto, un empresario que intervendría en el tráfico apaciblemente, bajo la sombrilla de los mecanismos de equilibrio económico, que veremos, y un sistema de responsabilidad que le acaba haciendo aparecer como una suerte de arcángel, incapaz de producir un daño del que deba hacerse responsable de forma directa”. *La gestión de...*, ob. cit., pp. 214-215. GOMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., p. 755, nota 37.

¹⁹³ El art. 161.c LCAP²⁰⁰⁰, que establece que es obligación del contratista:
“c. Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.

El art. 256.c LCAP establece que es obligación del contratista:
“c. Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.

¹⁹⁴ El art. 128.1.3 RSCL fija como una obligación general del concesionario:
“3. Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible”.

¹⁹⁵ Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

El art. 21 RSP establece que, con “carácter general, los operadores postales responderán ante el usuario por incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios postales, en los casos y condiciones previstos en el presente Reglamento. Dicha responsabilidad se concretará en la indemnización correspondiente”. Responsabilidad del operador que se reitera para el caso específico de extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales en el art. 22 RSP.

¹⁹⁶ Señalan CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, que “al margen de los supuestos excepcionales en los que el daño sea directamente imputable a una actuación administrativa —(como ejemplos, casi de laboratorio, podría pensarse en la imposición reglamentaria de estándares técnicos incompatibles o que no garantizan la continuidad de la prestación del servicio o en otros casos en que el daño al usuario deriva directamente de las condiciones de prestación del servicio impuestas por la Administración)—, sólo los operadores y no la Administración han de responder de los daños derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones”. *La protección de...*, ob. cit., p. 124.

¹⁹⁷ CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, *La protección de...*, ob. cit., pp. 124-130.

VII. Protección de bienes constitucionales afectados por el funcionamiento del servicio

Hasta ahora hemos examinado los derechos del usuario en lo que se refiere específicamente a su condición de tal, esto es, en orden a la salvaguardia de la correcta prestación del servicio. Al estatuto del usuario se unen, igualmente, un conjunto de medidas dirigidas a la protección de algunos bienes constitucionales que indirectamente se vinculan al mismo.

Así, por citar sólo algunos ejemplos, el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18 CE, implica el secreto de las comunicaciones¹⁹⁸. En orden a la salvaguardia de dicho bien constitucional, se instrumentan medidas de garantía en algunos servicios públicos (art. 33 LGTE¹⁹⁹).

Igualmente, el derecho fundamental a la protección de datos personales, consagrado en el art. 18.4 CE²⁰⁰, obliga a tomar medidas de protección en algunos servicios esenciales (art. 34 LGTE²⁰¹).

Mención específica debe hacerse a la multiplicidad de problemas que, en relación al derecho a la intimidad y al derecho de protección de datos personales, se suscitan en los servicios públicos sanitarios a través de la historia clínica²⁰².

VIII. Obligaciones del usuario de servicios públicos

El usuario de un servicio público no sólo disfruta de derechos y facultades, sino que sobre él pesan también deberes y obligaciones.

Esencialmente esas obligaciones son dos: respetar el régimen de funcionamiento del servicio y abonar, en su caso, la contraprestación que se exija para poder disfrutar del servicio.

VIII.1. Sumisión al régimen de funcionamiento del servicio

Supone el sometimiento del usuario a un ordenamiento jurídico especial, integrado tanto por las normas o reglamentos dictados por los poderes públicos para

¹⁹⁸ El art. 18.3 CE garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

¹⁹⁹ El art. 33 LGTE establece que los “operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias”.

²⁰⁰ El art. 18.4 CE establece que la “Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

²⁰¹ El art. 34 LGTE establece que “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente”.

²⁰² Véase un tratamiento detallado de la cuestión en M. A. SENDÍN GARCÍA, “El derecho de acceso a los documentos que contienen datos personales de los pacientes. Especial referencia a la legislación sobre derechos y deberes de los pacientes de Castilla y León”, en *Revista Jurídica de Castilla y León* 8.

reglamentar el servicio, como a la normas internas que rijan su funcionamiento (art. 105 TRRL²⁰³).

Esta normativa reguladora del servicio tiene que haber sido fijada previamente por la Administración (art. 155.2 LCAP'2000, a partir de 30 de abril de 2008, art. 116 LCAP²⁰⁴ art. 33 RSCL²⁰⁵). Debiendo contener, como mínimo, el siguiente contenido:

- a) Modalidades de prestación del servicio a que puede acogerse el usuario.
- b) Situación del usuario, con sus derechos y obligaciones.
- c) Situación del gestor del servicio, incluyendo sus derechos y obligaciones²⁰⁶.

Esta reglamentación está dotada de carácter normativo, por lo que se superpone a las cláusulas contractuales, y sirve de criterio interpretativo de éstas²⁰⁷. Al ser Derecho objetivo vincula tanto a la Administración, como a los usuarios y al gestor del servicio, en su caso²⁰⁸.

La sujeción a la reglamentación del servicio sitúa al usuario en una relación especial de sujeción o de supremacía especial, que determina el sometimiento del usuario al poder directivo de la administración de la organización y el funcionamiento del servicio y a la potestad sancionadora de la Administración por infracción de las normas reguladoras del servicio.

Por lo que se refiere al poder de organización del servicio, que aparece recogido en el art. 30 RSCL²⁰⁹, es un poder circunscrito al ámbito puramente interno, que no alcanza a aquellas cuestiones que, pese a su carácter organizativo, sean susceptibles de producir efectos externos, afectando a los ciudadanos²¹⁰.

En cuanto a la potestad sancionadora, se traduce en la posibilidad de sancionar cuando se produzca una vulneración del régimen de funcionamiento del servicio, aplicando al infractor la correspondiente sanción.

Ahora bien, por exigencia del principio de legalidad, ese poder de sancionar lo podrá ejercer la Administración únicamente en la medida en que aparezca previsto por una norma con rango de ley, que tipifique como infracción administrativa la vulneración de las normas reguladoras del servicio.

²⁰³ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL).

El art. 105 TRRL establece que los "actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio y, en su caso, a la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma que regule la materia".

²⁰⁴ El art. 155.2 LCAP'2000 establece que antes "de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma".

El art. 116 LCAP establece que antes "de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio".

²⁰⁵ El art. 33 RSCL establece que las "Corporaciones Locales determinarán en la reglamentación de todo servicio que establezcan las modalidades de prestación, situación, deberes y derechos de los usuarios y, si no se hubieren de desarrollar íntegramente, de quien asumiere la prestación en vez de la Administración".

²⁰⁶ LLISET BORRELL, LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de...*, ob. cit., p. 244.

²⁰⁷ GOMEZ PUENTE, *La inactividad...*, ob. cit., p. 750.

²⁰⁸ LLISET BORRELL, LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de...*, ob. cit., p. 422.

²⁰⁹ El art. 30 RSCL establece que las "Corporaciones Locales tendrán plena potestad para (...) organizar (...) los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus reglamentos y demás disposiciones de aplicación".

²¹⁰ ESCRIBANO COLLADO, *El usuario...*, ob. cit., pp. 145-146.

En cuanto se trata de un poder sancionador de carácter puramente interno, sólo podrá ser ejercitado respecto a aquellas conductas que se realicen como usuario del servicio y con ocasión de la utilización del mismo²¹¹.

VIII.2. Obligación de pagar la contraprestación

En algunas ocasiones el servicio es de recepción gratuita. En otras, sin embargo, se exigirá al usuario el pago de una contraprestación.

La naturaleza jurídica de esa contraprestación es variable, pudiendo consistir en una tasa, un precio público o un simple precio privado²¹².

El concepto de tasa aparece recogido en el art. 2.2.a *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* (en adelante LGT) y el 6 *Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos* (en adelante LTPP), que consideran como tal “los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”.

El concepto de precio público nos lo ofrece el art. 24 LTPP, que señala que tendrán “la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho Público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados”.

En los servicios públicos sujetos a gestión indirecta se perciben unas tarifas, que tienen el carácter de precio privado, pero intervenido²¹³ (por ejemplo, art. 107.1 TRRL²¹⁴).

La tarifa se diferencia de la tasa en que esta última constituye un ingreso que genera una prestación pública, destinado a cubrir los gastos públicos, entrando a formar parte del presupuesto. Es un tributo sujeto a los principios propios de éste. Mientras que la tarifa es un precio que ingresa la persona privada que gestiona indirectamente un servicio público, en virtud de la potestad tarifaria. Tiene un origen contractual, y su cuantía supone la remuneración del concesionario, por lo que está afectada al principio de equilibrio financiero. Sin perjuicio de la incidencia que pueda producir el ejercicio por parte de la Administración de sus potestades²¹⁵.

²¹¹ ESCRIBANO COLLADO, *El usuario...*, ob. cit., pp. 148-149.

²¹² PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 430.

²¹³ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 430.

²¹⁴ El art. 107.1 TRRL establece que la “determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizados por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas”.

²¹⁵ J. TORNO MAS, “La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 656-657.

Esa contraprestación puede recuperar el coste total o sólo parcial del servicio (art. 107.2 TRRL²¹⁶).

Las tarifas deben ser iguales para aquellos usuarios que se encuentren en una misma situación objetiva y reciban una misma prestación (art. 150.1 RSCL²¹⁷). No deben serlo necesariamente, sin embargo, para los usuarios que se encuentran en diferente situación objetiva, como consecuencia de la adopción de medidas de discriminación positiva (art. 150.2 RSCL²¹⁸).

La fijación de las tarifas no suele incluirse, dada su mutabilidad, en la propia normativa reguladora del servicio, sino que suelen determinarse mediante operaciones aisladas, que no se recogen físicamente en instrumentos separados, que tienen, no obstante, el carácter de normas desgajadas de la reglamentación del servicio²¹⁹.

En los servicios de interés general liberalizados, la Administración se ve privada normalmente de su potestad tarifaria, dejándose los precios al libre juego del mercado. Sin embargo, cuando éste falla (por ejemplo, cuando no existe verdadera competencia en la prestación del servicio al usuario) sigue persistiendo una intervención pública (precio regulado). Si bien dicho precio regulado no es fijado por la Administración, sino por un ente regulador que se entiende debe actuar con la neutralidad propia del mercado²²⁰.

La no satisfacción de la contraprestación determinará la exclusión en la prestación del servicio.

IX. Control judicial y órganos administrativos de protección de los usuarios de servicios públicos

IX.1 Control judicial

Debe distinguirse entre las cuestiones relativas a la creación, modificación o extinción del servicio y las relativas al acceso y funcionamiento del servicio.

Por lo que se refiere a las primeras (creación, modificación o extinción del servicio), son cuestiones que caen dentro del ámbito de la potestad organizatoria de la

²¹⁶ Así se puede inferir del art. 107.2 TRRL, que establece que las “tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes”.

²¹⁷ El art. 150.1 RSCL establece que la “tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias”.

²¹⁸ El art. 150.2 RSCL establece que “podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles”.

²¹⁹ LLISSET BORRELL, LÓPEZ PELLICER, *Reglamento de...*, ob. cit., p. 245. Sobre el concepto de elementos desgajados de la norma, véase J. L. MEILÁN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, 1967, pp. 45 y s.

²²⁰ TORNO MAS, *La intervención...*, ob. cit., p. 652.

Administración, por lo que estarán sujetas, en todo caso, al control de la jurisdicción contencioso administrativo²²¹.

En las demás cuestiones, cuando se trate de servicios gestionados directamente por la Administración, la tutela judicial de los usuarios corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando se trate de servicios gestionados por sujetos privados dicha tutela judicial corresponderá a los tribunales civiles²²².

Esta solución es extensible al ámbito de los servicios liberalizados, ya que las relaciones jurídicas entre el usuario y el operador se enmarcan en una relación contractual, que se podrá hacer efectiva a través de los mecanismos característicos del Derecho Privado para hacer valer las obligaciones contractuales, previstas en los art. 1124 y 1101 del Código Civil²²³.

No obstante, los actos que dicte el concesionario en ejercicio de funciones públicas, por delegación de la Administración, quedan bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.d LJ²²⁴, art. 136 RSCL²²⁵).

A lo que se añade, en muchos casos, la posibilidad de administrativizar el conflicto con el gestor del servicio, instando el ejercicio por parte de la Administración de sus poderes de control y vigilancia, que permitirá en caso de desatención de esa solitud, la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo²²⁶.

Muy importante, en orden a una correcta tutela de los derechos e intereses de los usuarios es la posibilidad de que puedan ser objeto de tutela por aquellas entidades que representan intereses colectivos o difusos, mediante la atribución a éstas de legitimación, sin perjuicio de la tutela individual que puedan llevar a cabo los concretos usuarios afectados. Legitimación reconocida en la actualidad en nuestro

²²¹ Señalan LLISSET BORRELL; LÓPEZ PELLICER que, aunque “no está definitivamente resuelta la cuestión del criterio de la aplicación del Derecho Privado y del Derecho Público en la actuación administrativa está fuera de toda duda, en nuestro ordenamiento jurídico, que los aspectos organizativos de la Administración pública caen siempre de lleno en el Derecho administrativo, y, por ende, deberán ser enjuiciadas por la Jurisdicción contencioso-administrativa (...).

(...) Al mundo de la organización administrativa pertenece, desde luego, la constitución, la modificación o la supresión de los servicios públicos, así como la determinación de sus modalidades gestoras.

Ninguna duda ofrece, por tanto, el sometimiento de esta materia a la Jurisdicción contencioso-administrativa”. *Reglamento de...*, ob. cit., p. 248.

²²² PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 431. LLISSET BORRELL, LÓPEZ PELLICER: *Reglamento...*, ob. cit., p. 422, nota 4.

²²³ CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, *La protección de los...*, ob. cit., p. 132. En el mismo sentido la jurisprudencia, que señala que “Telefónica de España, en cuanto empresa contratante del suministro telefónico, además de principal operadora del mercado de las telecomunicaciones, está obligada a prestar un servicio sujeto a las condiciones y exigencias indicadas anteriormente y que son expresión de la explícita voluntad legal, de forma que, si no lo hace, podrá incurrir en responsabilidad contractual, a no ser que demuestre que el incumplimiento está fuera de la órbita de su culpabilidad, es decir, en la esfera de lo irreprochable al amparo del art. 1105 del Código Civil, lo que deberá ser objeto de prueba por su parte y que habrá de ser objeto de interpretación especialmente restrictiva, habida cuenta de la naturaleza de servicio de primera necesidad y de la expresa y enérgica regulación legal”. SAP Barcelona núm. 677/2004 (Sección 17ª), de 23 noviembre.

²²⁴ El art. 2.d LJ establece que el “orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

“d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

²²⁵ El art. 136 RSCL establece que los “actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley”.

²²⁶ MARTÍN REBOLLO, *Sociedad, Economía...*, ob. cit., p. 647.

ordenamiento jurídico, con carácter general, en el art. 7.3 LOPJ²²⁷, en el ámbito contencioso-administrativo, en el art. 19.1.b LJ²²⁸, y en el procedimiento administrativo en el art. 31.3 LPC²²⁹.

Esta atribución de legitimación es particularmente relevante, dado que es frecuente en la práctica que las vulneraciones de los derechos usuarios sean daños de pequeña entidad individual, pero gran trascendencia si se computa la incidencia en el conjunto del colectivo. De tal forma que la tutela particular no encuentre incentivos suficiente, y sea más adecuada la actuación colectiva.

IX.2. Control no judicial. Especial referencia a las Entidades Reguladoras de servicios públicos

Previamente a la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa, está la posibilidad de interponer recurso administrativo respecto aquellos actos que constituyan actos administrativos. Así como la posibilidad de solicitar a la Administración que haga uso de sus poderes de vigilancia e inspección, que en caso de no ser atendida podrá ser impugnada ante la jurisdicción contenciosa.

Mención especial debe hacerse a la aparición en los sectores liberalizados de un conjunto de órganos que asumen el papel de entes reguladores del sector, y que se organizan normalmente como Administraciones independientes.

El punto de partida para entender la aparición de estos entes se encuentra en la necesidad de separación entre el regulador y prestador del servicio en los servicios liberalizados. La intervención pública en la actividad económica hace posible que en un mismo sujeto coincidan las funciones de regulador y operador. Confusión que debe ser evitada si se pretende la existencia de un verdadero mercado en competencia²³⁰. Lo que ha llevado a prohibir la confluencia de esas dos funciones en un mismo sujeto²³¹, con el objetivo de evitar, a fin de lograr la existencia de una auténtica competencia, que quien ejerce la función de regulación pueda prevalerse de este poder, operando en el mercado desde una situación más ventajosa que sus competidores²³².

²²⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

El art. 7.3 LOPJ establece que los “juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

²²⁸ El art. 19.1.b LJ establece que están “legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: (...) b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

²²⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El art. 31.3 LPC establece que las “asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”.

²³⁰ A. C. PAGE, “Member States, Public Undertakings and article 90”, en *European Law Review* 7 (1982), p. 21.

²³¹ D. SIMON, “Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*. La documentation Française, Paris, 1998, pp. 80-82.

²³² Señala nuestro TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que la separación entre regulador y operador “tiene el mismo fundamento que el principio de que el árbitro de un juego nunca debe formar parte de un equipo de los que disputan una competición. No se puede ser a la vez el regulador —el que propone o aplica las normas— y formar parte de uno de los equipos”. “Las razones son obvias. En el momento en que a uno —como equipo— no le gusten las reglas del juego, las cambiara”. “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y ataja el daño causado por los monopolios”, en *La defensa de la competencia en España y en Europa*, Barcelona, 1995, p. 128.

Objetivo que exige, como señala LANGODET, acabar con cualquier situación en la que coincidan en un mismo sujeto ambas funciones, pudiendo ocurrir esto en dos casos, que el propio Estado intervenga directamente en la actividad económica, con o sin autonomía jurídica, o que se atribuya a un operador económico las funciones de regulación²³³.

Se exige, por ello, que la atribución de las funciones de regulación se realice a favor de una Autoridad independiente. Resultándole indiferente la configuración concreta de ésta, aspecto en el que se da a los Estados libertad para determinar la forma en que cumplir dicho objetivo, siempre que la independencia entre regulador y operador quede asegurada²³⁴.

La necesidad de separación entre actividad reguladora y actividad de prestación ha provocado la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de unas entidades reguladoras o Comisiones.

Estas figuras han encontrado su desarrollo en el Derecho americano. Como señala ROBSON, la “misión de la Comisión reguladora es normalmente el control o supervisión de las empresas relacionadas con un interés público y que funcionan a base de un beneficio privado”; y es éste precisamente uno de los puntos principales que diferenciaba el sistema estadounidense, en el que se encomendaba la provisión de los servicios esenciales a empresas privadas que actuaban en su propio interés; de los modelos europeos tradicionales, en los que ha sido más frecuente el recurso a la empresa pública, o al menos sujeta al control directo del sector público²³⁵.

Sin embargo, con la liberalización, se difuminó esta diferencia en algunos servicios esenciales, al convertirse éstos en mercados competitivos, en los que las empresas, bien públicas o privadas, actúan en persecución de sus intereses empresariales²³⁶. Lo que convierte a la regulación por agencias en el medio más adecuado para garantizar que esas empresas al conseguir su propio interés satisfacen también el interés público.

Estas entidades reguladoras se integrarían en línea de principio, al menos en la mayor parte de los casos, en el concepto más amplio de administración independiente²³⁷.

²³³ F. LANGODET, “La dissociation des fonctions su sein du service universel”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché II*, La documentation Française, París, 1998, pp. 259-260.

²³⁴ LANGODET, *La dissociation des fonctions...*, ob. cit., p. 265. CONSEIL D'ÉTAT, “Réflexions sur les autorités administratives indépendantes”, en *Etudes et Documents* 52 (2001), pp. 272-273. T. PROSSER, *Law and the regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 55-56.

²³⁵ Si bien parece ser que tuvieron su origen en el Derecho inglés. Así lo señala W. A. ROBSON, según el cual la idea de Comisión reguladora “apareció a mediados del siglo XIX en Inglaterra como un instrumento para la regulación de los ferrocarriles de interés público”. De allí “se extendió pronto a Estados Unidos y la Comisión reguladora ha pasado a ocupar en este país una extraordinaria importancia tanto en el Gobierno federal como en el de los Estados. *Industria nacionalizada y propiedad pública*, J. PETIT FONTSERE (trad.), Tecnos, Madrid, 1964, p. 27.

²³⁶ G. OBERMANN, “Sector-specific regulation from a public choice perspective with regard to the supply of services of public interest”, en *Annals of Public and Cooperative Economics* 70-2 (1999), p. 211. J. P. COLSON, *Droit Public Economique*, Tercera edición, LGDJ, París, 2001, pp. 2-3. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001, p. 46.

²³⁷ Esta es la conclusión mayoritaria de la doctrina. Así, R. PARADA VÁZQUEZ considera como tal a la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en *Derecho administrativo II*, 14ª edición, Marcial Pons, 2000, pp. 315-318. V. ÁLVAREZ GARCÍA; y R. DUARTE MARTÍNEZ, respecto a la que fuera Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, en *Administración pública y Electricidad*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 105-110. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, respecto a la CMT y CNE, en “L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes”, en *Etudes et Documents* 52 (2001), pp. 413-414. M. CARLÓN RUIZ, a la CMT, en “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102, abril-junio de 1999, pp. 230-234. También en el Derecho francés se ha configurado a estas entidades reguladoras como Administración independientes. Así, el CONSEIL D'ÉTAT considera como tales la *Autorité de régulation des télécommunications* y la *Commission de régulation de l'électricité*. *Réflexions sur les autorités...*, ob. cit., p. 266.

Si bien, en la práctica, esta afirmación no es tan fácil de sostener en todos los supuestos, al menos en nuestro propio ordenamiento jurídico, pues, como veremos, faltan en ocasiones algunos de los elementos esenciales para poder recibir esa calificación²³⁸.

En cualquier caso, se logre o no la plasmación de una figura de esta naturaleza, está claro que es el modelo de referencia utilizado para su configuración, por lo que todo examen de las Comisiones Reguladoras debe partir del análisis de estas instituciones.

El concepto de Administración Independiente no es un concepto excesivamente perfilado, en cuanto agrupa un conjunto de entes administrativos muy heterogéneo. Si bien esto no impide, en ningún modo, su delimitación conceptual, pues presentan suficientes rasgos comunes para cimentar una construcción teórica unitaria.

La razón primordial que ha llevado a su difusión es, sin duda, su mal llamada independencia, pues no puede hablarse en realidad de tal, sino de simple autonomía²³⁹, aunque, eso sí, reforzada, para atenuar su dependencia respecto al Gobierno. Permitiendo así una cierta neutralización política de sus decisiones, que las convierte, como señala JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, en organismos “ajenos —o al menos razonablemente distanciados— a la lucha política”²⁴⁰, a través de los que se opera una desideologización del ejercicio del poder²⁴¹.

Esta independencia, a la que se une que, al menos presuntamente, actúan únicamente sobre la base de criterios técnicos²⁴², les dota de una mayor legitimación, que se considera necesaria por las características de los sectores, especialmente sensibles, en que desarrollan su actividad²⁴³.

No debe entenderse, sin embargo, que esta autonomía se debe dar tan sólo respecto al Poder Político, sino respecto a cualquier grupo de presión existente en una sociedad, comprendiendo también a los poderes económicos y burocráticos²⁴⁴. Sin que, con ello, se tenga que producir una reducción de la intervención administrativa en ese ámbito, realmente lo que se persigue es garantizar la total imparcialidad de ésta, no limitarla²⁴⁵.

²³⁸ En tal sentido, L. PAREJO ALFONSO, respecto a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que considera que no “tiene independencia en grado real suficiente y debidamente asegurado” para ser considerada una Administración independiente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 610-611. De forma más ambigua se pronuncia A. MARTI DEL MORAL, que considera, respecto a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que sólo en sentido impropio puede calificarse ésta como una Administración independiente, siendo más conveniente hablar de autonomía especial o de reforzamiento de la autonomía de gestión. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, Madrid, 2000, pp. 264-265.

²³⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, *L'expérience espagnole en...*, ob. cit., pp. 414-415. ÁLVAREZ GARCÍA; y DUARTE MARTÍNEZ, *Administración pública y...*, ob. cit., pp. 100-101. L. PAREJO ALFONSO, “Prólogo” al libro de A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes*, p. 13.

²⁴⁰ F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, p. 340.

²⁴¹ GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas...*, ob. cit., p. 93.

²⁴² A. GALLEGU ANABITARTE, y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “La nueva regulación del mercado del gas natural”, en *Revista de Administración Pública* 148, enero-abril de 1999, pp. 58-59.

²⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA; y DUARTE MARTÍNEZ: *Administración pública y...*, ob. cit., pp. 98-100. CARLÓN RUIZ, *La Comisión de...*, ob. cit., p. 235. J. M. SALA ARQUER, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 42, abril-junio de 1984, pp. 401-402. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en...*, ob. cit., pp. 309-312.

²⁴⁴ M. GNES, “The italian Independent Administrative Authorities: the Transplantation of an American Experience?”, en *European Public Law* 1997-3, p. 35.

²⁴⁵ SALA ARQUER, *El Estado neutral...*, ob. cit., p. 409

Otro factor que justifica su existencia, es que dan respuesta a las demandas que vienen solicitando desde hace tiempo un cierto repliegue del sector público²⁴⁶, en cuanto a través de ellas se actúa un nuevo modo de acción pública, la regulación, que supone, sino necesariamente una intervención pública menos intensa, sí un retroceso de la actividad pública directa, para limitarse a reconducir la acción de sujetos normalmente privados, o al menos actuando como tales.

En cuanto a las características de estos entes, se ha destacado que una Administración independiente viene definida por tres grandes notas:

- a) Personalidad jurídica propia.
- b) Función de regulación sectorial.
- c) No dependencia respecto al aparato administrativo²⁴⁷.

Para conseguir esa autonomía y neutralidad técnica que les es característica se les va a dotar de un conjunto de garantías especiales, de las que normalmente no están dotadas las Administraciones Públicas.

Antes de examinar estas garantías debe hacerse una advertencia previa. Estamos hablando de unas notas que con carácter general se entiende deben existir en estas instituciones, pero que no se dan necesariamente en todas ellas. En realidad, al descender al supuesto concreto, se encuentran múltiples peculiaridades y diferencias entre las entidades que reciben esta calificación.

En primer lugar, se va a otorgar a sus directivos un estatuto especial, que sin equipararse a la inamovilidad judicial se aproxima en algunos aspectos a ella. Así, sólo podrán ser removidos de sus cargos, durante el tiempo que dure su mandato, si concurre alguna de las causas tasadas establecidas expresamente por su normativa reguladora²⁴⁸.

A fin de evitar que el Gobierno o el grupo parlamentario mayoritario que lo sustenta pueda controlar dichas instituciones, se establece un periodo de mandato para sus dirigentes que no coincida con la legislatura y, por tanto, el mandato del gobierno.

También se establecen un conjunto de garantías en relación a su nombramiento. Así, en primer lugar, para garantizar su autonomía, se suele prever la intervención en su nombramiento de otros poderes del Estado, particularmente del legislativo.

Están dotadas de personalidad jurídica propia, lo que les distingue de los órganos administrativos²⁴⁹.

Para impedir que el ejecutivo pueda controlarlos estrangulados económicamente, están dotados de determinadas garantías en el ámbito financiero. Concretamente, deben de gozar de una financiación adecuada, que les permita desarrollar sus funciones. Así como de autonomía suficiente para gestionar su presupuesto. Además es preciso que cuenten con un cierto patrimonio e ingresos propios.

²⁴⁶ GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas...*, ob. cit., p. 93.

²⁴⁷ J. TORNO MAS, *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*, Marcial Pons, 1999, p. 73.

²⁴⁸ E. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Agencias...*, ob. cit., p. 49. FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, *Reflexión...*, ob. cit., p. 213.

²⁴⁹ F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, En *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 43. TORNO MAS, *Las autoridades...*, ob. cit., p. 73. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2002, p. 608.

Asimismo, para garantizar su competencia técnica y profesional, asegurando que se trata de auténticos expertos con prestigio contrastado, se suele exigir que concurren en sus directivos determinadas competencias y capacidades profesionales²⁵⁰, que le permitan tener y actuar desde un criterio propio²⁵¹.

Esto va a llevar a que sean casi siempre profesionales que han desarrollado una larga carrera en el sector del que se trate. Si bien se genera el riesgo de que pierda su neutralidad a favor de las empresas que operan en dicho ámbito, pues, más tarde o más temprano, deberán volver a trabajar en ellas. Lo que incrementa el riesgo de que su voluntad sea captada por éstas, durante el tiempo que desarrolla sus servicios en la Agencia.

Para evitar que así ocurra, se suele establecer un periodo de cuarentena, esto es, un lapso de tiempo en el que los miembros de las Administraciones Independientes no podrán prestar servicios en el sector en el que desarrollan sus funciones²⁵².

A efectos de garantizar su neutralidad se les sujeta, igualmente, a un exigente régimen de incompatibilidades, con el que se pretende garantizar su imparcialidad tanto frente a los sujetos privados, como ante las estructuras del poder político.

Aunque no es la única opción posible, pues en algunos casos se les ha dado un carácter unipersonal, se suele considerar más adecuado que tengan composición colegiada. Lo que facilita que el órgano posea la pluralidad de perspectivas y habilidades que se entiende que requieren estos entes para desarrollar correctamente su función²⁵³.

No obstante, eso no debe permitir que su composición sea el resultado de una transacción, mediante la cual se convierta el nombramiento de sus miembros en un reparto entre los partidos políticos conforme a cuotas de poder. Lo que dejaría en entredicho tanto su verdadera neutralidad como su carácter técnico²⁵⁴.

Ni siquiera debería permitirse que los miembros de la Comisión fuesen representantes de los distintos sectores implicados en el ámbito donde la Agencia desarrolla sus funciones. Pues esto podría llevar a que se resolviesen los posibles conflictos dentro del órgano, en una negociación cerrada, sin la necesaria participación y transparencia²⁵⁵.

Si bien sí parece adecuado, en cuanto permite tener en cuenta los diversos intereses existentes en el sector, que la Agencia cuente en su organización con órganos en los que estén representados los diversos actores que operan en el mismo²⁵⁶.

²⁵⁰ G. ARIÑO ORTIZ, "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo, Tomo I*, Madrid, 1993, p. 70. DESDENTADO DAROCA, *La crisis de...*, ob. cit., p. 135.

²⁵¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones Independientes. Los entes...*, ob. cit., p. 607.

²⁵² G. CANANEA, "La réglementation des services publics en Italie", en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002), p. 98. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Agencias...*, ob. cit., p. 49.

²⁵³ PROSSER, *Law and...*, ob. cit., p. 299. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Agencias...*, ob. cit., p. 48. GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas...*, ob. cit., p. 103. Señala al respecto BETANCOR RODRÍGUEZ, que "es más difícil sostener la independencia y aún más realizarla cuando el ente tiene una organización simple (un órgano unipersonal ejecutivo) que cuando es una organización compleja". *Las Administraciones Independientes. Los entes...*, ob. cit., p. 608.

²⁵⁴ En tal sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO señala que esta práctica es censurable. A lo que añade, resignadamente, que si "se respeta el criterio de la debida preparación profesional de los consejeros, esta práctica resulta menos repudiable que si se emplea para convertir esas Comisiones en una suerte de cementerio de elefantes, o de prebenda con la que se pagan anteriores servicios prestados a una determinada formación política". *Agencias...*, ob. cit., pp. 48-49.

²⁵⁵ PROSSER, *Law and the...* p. 299.

²⁵⁶ Señala BETANCOR RODRÍGUEZ que "la independencia está relacionada con la existencia de órganos de representación de todos los intereses presentes en el ámbito de actuación del ente, porque ésta representación permite la escenificación de todos los intereses y su correlativo equilibrio, contexto adecuado para garantizar la independencia del ente". *Las Administraciones Independientes. Los entes...*, ob. cit., p. 608.

No debería poder renovarse el mandato de sus directivos, pues esto permite ejercer sobre sus miembros una presión considerable cuando llega la hora de decidir sobre su renovación²⁵⁷.

Desde el punto de vista funcional, es imprescindible que tengan atribuidas un ámbito competencial de forma propia y exclusiva.

Su tarea característica es la supervisión de un ámbito sectorial concreto y determinado. Concretamente sectores en los que operan sujetos esencialmente privados, estando presentes intereses públicos especialmente relevantes.

Para cumplir esas funciones se les atribuye una amplia gama de poderes y facultades, de naturaleza muy heterogénea. De entre ellas debe destacarse, por su importancia, el otorgamiento de importantes atribuciones en materia de obtención de información, sin las cuales difícilmente van a poder cumplir su labor²⁵⁸.

No deberán, además, poder solicitar ni recibir ordenes, instrucciones o directivas por parte del Gobierno. Ni éste ni otros órganos superiores de la Administración deben poder, tampoco, fiscalizar sus decisiones, esto es, éstas no deben poder ser impugnadas a través de recurso de alzada.

Aunque estos entes gocen de una mayor autonomía que la que disfrutaban los demás órganos administrativos, no pierden su carácter administrativo, y están, por ello, como cualquier otro órgano de la Administración sujeto al control de los tribunales.

Si bien, no puede negarse que, dadas sus peculiares características, ese control judicial va a encontrar especiales dificultades. En primer lugar, por la propia naturaleza de las funciones que desarrollan, especialmente tecnificadas, lo que va a dificultar la actuación de los miembros de la judicatura, que en muchos casos carecerán de la capacidad necesaria para una correcta comprensión de la problemática que se plantee. Es, por ello, preciso, como señala una parte de la doctrina, que se adopten medidas destinadas a garantizar la preparación técnica del Tribunal²⁵⁹.

En segundo lugar, porque la función reguladora otorga un importante margen de discrecionalidad, que el órgano judicial deberá respetar, pues, en caso contrario, se corre el riesgo de que el órgano judicial se convierta en el auténtico regulador²⁶⁰.

Pese a que en la actualidad estas figuras van extendiéndose progresivamente en Europa, no dejan de ser instituciones que han surgido y se han desarrollado en una tradición jurídica concreta, como lo es la estadounidense, lo que hace que no se adapten con facilidad a un entorno diferente, como lo es el de los países que cuentan con un ordenamiento de raíz latina como el nuestro. Debemos plantearnos, entonces, hasta que punto es legítima su introducción.

Antes de emprender esa tarea tendremos, sin embargo, que precisar las diferencias existentes entre los dos sistemas, el americano y el europeo, pues aunque se trate de una institución importada del mundo jurídico americano, cuenta con importantes

²⁵⁷ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, *Reflexión...*, ob. cit., p. 6. GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas...*, ob. cit., p. 106.

²⁵⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, 2004, pp. 1.197-1.201.

²⁵⁹ G. ARIÑO ORTIZ, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 53.

²⁶⁰ CANANEA, *La réglementation des...*, ob. cit., p. 99.

diferencias en su vertiente europea. Como señala GNES, la semilla es la misma, pero la planta que ha florecido se ha visto afectada por el hecho de haber crecido en una tierra y con un agua diferente²⁶¹.

Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que, mientras que en Estados Unidos la administración por agencias es un sistema usual, en Europa se concibe como una figura excepcional, utilizada exclusivamente para sectores en los que concurren determinadas características que demandan una forma diferente de administrar. Fundamentalmente ámbitos vinculados a la protección de determinados derechos fundamentales y la regulación económica.

En segundo lugar, mientras que en Estados Unidos ha habido desde siempre una clara separación entre el Presidente y su *staff* político y la Administración, en Europa, sin embargo, la Administración es concebida como el brazo del poder gubernamental, estando dotada de un estrecho margen de discreción.

En tercer lugar, el desarrollo de la regulación tiene lugar en uno y otro lugar en momentos diferentes. Pues en Estados Unidos surge con el crecimiento de la intervención pública, mientras que en Europa se impone con el triunfo del proceso liberalizador y desregulador. No obstante, debe tenerse en cuenta que el modo de regulación que se impone en Europa no puede equipararse con el modelo tradicional americano, sino más bien con el nuevo modelo de regulación que se impone desde los años setenta, lo que hace que se trate de una diferencia relativa, pues, en realidad, en Europa se adopta un modelo muy próximo al que impera en Estados Unidos tras la desregulación.

En cuarto lugar, la perspectiva con que se contempla el fenómeno regulador en Europa y América es diferente. Pues entre nosotros se ve en ella una salida ante una Administración excesivamente centralizada, mientras que en los Estados Unidos se contempla como un sistema excesivamente descentralizado, que requiere de una mayor coordinación²⁶².

Como decíamos, su introducción ha generado una fuerte polémica en nuestro Derecho, al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno²⁶³, que surge del temor de que estas instituciones pueden convertirse en un elemento distorsionador de nuestro Derecho, que está estructurado sobre unos presupuestos a los que éstas no se adaptan²⁶⁴.

²⁶¹ GNES, *The italian Independent...*, ob. cit., p. 34.

²⁶² GNES, *The italian Independent...*, ob. cit., pp. 33-40.

²⁶³ Así ha ocurrido en el Derecho francés, en el que se ha producido una polémica similar. Véase CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur les autorités...*, ob. cit., pp. 284-286. J. L. AUTIN, "Les Autorités administratives indépendantes et la Constitution", en *La Revue Administrative* 244, julio-agosto de 1988, pp. 333-338. H. MAISL, "Reflexions sur la regulation des reseaux de service public", en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, La documentation Française, Paris, 1998, p. 283. C. TEITGEN-COLLY, "Les instances de régulation et la Constitution", en *Revue du Droit Public* 1990-1, pp. 160-259.

²⁶⁴ L. PAREJO ALFONSO señala que de las administraciones independientes se pueden derivar los siguientes riesgos: a) el "del vaciamiento de doble mecanismo, indispensable al Estado democrático, de la dirección gubernamental y el control parlamentario de todos los sectores administrativos; vaciamiento que se produciría por el desbordamiento del proceso de *separación o independización* de las organizaciones responsables de éstos"; b) la "indebida excepción del estatuto jurídico público de lo administrativo, con refugio en el Derecho Privado". "La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno", en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo*, Tomo I, Madrid, 1993, pp. 648-650.

No obstante, el carácter polémico de estas instituciones no se deriva únicamente de su pretendida incompatibilidad con los presupuestos en los que se asienta el Derecho continental europeo, pues también en el país donde han alcanzado un mayor desarrollo, los Estados Unidos, se ha discutido su legitimidad, dándose dos grandes argumentos para ello:

- a) No es posible mantener que se trate de entidades que tomen decisiones estrictamente técnicas, permitiendo así que se las pueda aislar del juego político, que expresa la opinión del pueblo.
- b) Su existencia es contraria al principio de división de poderes, por lo que deberían de integrarse en el poder ejecutivo, ya que dejan fuera de la dirección presidencial importantes sectores de la Administración, disminuyendo el poder de ésta para vigilar el cumplimiento de las leyes²⁶⁵.

Volviendo a nuestro Derecho, la posición adoptada por la doctrina respecto a estas instituciones no es uniforme. De tal modo que, para algunos, implican una auténtica vulneración de normas constitucionales, pues las consideran incompatibles con la atribución al Gobierno de la dirección de la Administración civil y militar que lleva a cabo el art. 97 CE²⁶⁶. Mientras que otros defienden la bondad de estas instituciones, considerando que se adaptan perfectamente a las exigencias constitucionales²⁶⁷.

²⁶⁵ Véase B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Tercera edición, Aspen Law & Business, 1991, pp. 20-28. GARFIELD, LOVEJOY, *Public utility...*, ob. cit., p. 283.

²⁶⁶ Así, PARADA VÁZQUEZ utiliza dos argumentos en contra de las mismas: a) El poder de dirección de la Administración civil y militar que consagra el art. 97 CE incluye, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de todas las organizaciones que forman la Administración pública, constituyendo además la única forma en la que es posible exigir al Gobierno la responsabilidad política por su funcionamiento defectuoso. A lo que añade que "ningún precepto constitucional autoriza genéricamente al legislador a amputar por ley ordinaria esa plena capacidad de dirección y de responsabilidad, y que pudiera constituir una suerte de coartada de irresponsabilidad para los supuestos de defectuoso funcionamiento de los servicios y funciones que dependen del poder ejecutivo"; b) la CE "obliga a todas las Administraciones a servir con *objetividad* los intereses generales y a organizar todo el sistema de función pública con arreglo a reglas que garanticen la *imparcialidad* de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 103 CE). No cabe, por ello, que unas Administraciones sean más objetivas y neutrales que otras por razones de la función que desempeñan, pues todas deben serlo por igual, y es responsabilidad del Gobierno que se respete esa *independencia* administrativa constitucionalmente garantizada. Por el contrario, admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respeta, conclusión constitucionalmente inaceptable. Es, pues, en definitiva, en un sistema administrativo objetivo y en una función pública imparcial donde está la respuesta a las necesidades políticas y administrativas que se han buscado en la fórmula de las Administraciones independientes", *Derecho administrativo II*, pp. 320-323. En esta misma línea parece pronunciarse E. GARCÍA LLOVET, que llega a las siguientes conclusiones: a) el Legislador no está facultado para privar al Gobierno de la potestad de dirección sobre la Administración pública que le reconoce el art. 97 CE; b) tampoco el Gobierno, con la colaboración del Parlamento, puede eximirse, sin fraude del texto constitucional, de esa responsabilidad; c) está igualmente excluida la vía de legitimar constitucionalmente las Administraciones independientes, colocándolas fuera de la Administración; d) cualquier intento de generalizar el modelo de las administraciones independientes choca con el sistema de heterodeterminación de los fines de la Administración pública; "sistema que actúa a partir del doble circuito Parlamento-ley y Gobierno-potestad de dirección; doble circuito que es garantía de legitimidad de la actividad de la Administración pública". "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", en *Revista de Administración Pública 131*, mayo-agosto de 1993, pp. 117-118. Respecto a la atribución de las funciones reguladoras a las Administraciones independientes, señala M. BACIGALUPO SAGGESE que se da lugar a la creación de auténticos *legisladores independientes*, operando una deslegalización de la regulación en "organismos cuya legitimación y posibilidades de control democrático son, en todo caso, escasos"; que incumple la reserva de ley que se deriva del art. 53. 1 CE en relación con el art. 38 CE por lo que no nos encontramos ante "una mera —y, por ello, lícita— colaboración reglamentaria en ámbitos cuya regulación se reserva a la ley (muy a menudo necesaria, dadas las limitaciones funcionales intrínsecas del Parlamento), sino ante la sustitución lisa y llana de un legislador que abdica incluso del contenido nuclear de su función reguladora". "El Derecho Público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés económico general: ¿repliegue o transformación", en *Boletín de la Facultad de Derecho 16* (2000), pp. 163-164.

En cualquier caso, estas instituciones se han implantado en nuestro Derecho en el que existen ya bastantes ejemplos (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencia de Protección de datos, etc.).

En el ámbito de la regulación de los servicios públicos liberalizados, la implantación de estas instituciones se justifica por varias razones. En primer lugar, porque es mejor encomendar la regulación a estas entidades, que están al margen del juego político, que a los Gobiernos, cuyas decisiones están afectadas por intereses electorales y partidistas, que les impiden tomar decisiones que, aunque sean necesarias, suponen un alto coste político. De tal modo que, con su creación se pretendería también lograr una neutralización política de la regulación.

A esto se suma que los Gobiernos ostentan intereses políticos a corto plazo que pueden chocar con los verdaderos objetivos de la regulación, que en ocasiones requieren políticas que se desarrollen a largo plazo. Lo que hace más adecuadas a las Agencias reguladoras para tomar ese tipo de decisiones.

Las Agencias, además, pueden realizar un seguimiento continuo del sector, necesario en este tipo de actividades que requieren en numerosas ocasiones de una respuesta rápida a los problemas que surgen en las mismas.

Por último, se señala que las Agencias reguladoras cuentan con la preparación técnica suficiente para asumir esta tarea, mientras que la administración gubernamental normalmente carece de ella²⁶⁷.

Debe tenerse en cuenta, por último, que las entidades reguladoras deben desarrollar su labor no sólo a favor de los consumidores, sino también de los operadores del mercado, particularmente respecto a los que se incorporan a éste tras la liberalización, ya que probablemente el antiguo monopolista trate de estorbar su presencia en el mercado.

²⁶⁷ Así, para SALA ARQUER la constitucionalidad de las administraciones independientes debe ser examinada caso por caso, existiendo, en su opinión, ámbitos cuya neutralización, a través de estas administraciones, sería aconsejable, posibilidad que la Constitución ni exige, ni prohíbe. *El Estado neutral...*, ob. cit., pp. 420-422. L. A. POMED SÁNCHEZ, defiende también su constitucionalidad desde las siguientes conclusiones: a) de la potestad del Gobierno de dirección de la Administración pública no cabe extraer un estatuto constitucional de la libertad de nombramiento y remoción de los altos cargos; b) la forma de ejercicio de la potestad de dirección de la Administración puede ser modulada por la ley; c) respecto a la responsabilidad política del Gobierno por la gestión de los servicios y funciones que dependen del poder ejecutivo afirma, en primer lugar, que el ámbito de responsabilidad política es de libre configuración por los Diputados, y en segundo lugar, que las leyes que crean las administraciones independientes, “ponen en manos del Gobierno una serie de instrumentos, bien de dirección, bien de fiscalización de la acción de estos entes, cuyo correcto uso cabe que sea exigido por el legislador”, d) no es necesario encontrar un precepto constitucional que derogue la potestad de dirección del Gobierno, y si lo fuera no sería excesivamente difícil encontrar dicho título legitimador. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en *Revista de Administración Pública* 132, septiembre-diciembre de 1993, pp. 165-168. Para TORNO MAS, “las Administraciones independientes no suponen una ruptura con el modelo constitucional en la configuración que éste hace del poder ejecutivo, sino que son la respuesta adecuada del ordenamiento a unas nuevas necesidades, al necesario ejercicio de una función de regulación se altera para ello una de las notas típicas de la Administración, su vinculación jerárquica respecto del Gobierno, pero la entidad que se crea no supone una ruptura total con el modelo constitucional, ni se opone a precepto constitucional alguno”. De este modo, “no se oponen a los principios esenciales de la Constitución, sino que los refuerzan, en la medida en que son la respuesta necesaria a una nueva estructura del poder y a un nuevo tipo de función pública”. *Las autoridades reguladoras...*, ob. cit., pp. 76-80.

²⁶⁸ Véase ARINO ORTIZ, *Regulación económica y modelo...*, ob. cit., pp. 51-61. TORNO MAS, *Las autoridades reguladoras...*, ob. cit., pp. 56-57. H. KOONTZ, y R. GABLE, *La intervención pública en la empresa* (1956), J. BÉRENGUER AMENÓS (trad.), Bosch, Barcelona, 1961. CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur les autorités...*, ob. cit., p. 276. FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, *Reflexión...*, ob. cit., p. 6. G. ARINO ORTIZ, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 365-366. CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur les autorités...*, ob. cit., pp. 276-277.

Dejando de lado el tema de las Entidades Reguladoras, debe destacarse también que en algunos servicios públicos se han creado órganos específicos de protección. Así, por ejemplo, la Disposición Adicional 14 LOU fijó la obligación de introducir un Defensor Universitario, encargado de la defensa de la Comunidad Universitaria, dentro de la cual se encuentran obviamente los estudiantes, que constituyen los usuarios de la misma.

TÍTULO SEGUNDO: RÉGIMEN JURÍDICO DE USUARIOS DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN IBEROAMÉRICA

I. Peculiaridades de los usuarios de servicios públicos en iberoamérica

El régimen de los usuarios en Hispanoamérica presenta algunas particularidades que obligan a realizar un examen separado de dicha cuestión.

El primer elemento que debe destacarse, en nuestra opinión, es la falta de adaptación en muchos casos, del régimen jurídico de sus servicios públicos a las concretas necesidades de los usuarios de sus países.

Es la América latina un ámbito proclive a la importación acrítica de soluciones jurídicas²⁶⁹, que en muchas ocasiones no son adecuadas a la problemática real en la que tienen que aplicarse.

Así ha ocurrido en gran medida en el ámbito de los servicios públicos, donde durante los últimos años se han introducido modelos de prestación inspirados en las tendencias privatizadoras que estaban arrasando en los países europeos y los Estados Unidos, sin pararse siquiera, en gran número de casos, a valorar su adecuación a las diferentes situaciones vigentes en Iberoamérica²⁷⁰.

En muchos casos, además, esta decisión no fue adoptada de forma autónoma, sino que vino impuesta por la presión de los organismos internacionales, cuyas sugerencias la mayor parte de los gobiernos, muy compelidos por la deuda externa, no estaban en posición de eludir²⁷¹.

²⁶⁹ Señala E. RIVERO YSERN que “gran parte de las instituciones existentes en América Latina son reproducciones, a imagen y semejanza, de otras existentes en Europa o en los Estados Unidos. Desde las Cortes constitucionales o los consejos de Estado a los entes reguladores o agencias de supervisar y regular actividades estratégicas”. “Descentralización en Colombia”, en *El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 93.

²⁷⁰ En tal sentido, señala E. SARAVIA que la “prisa en llevar adelante los procesos eclipsó la necesidad de análisis previos, de preparación del mercado y, principalmente, de adecuación al marco regulador de la nueva realidad”. “Regulación en Argentina y Brasil. Análisis comparativo de los modelos institucionales”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, nº 30 (octubre de 2004). En la misma línea, se ha señalado que no “se ha contemplado en forma previa a los procesos liberalizadores y de privatización para qué tipo de sociedades están destinados, sino que se apeló a formas preestablecidas en países desarrollados cuyas realidades no reflejan la de los países de Latinoamérica”. “Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre servicios públicos”, en *Administración Pública y Economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización*, INAP, Madrid, 2001, p. 69.

²⁷¹ M. THWAITES REY; A. LÓPEZ señalan al respecto que la “presión de estos organismos (se refieren al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional), que tenían sus propias agendas y recetas bien elaboradas, puso seriamente en cuestión la capacidad del Estado para diseñar una estrategia autónoma”. “La debilidad regulatoria como estrategia política”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, nº 28 (febrero de 2004). Señalan M. A. SENDÍN GARCÍA, K. NAVARRO MEDAL que “No es América Latina, obviamente, el único punto del mundo donde esa presión por parte de estas entidades se ha producido (el caso europeo es significativo, pues el proceso ha venido auspiciado y dirigido en gran medida por las instituciones de la Unión Europea). Sin embargo, si lo es que en Iberoamérica esa incidencia ha tenido tintes particulares, como consecuencia de la presión ejercida por la deuda externa, que ha dotado a las instituciones internacionales de crédito de un arma decisiva para hacer prevalecer su ideología favorable a la privatización”. “Mayor o menor puede haber sido el entusiasmo privatizador y desregulador de los países de Hispanoamérica, pero el dictamen internacional favorable a la misma ha tenido, ante la imposibilidad de estos países de rechazar el crédito internacional, un carácter vinculante, que ha precipitado de forma irreversible y determinante hacia dicho proceso”. “Privatización, liberalización y desregulación. Un nuevo marco para la prestación de servicios públicos en Iberoamérica”, en *Estudios de Derecho administrativo y Derecho de los servicios públicos*, Bitecsa, Managua, 2007, p. 168.

La propia problemática en la que desarrolla la vida del usuario medio latino marca también importantes peculiaridades respecto a la situación del usuario de los países más desarrollados. No debe olvidarse la existencia de amplias capas de usuarios que sobreviven en situación de extrema pobreza, y que encuentran sumas dificultades para acceder a los servicios esenciales. La necesidad de una intervención de choque que resuelva ese problema es una de las mayores urgencias a las que se enfrenta el sistema de provisión de los servicios públicos en los países de Latinoamérica.

La opción por un sistema de prestación más orientado al mercado y a la provisión privada suele, como regla general, conllevar una mayor dificultad en la extensión del servicio a las clases sociales más desfavorecidas y las situadas en zonas geográficas menos accesibles.

Así ha ocurrido en muchos casos en la América latina, donde los procesos de reforma hacia la privatización han generado en muchos casos la exclusión de determinadas capas de población del uso los servicios esenciales²⁷².

Debe tenerse presente, además, que la calidad del servicio prestado depende directamente de los medios invertidos en el mismo. Lo que supone que la detracción de éstos para dedicarlos a otras finalidades, por ejemplo, una mayor cobertura del servicio, extendiéndola a zonas no rentables, puede llevar consigo una disminución de la calidad. Al contrario, la toma de medidas para incrementar la calidad de los servicios, puede determinar problemas para el acceso al servicio de determinados sectores de población.

Este factor es importante en el contexto iberoamericano, donde la instauración de una mayor calidad en el servicio, ha venido acompañado de un aumento de costes inasumible para algunos usuarios, generando así el indeseable efecto de privar a algunos sectores de población de servicios básicos.

Otro problema perceptible en muchos de los sistemas de provisión de servicios públicos latinoamericanos es la falta de una adecuada preparación técnica de los sujetos llamados a aplicarlos. Este problema se ve agravado por la tendencia a introducir soluciones foráneas a la que antes nos referimos. En muchas ocasiones dichas reformas son diseñadas por las élites intelectuales de estos países, muy bien formadas, frecuentemente en universidades extranjeras, acompañadas en algunos casos de asesores de países más avanzados, no muy conocedores, en la mayor parte de los casos, de la realidad en que esas reformas van a aplicarse.

El resultado de dicho cóctel es la adopción de soluciones de vanguardia, técnicamente muy perfectas, pero incomprensibles para el operador jurídico de calle, que tiene que aplicarlas, que no conoce esos sistemas y no recibe una formación previa adecuada para llevarlas a la práctica.

De aquí se deriva un doble perjuicio para el usuario. Por un lado, se va a ver perjudicado por las ineficiencias derivadas de la falta de preparación técnica de los

²⁷² KAROL que la “renegociación constante de condiciones contractuales y el aumento y rebalanceo de tarifas durante toda la década, combinados con la creciente y veloz pauperización de las capas medias y bajas urbanas de los últimos años, elevaron a niveles inéditos los costes de servicios por morosidad y falta de pago y añadieron nuevas dimensiones a la creciente exclusión y desafiliación de vastos sectores de la población”. *Tarifas sociales en...*

prestadores y controladores del servicio. Por otra parte, por su propia ignorancia del sistema y su modo de funcionamiento, pierde capacidad de influencia en el mismo a través de los mecanismos de participación y reclamación.

A la falta de satisfacción de los usuarios contribuye también la falta de operatividad de los controles vinculados al arraigo o pertenencia del prestador a la propia comunidad en que se presta el servicio, ya que es frecuente que la entidad encargada de prestar el servicio sea una empresa o inversor extranjero, que desarrolla su actividad vital ordinaria en su propio país²⁷³. A lo que se une, en muchos casos, una menor aceptación de la actividad del operador entre los usuarios, imbuidos por el fervor patrio²⁷⁴.

Todos estos factores han acabado generando un claro desencanto en la mayor parte de los países latinos hacia las fórmulas de privatización y liberalización, cada vez más denostadas entre una ciudadanía que se considera mal servida²⁷⁵. Siendo frecuentes las demandas de una mayor dosis de intervención pública en los sistemas de provisión de los servicios públicos, sobre todo a efectos de lograr una mayor tutela de la posición de los usuarios, mediante la creación de mecanismos efectivos de participación y reclamación²⁷⁶.

Desde el punto de vista orgánico se debe reseñar también una importante peculiaridad de los países latinos, en los que se han instaurado en algunos casos agencias reguladoras multisectoriales, encargados de realizar las tareas reguladoras en distintos sectores de actividad.

Se justifica esta decisión en que este tipo de agencias van a estar dotadas de una mayor resistencia frente a una eventual captación, tanto por parte de las empresas del sector, como del poder político. Además les resultará más fácil implementar políticas públicas sociales y territoriales. Si bien presumiblemente adolecerán de una peor

²⁷³ Señala PÉREZ HUALDE que es “una realidad incontestable el hecho evidente de que en estos tiempos, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, cuando se elaboraron las pautas de dirección y control de los servicios públicos, los propietarios de las empresas prestadoras no conviven con los usuarios; no son —a la vez— usuarios de sus propios servicios. Normalmente se trata de inversores transnacionales o de países lejanos donde tienen sus propios servicios públicos. Esta situación de hecho excluye otros controles de naturaleza social como son los que surgen del compromiso de la convivencia cotidiana y del compartir un lugar y un destino común”. *Servicios públicos...*, ob. cit., p. 41.

²⁷⁴ Apunta H. MAIRAL que “la mayoría de los prestadores de los grandes servicios públicos argentinos sean empresas de capital extranjero, (...) agrega un importante ingrediente diferencial al debate sobre este tema con relación al que tiene lugar en Europa. La apelación a otorgar herramientas jurídicas al Estado para controlar los apetitos de los capitales privados se vuelve patriótica cuando estos capitales son, además, extranjeros”. “La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho administrativo argentino”, en *Documentación Administrativa* 267-268, septiembre de 2003-abril de 2004, p. 364.

²⁷⁵ B. KLIKBERG ha señalado la existencia en América Latina de un cierto desencanto respecto al Estado Mínimo, de tal forma que la ciudadanía no considera que atienda bien a las necesidades sociales. “Los datos indican consistentemente, que se ha pasado de un apoyo inicial significativo a un recelo cada vez mayor que se transforma actualmente en un alto grado de descontento”. Según este autor, este clima de descontento se extiende al funcionamiento de las agencias reguladoras y los servicios privatizados. “Hacia un perfil de Estado en América latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas nº 32 (junio de 2005). En el mismo sentido, J. L. KAROL considera que, a “diferencia de una década atrás, el clima de la opinión pública es hoy claramente crítico del proceso de privatizaciones y hostil a las empresas privatizadas”. “Tarifas sociales en servicios públicos privatizados: una discusión sobre ciudadanía urbana y financiamiento de los costos de inclusión social en Argentina”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y Administración Pública*, 7 (2002, octubre 8-11, Lisboa).

²⁷⁶ *Conclusiones...*, ob. cit., p. 69. J. C. FERRADA BÓRQUEZ, “Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* 10 (2005, octubre 18-21, Santiago). SARAVIA, *Regulación en...*

preparación y menor especialización, y encontrarán más problemas para formular una respuesta adecuada para cada concreto sector²⁷⁷.

II. El usuario y el servicio público en Argentina

La Reforma constitucional de 1994 introdujo en la Constitución de la República Argentina el tratamiento expreso de los servicios públicos, y de sus usuarios, en los artículos 42 y 43. Para un análisis de la percepción que del usuario ha establecido el ordenamiento jurídico fundamental argentino es necesario centrar la tarea en determinar algunos conceptos básicos y guías que surgen del texto constitucional.

El art. 42 establece que *“los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”*.

En esta norma se ha plasmado el sistema de protección y garantía al usuario en el régimen de los servicios públicos en Argentina. Se complementa con el art. 43 que dice: *“toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”*.

Ambos artículos de la Constitución tienen evidentemente una finalidad de ponderación social en la medida en que su objetivo es corregir desigualdades que la realidad presenta; en este caso, la desigualdad de aquellos que son usuarios y consumidores de todo tipo de bienes y servicios en general y de los usuarios de los servicios públicos en especial. La realización de una igualdad real y material es uno de los

²⁷⁷ D. SIFONTES, “Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura”. KAROL, *Tarifas sociales...*, ob. cit. SENDÍN GARCÍA, NAVARRO MEDAL, *Privatización, liberalización y...*, ob. cit., p. 190.

objetivos más caros del moderno constitucionalismo social y del sistema internacional de derechos humanos²⁷⁸.

II.1. Elementos básicos para el análisis: Usuario protagonista

Mucho se ha escrito y discutido sobre el titular de la prestación de los servicios públicos, sobre las empresas estatales nacionales, y extranjeras, y privadas que se ocupan de ellos, sobre el régimen jurídico propio que los caracteriza, sobre la naturaleza de las prestaciones que comprende, sobre sus consecuencias sobre el mercado, etc. En este caso nos concentraremos en el análisis del sujeto que da sentido a todo el sistema de servicios públicos en general y del esquema argentino en especial: el usuario.

Desde un punto de vista filosófico jurídico político, el régimen de los servicios públicos encuentra su fundamento en el reconocimiento del derecho de cada persona a un nivel de vida adecuado y digno cualquiera fuera su posición en la comunidad. La encíclica *Deus caritas est* reitera el viejo concepto de la doctrina social de la Iglesia Católica de que “no debe haber una forma de pobreza en la que se niegue a alguien los bienes necesarios para una vida decorosa”²⁷⁹; en sentido similar, por distintos fundamentos, quizás fuertemente egoístas, John RAWLS sostiene que “puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados”²⁸⁰.

En la medida en que el concepto del servicio público se ha desprendido de su identificación con las funciones del Estado y se ha volcado al reconocimiento de la facultad-deber esencial del Estado de garantizar la cobertura de un conjunto de necesidades económicas a la generalidad de los integrantes de la comunidad, ha encontrado un fundamento distinto al propio del resto de la actividad estatal.

El servicio público tiene razón de ser en la medida que existen miembros de la comunidad que dependen del conjunto social para la satisfacción de algunas de sus necesidades económicas esenciales; en especial de aquellas que se vinculan con los supuestos imprescindibles para gozar de un nivel digno de vida a que tienen derecho.

Se trata de necesidades de naturaleza económica, que se encuentran normalmente en el mercado, pero que es necesario sustraerlas total o parcialmente de su territorio de tal modo de hacer efectivo su alcance por la generalidad de la población.

El concepto moderno de servicio público se enraíza en el plexo de derechos humanos fundamentales. Así lo sostuvo Jorge SALOMONI en su *Teoría de los servicios públicos*²⁸¹. Tomamos luego nosotros su testimonio y nos referimos al derecho humano

²⁷⁸ Véanse nuestras “Reflexiones sobre Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, en *Suplemento de Derecho Administrativo*, Agustín A. GORDILLO (dir.), revista *La Ley*, 28 de agosto de 2007, p. 1.

²⁷⁹ Véanse Benedicto XVI, Encíclica “*Deus caritas est*”, Paulinas, Buenos Aires, 2006, p. 38 y 45.

²⁸⁰ John RAWLS, *Teoría de la justicia*, de María Dolores GONZÁLEZ (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 27.

²⁸¹ Jorge Luis SALOMONI, “Aporte para una discusión sobre la titularidad de los servicios públicos”, en *Actualidad en Derecho Público*, SCS & Asoc., Buenos Aires, 1996; *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; y *El concepto actual de servicio público en la Argentina*, inédito, gentileza del autor, 2004.

fundamental a un nivel adecuado y digno de vida y hemos adherido a la percepción del servicio público como aquel “*título exorbitante propio del Derecho Administrativo, invocado por un Estado que no debe renunciar a su función gestora del bien común, es el medio de asegurar la obligatoriedad debida al usuario, a través del control y la regulación policial o, en su caso, la prestación directa —con titularidad o sin ella— o bien indirecta*”²⁸².

Por esta razón hemos sostenido, con SESÍN²⁸³, que la Constitución no establece la titularidad del Estado sobre los servicios públicos con el alcance que algunos autores pretenden. La Carta Magna ha asignado al Estado, específicamente a sus “autoridades”, la responsabilidad de garantizar el derecho de raíz constitucional del usuario al servicio público, y para ello es necesario su sometimiento a un riguroso control estatal sobre esa concreta actividad de prestación que, en principio, es de responsabilidad privada²⁸⁴. Por ello afirmamos que de lo que sí es titular el Estado argentino es de la obligación que implica la garantía constitucional expresada en el art. 42 de su Constitución.

Nosotros observamos en el servicio público²⁸⁵ “*el resultado efectivo del ejercicio, por parte del Estado, de su potestad de sustraer —total o parcialmente—, del terreno del libre mercado la satisfacción de determinada necesidad de naturaleza económica para someterla a un régimen de Derecho Público de control y regulación —en la medida de lo necesario—, para garantizar el acceso obligatorio a la generalidad de la población por entender que éste es imprescindible para cumplimentar debidamente la garantía del derecho humano fundamental, de rango constitucional y supra constitucional, a gozar de un nivel de vida adecuado, todo ello en cumplimiento de su finalidad esencial de conducción consensuada de la comunidad hacia el bienestar general guiado por principios fundamentales de justicia social*”.

El compromiso del Estado argentino con el desarrollo de una política de servicios públicos proviene de su razón de ser como Estado, en tanto obligado gestor del bien común —que es su finalidad esencial—, y también de su deber asumido formal y concretamente en seis tratados internacionales de derechos humanos incorporados expresamente a la Constitución (art. 75 inc. 22 de la Constitución) y que lo comprometen a sostener un nivel adecuado de vida a su población²⁸⁶.

²⁸² Julio Rodolfo COMADIRA, “El servicio público como título jurídico exorbitante”, en *El Derecho Administrativo*, tomo 2003, p. 602. GORDILLO percibe el “*interés público*” afirmando que “*no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes*”... “no es el interés de la Administración pública” (el subrayado es del autor), en “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos”, en revista *La Ley*, t. 106, p. 1.193.

²⁸³ Domingo Juan SESÍN, “Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba”, en *Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*. Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 216.

²⁸⁴ Héctor MAIRAL, “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en *Servicio público, policía y fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*. Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 232.

²⁸⁵ Véase Alejandro PÉREZ HUALDE, Eduardo EMILI, Ernesto Nicolás BUSTELO, Andrea J. LARA, Gustavo BOULLAUDE y Sergio I. RODRÍGUEZ, *Servicios públicos y organismos de control*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

²⁸⁶ Se trata de los siguientes tratados: 1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc. 12); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 113); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); 4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 inc. f); 5. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (art. 14 inc h); y 6. Convención sobre los derechos del niño (art. 27).

Recordemos que, conforme al art. 2 del Tratado del Pacto de San José de Costa Rica, el Estado argentino está obligado a “*adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. Y el límite de estas medidas está dado por los recursos públicos y de la comunidad con que cuente el Estado miembro²⁸⁷; lo que nos lleva a la inmediata conclusión de que resulta irrelevante la propiedad de los recursos a los efectos de cumplir con las exigencias del tratado internacional.

Y así lo hizo la Constitución argentina reformada en 1994. Introdujo los arts. 42 y 43 que han sentado las bases de un sistema de garantía del régimen de los servicios públicos. Sin discutir ni definir titularidades, ha dejado claro el compromiso a nivel de garantía constitucional con un mecanismo de “*control de calidad y eficiencia*” de los servicios públicos asentado en elementos que tienen por objeto hacer efectiva esta garantía y también tienen rango constitucional.

La mención de los servicios públicos implica necesariamente una toma de posición de nuestra Carta magna en el sentido de asumir un deber cuya omisión puede acarrearle responsabilidad por “*omisión inconstitucional*”²⁸⁸. Y el compromiso con la defensa de la competencia y de los mercados, también de rango constitucional —en el mismo art. 42—, lleva implícita la vigencia necesaria del principio de subsidiariedad que le recomienda al Estado no ocupar el espacio que corresponde a los particulares aún en la gestión del bien común. Este enfoque del servicio público desde el usuario trae como consecuencia una distinta valoración de numerosos aspectos propios del tema de los servicios públicos.

II.2. Servicios públicos, regulación y funciones del Estado

Sobre la base del concepto esbozado, encontramos la primera precisión con respecto a la Constitución argentina: en su texto el servicio público tiene un alcance preciso y restringido. No se confunde con regulación de los mercados, con subsidios directos, ni tiene que ver con las funciones que cumple el Estado por su propia definición. La salud no es servicio público, ni lo es la justicia, ni la seguridad.

II.2.1. Grados de regulación y subsidios directos

El punto de partida adoptado permite considerar que el régimen propio del servicio público no consiste en un grado mayor o menor de regulación estatal, o en un modo intenso dentro de la propia actividad reguladora de la Administración. El régimen del servicio público no se caracteriza conceptualmente, como en algún

²⁸⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XI estipula que el nivel de eficacia de los derechos reconocidos se debe corresponder con el que “*permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.

²⁸⁸ Víctor BAZÁN, “Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales”, en José PALOMINO MANCHEGO y José Carlos REMOTTI CARBONELL, *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima, abril de 2002, p. 129.

momento sostuvimos, por un grado determinado de regulación o de intensidad de ella sobre un determinado sector de la economía. No contribuye al análisis jurídico la acumulación de las distintas posibles intervenciones del Estado en la economía, como la regulación y la sustracción de la satisfacción de determinadas necesidades, propia del servicio público, bajo la misma categoría de “la regulación”. La regulación muchas veces está dirigida a prevenir o a solucionar fallas del mercado pero el servicio público no es una solución a una de ellas²⁸⁹.

Esto es así porque en el sistema de regulación el Estado se dirige sobre actividades comerciales que están dentro del mercado; los servicios públicos no lo están. La actividad comercial de satisfacción de determinadas necesidades, sujetas a la calificación de servicio público, ha sido sustraída total o parcialmente del mercado. Las actividades reguladas, como la farmacológica, la del seguro, la financiera y bancaria, la fabricación de armamentos y de químicos, están todas dentro del mercado.

La actividad propia del servicio público, consiste en la satisfacción de una necesidad de naturaleza económica, apreciable en dinero, que pertenece al mercado por su naturaleza, pero que le ha sido sustraída por una decisión legislativa que responde a una ponderación de índole política, económica, social y cultural. Y el resultado de esta ponderación es que ha considerado imprescindible su satisfacción para garantizar un nivel mínimo adecuado de vida tal como lo exigen los tratados internacionales suscriptos por el país.

No se trata sólo de mera regulación ni es ella la que brinda el carácter distintivo al servicio público. La diferencia no está ni en el sujeto que utiliza el instrumento de imposición reglamentaria ni en la norma empleada; está en el efecto producido en la actividad comercial que tiene por destino. La actividad regulada permanece en el mercado; la actividad sujeta al servicio público queda excluida de él y de sus reglas.

Por ello en el servicio público la relación entre el prestador concesionario particular y el usuario es de naturaleza pública, no contractual, porque es alcanzada por el régimen propio del aquél. El régimen del servicio determina precios, calidades, prestadores, oportunidades, no deja espacio al libre acuerdo de partes. Mientras que la regulación económica no alcanza a la naturaleza de la relación del regulado con su cliente. La condiciona con requisitos y numerosos controles y registros pero no llega a excluir la libre contratación de precios, condiciones, modalidades, prestadores, etc.

El servicio público está, por principio, fuera del mercado; la actividad económica regulada está, por principio, dentro del mercado y sometida a sus reglas.

Algo parecido ocurre con la frecuente utilización de subsidios directos a sectores de la población con la finalidad de que ellos mismos solventen su utilización del servicio. Tampoco es ésta una actividad propia del servicio público. Más allá de su ponderación como instrumento de política social, este mecanismo no produce la sustracción de la actividad del mercado. Sin duda tendrá sus consecuencias en el mismo, pero no consiste en la exclusión de las reglas propias del libre cambio respecto de la actividad indirectamente subsidiada, ni tiene como efecto el sometimiento al régimen público de la relación comercial entre prestador y cliente subsidiado.

²⁸⁹ Francesca TRIMARCHI BANFI, “Considerazioni sui ‘nuovi’ servizi pubblici”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, p. 956.

II.2.2. Funciones propias del Estado

Este posicionamiento del servicio público dentro o fuera del mercado lo diferencia no sólo de la regulación, sino también de las funciones propias que el Estado realiza en cumplimiento de su objeto esencial.

Se trata de la satisfacción de necesidades que no pertenecen al mercado por su naturaleza, como la defensa, la educación, la seguridad pública, la salud pública, la justicia, etc. A diferencia de los servicios públicos, son actividades que por principio no pertenecen al mercado, aun cuando puedan admitir la participación de la gestión privada en algún grado importante, como en el caso de la salud, de la educación o de la seguridad domiciliaria.

La consecuencia de este enfoque es que las actividades sustraídas al mercado para someterlas al régimen propio del servicio público lo serán de modo coyuntural, provisorio por naturaleza y de interpretación restrictiva. Lo contrario ocurre con las funciones del Estado. En materia de servicios públicos la interpretación será a favor del mercado al que pertenece. El alcance y la duración del régimen público serán de interpretación restrictiva. Así lo impone el principio de subsidiariedad que rige en aquellas materias que son propias de los particulares y del mercado.

Distinto es lo que ocurre respecto de aquellas actividades que pertenecen por naturaleza al ámbito estatal como las, ya mencionadas, funciones propias de la Administración en forma permanente e indelegable por principio.

El señalado carácter coyuntural del sometimiento al régimen del servicio público es el que hace desaconsejable definir en la Constitución el listado de servicios como lo hace la de Ecuador (art. 249).

El servicio público en la percepción del ordenamiento jurídico argentino no comprende a aquellas funciones propias del Estado. Por ello es que los marcos regulatorios de los servicios públicos y sus órganos de control previstos en el art. 42 de la Constitución, tercer párrafo, no están destinados a regir ni a controlar los servicios de justicia, ni al régimen de la salud pública, ni al de la seguridad. Allí funcionan, precisamente, los mecanismos ordinarios de control del Estado sobre sus propios instrumentos de acción como la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la Auditoría General de la Nación, las comisiones bicamerales del Congreso Nacional, etc.

II.3. Consecuencias prácticas del enfoque desde el usuario en los fundamentos del servicio público

El particular abordaje que entendemos que nos propone el texto constitucional argentino para un tema tan trabajado como el de los servicios públicos nos preocupa por el riesgo de aparecer como irrespetuosos de tantas generaciones de publicistas que lo han tratado desde hace un siglo y medio en el mundo jurídico en general y desde hacen trece años en el contexto local.

II.3.1. Acerca del “nuevo concepto” del servicio público

Tenemos la convicción de que el fenómeno innegable del estrechamiento del campo de alcance del servicio público, producido por varias causas, no merece el rango de constituir un nuevo concepto del instituto. El triunfo de las tendencias económicas que sirven de base al libre juego de las leyes del mercado en el mundo moderno globalizado ha provocado un achicamiento del terreno donde se desarrollaba el servicio público. Hoy presenciamos un repliegue de ese campo de acción en la medida en que diversos servicios, que no justificaban debidamente su sometimiento al régimen público y, por lo tanto, tampoco su exclusión del mundo de la libre empresa, fueron sacados del mencionado régimen imperativo. Lo mismo ocurrió con distintos sectores de un mismo servicio, tal el caso de la producción de gas y de la generación eléctrica. No justificar la necesidad del sometimiento total o parcial al régimen público, en la consideración de quienes determinan la política social, significa que su continuación en tales condiciones es insostenible. Los principios que inspiran nuestro sistema de libre emprendimiento y de subsidiariedad de la acción del Estado en la economía así lo indican.

El denominado “nuevo concepto” del servicio público, fundamentalmente europeo²⁹⁰, ha puesto su acento en la naturaleza de la necesidad a atender y en su régimen jurídico. La Unión Europea se refiere a ellos ahora como “universales”²⁹¹ y encuentra su asiento en las necesidades que cada Estado miembro deba atender de “solidaridad y cohesión social”. Es el nuevo supuesto habilitante de decisiones locales de los Estados miembros que permiten sustraer al mercado la cobertura de determinadas necesidades; ha sido el instrumento para eliminar el concepto que establecía la existencia del servicio público tomando como base al sujeto prestador.

La realidad social europea tal vez permite privilegiar un enfoque más económico, de mercado, que a los sudamericanos nos resulta más difícil. Tampoco debemos perder de vista la vital importancia que el mercado, como espacio común de encuentro, tiene para la Unión. La próxima incorporación de numerosos países del Este no cambiará este concepto pero sí aquella realidad social y, es probable, aparecerán nuevos problemas, o nuevas magnitudes de ellos, que podrían llevar a una reflexión y a algunas correcciones en el enfoque. No debemos olvidar que la retirada del Estado europeo de determinadas prestaciones o controles de imposición sólo se ha traducido en un traslado a una unidad menor, la local, o a una mayor, no estatal pero sí supraestatal —y en todo caso pública— como es la Unión Europea.

La doctrina que nos presenta como “nuevo” a un servicio público más liberalizado, siempre —claro está— bajo el “techo” europeo, en general se debe en gran medida a la circunstancia determinada por la restricción progresiva que han debido reconocer los Estados miembros de la Unión Europea a sus facultades de intervención en la economía en aras de la expansión del espacio común de la Unión que es su mercado económico.

²⁹⁰ Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, estudio preliminar de Juan Carlos CASSAGNE, Universidad Austral, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 119. Más recientemente, del mismo autor, véase “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en *Revista de Derecho Administrativo*, año 16, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 831 y ss.

²⁹¹ Gian Franco CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, cap. V.10.

II.3.2. Las deficiencias del mercado

Por lo dicho es que también debemos terminar con el argumento fundado en las deficiencias de mercado como justificativas de la instalación del régimen del servicio público.

El mercado no tiene como función ni como finalidad, ni está pensado siquiera para, alcanzar los niveles de generalidad en la satisfacción de determinadas necesidades de la población que sólo la obligatoriedad del régimen propio del servicio público puede alcanzar. El régimen del servicio público persigue finalidades distintas a las propias del mercado²⁹².

El funcionamiento sano y correcto de un espacio de mercado libre de interferencias encontrará un punto de equilibrio entre oferta y demanda que es ajeno a la magnitud del alcance que haya logrado respecto del total de la población que cubre ese mercado. No podemos afirmar que constituya una falla o defecto de su cobertura el no haber alcanzado a la generalidad de la población en su satisfacción.

El régimen propio del servicio público sustrae del mercado la actividad en la medida en que fuerza uno de los términos esenciales de la relación, obliga la oferta, o impone la demanda, consecuentemente establece compulsivamente las condiciones de prestación, continua —por ejemplo—, en otras palabras, excluye uno o ambos de los componentes esenciales propios del mercado. Como dijimos, no lo regula simplemente, lo elimina conceptualmente. Excluye las reglas esenciales propias del mercado respecto de la satisfacción de una necesidad que es de naturaleza económica y propia del mercado. Por ello, ya señalamos, la excepcionalidad y el carácter coyuntural del régimen.

De este modo, podemos entender el sentido de la introducción en la misma norma del, tan citado, art. 42 de la protección de la competencia “*contra toda forma de distorsión de los mercados*” y, a la vez, la garantía de control de “*calidad y eficiencia de los servicios públicos*”.

II.3.3. La interpretación de los derecho humanos

La colocación del foco de atención en el sujeto que reclama la satisfacción de sus necesidades, para nosotros más en términos de justicia social que en términos de solidaridad, nos sitúa en un mundo de principios jurídicos de interpretación que difiere del tradicional y del que inspira la generalidad de los regímenes habituales propios de la regulación económica.

Los principios de interpretación elaborados por la doctrina vinculada a los derechos humanos se hacen aplicables plenamente en el terreno de los servicios públicos

²⁹² Véase en la doctrina italiana a TRIMARCHI BANFI, “Considerazioni sui ‘nuovi’ servizi pubblici”, ob. cit., p. 956; en contra, por considerar que el servicio público tiene lugar cuando existen fallas de mercado, véase Elisa SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Milano, 2003, p. 315; también Gian Franco Cartei, *Il servizio universale*, ob. cit., pp. 258 y 278; también Riccardo VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, terza ed, Giuffrè, Milano, 2003, p. 31; también Francesco VETRÒ, “Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica”, en *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, studi diretti da Franco Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2005, p. 49.

y así es como no podemos obviar el mencionar al de progresividad, al principio *pro homine*, el *pro actionem* y el *pro debilis*. Ellos han irrumpido con fuerza inusitada en nuestra interpretación constitucional en general y respecto de la normativa sobre servicios públicos en especial en la medida que éstos se vinculan con los derechos humanos fundamentales²⁹³.

De este esquema de fundamentación surge la mecánica propia de introducción de los derechos humanos que requieren de una actividad positiva del Estado²⁹⁴ y que vienen por ello acompañados de instrumentos de organización y de procedimiento²⁹⁵ para hacerlos efectivamente vigentes.

Estos instrumentos de organización y de procedimiento, que conforman lo que definimos como el régimen propio de los servicios públicos, son los que el nuevo texto constitucional de 1994 introdujo en los arts. 42 y 43.

II.4. El usuario en el texto de la Constitución argentina

Podemos afirmar que el régimen del servicio público en Argentina está conformado por los siguientes instrumentos de organización y procedimiento:

- a) Garantía de control de calidad y eficiencia por parte de todas las autoridades, entendiéndose por tales a las integrantes de los tres poderes de gobierno.
- b) La conformación de las asociaciones de usuarios.
- c) El establecimiento de mecanismos de prevención y solución de conflictos.
- d) La instauración legal de marcos regulatorios.
- e) La presencia de organismos de control independientes.
- f) La participación necesaria de esas asociaciones en esos organismos de control.
- g) La legitimación activa de la asociación, del interesado y del Defensor del Pueblo, para la interposición de la vía rápida y expedita del amparo.

Analizaremos la norma desde dos ángulos importantes para el objeto de nuestro estudio que es la especial posición del usuario: desde la distinción entre usuarios y consumidores, y desde el sistema para su efectiva protección que la garantía constitucional establece.

II.4.1. Distinción entre usuario y consumidor

El texto del art. 42 impone como la obligación de “*las autoridades*” la de garantizar el control de calidad y eficiencia de los servicios públicos como modo de asegurar la efectiva vigencia de los derechos que la norma reconoce. Esta afirmación no comprende a aquellos servicios que no están vinculados al régimen público, pues no garantiza la “*calidad y eficiencia*” de los bienes y servicios que carecen del carácter de “*públicos*”.

²⁹³ Germán José BIDART CAMPOS, “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio ‘pro homine’, en BIDART CAMPOS y Andrés GIL DOMÍNGUEZ, (coords.), *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.

²⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “*Verbitsky*”, en revista *La Ley*, 2005-C, 276, cons. n° 26 y 45, 2-05-2005.

²⁹⁵ Conrado HESSE, *Significado de los derechos fundamentales*, capítulo III en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 102.

En otras palabras, el usuario del servicio público posee una protección superior a aquella de los consumidores, también constitucionalmente protegidos, pero en menor grado²⁹⁶. Sin duda alguna no sólo distingue²⁹⁷ claramente el concepto de *usuario del servicio público* del de *consumidor y usuario del servicio privado*²⁹⁸ sino que, además, les brinda protección diferenciada a uno y a otro²⁹⁹.

Sólo al primero le garantiza el control de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y —a ese efecto—, la existencia de sus marcos regulatorios de nivel legal y la presencia de los órganos de control independientes con participación necesaria de las asociaciones que lo representan y de las provincias interesadas³⁰⁰.

No ocurre lo mismo en el terreno legislativo que en el marco constitucional. En aquél se presenta una orfandad muy grande en materia de legislación de muchos servicios públicos hoy sometidos a simple decreto de reglamentación y operación por el Poder Ejecutivo como es el caso de los teléfonos, comunicaciones viales, transportes de pasajeros y de los aeropuertos. Tampoco colabora a ese compromiso constitucional la delegación de facultades indiscriminada en materia de servicios públicos al Poder Ejecutivo efectuada por el Congreso Nacional a través de la Ley 26.135.

Es el usuario, considerado en familia, no como individuo solitario, el protegido expresamente por los tratados de derechos humanos. Es él quien reviste la calidad de “*cliente forzado*” de los servicios públicos, es quien GORDILLO define en sus clases como “*el que no sabe siquiera llenar un formulario, no tiene tiempo para ir a una oficina pública ni persona a quien enviar, el usuario de todos los servicios públicos que por la escasa importancia económica del problema encuentra que no hay quien pueda ocuparse de ayudarlo a encarar y resolver el conflicto jurídicamente; a veces él mismo da por perdida la batalla sin siquiera haber consultado a ningún abogado*”.

El usuario se coloca en una posición esencialmente distinta a la del consumidor o usuario del servicio privado en la medida en que su relación con el prestador ha sido sustraída del régimen propio del mercado. Aún el más regulado de los servicios privados, como el bancario, el del seguro, no han salido del mercado y la relación con su consumidor continúa regida por las reglas de la libertad de mercado en cuanto oferta, condiciones, plazos, precios, etc. En el terreno del servicio público no existe esa libertad. Ni la oferta, ni la demanda, ni los precios, ni las condiciones, ni las calidades han quedado librados a la voluntad de las partes.

Las pautas de calidad y eficiencia que prevé el art. 42 cobran un especial sentido en el contexto en análisis. La *calidad* no es otra que la comprobación permanente de

²⁹⁶ Véase nuestro “Constitución Nacional y control de los servicios públicos”, revista jurídica *La Ley*, del 29-05-2001, p. 1; también en *Revista Jurídica del Perú*, n° 32, año LII, Lima, marzo de 2002.

²⁹⁷ En igual sentido, el primer artículo de los “*Principios Generales*” del “*Régimen Económico*” que adopta la Constitución Política del Perú (art. 58) dice: “*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”.

²⁹⁸ Esta diferencia no se encuentra claramente asumida por nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues se identifican consumidor y usuario; véase voto de LORENZETTI en el reciente fallo n° F. 1116. XXXIX “*Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c/ VICOV S. A. s/ daños y perjuicios*”, en *Diario Judicial*, Buenos Aires, del 29-3-2006.

²⁹⁹ SALOMONI, *Teoría General...*, ob. cit., p. 397.

³⁰⁰ La participación provincial es un aspecto que se vincula con el régimen federal argentino que no es tema de análisis en este ensayo.

que el servicio se presta efectivamente dirigido a la satisfacción de la necesidad que tiene por objeto específico, y que lo hace en cumplimiento estricto de sus caracteres esenciales de generalidad, igualdad, continuidad, regularidad y obligatoriedad; caracteres que son, precisamente, los que la ley respectiva ha tenido como finalidad cuando ha establecido la cobertura de esa necesidad bajo el régimen propio imperativo de Derecho Público; y que la *eficiencia* se obtiene cuando, mediante el empleo de los medios técnicos, jurídicos, sociales, políticos y económicos disponibles, se obtiene la máxima calidad de servicio —en el sentido expresado— que ellos razonablemente posibilitan.

Y también desde el régimen propio del servicio público es que se justifica la distinción entre usuarios y consumidores que la Constitución ha establecido. Así pues observamos que:

1. El prestador de servicios públicos es seleccionado por autoridades que, si bien los representan políticamente, son distintos de aquellos que recibirán sus prestaciones; en otras palabras, el usuario no elige a su prestador de servicios públicos.
2. El prestador hace ejercicio legítimo de prerrogativas de naturaleza pública de las que ha sido investido en aras del mejor cumplimiento del servicio como consecuencia de lo cual se produce una situación de desigualdad.
3. El prestador de servicios públicos goza de esos privilegios públicos que son correlativos y sólo se justifican en relación con las responsabilidades que asume respecto de la prestación en condiciones de igualdad, regularidad, obligatoriedad y continuidad a todos los destinatarios que, normalmente, se encuentran en distintas situaciones de hecho.
4. El prestador de servicios públicos escapa necesariamente, en razón de las mencionadas prerrogativas públicas de que goza en virtud del contrato de concesión, a los controles y mecanismos de defensa naturales del mercado como son la libre elección de prestador, la sustitución del servicio por otro semejante, la abstención o caída voluntaria del consumo, etc.
5. Es el propio Estado quien contrata, dota de esos privilegios y debe estar en condiciones fácticas y jurídicas de garantizar el efectivo control público, no necesariamente estatal, sobre el prestador de los servicios públicos.
6. Esas prerrogativas colocan al prestador en una situación dominante que no es de por sí sola una situación ilegítima, sino que lo es su empleo abusivo.
7. Los privilegios que el Estado ha otorgado a ese prestador de un servicio pueden constituirse en arma económica para que ese prestador provoque otras deformaciones en los mercados relacionados mediante el uso abusivo e inapropiado de esa situación dominante y de los privilegios otorgados en el marco de esa concesión³⁰¹.
8. Es una realidad incontestable el hecho evidente de que en estos tiempos, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, cuando se elaboraron las pautas

³⁰¹ Así ha ocurrido con la incursión de las empresas concesionarias de la telefonía básica en el terreno de la transmisión de datos; véanse dos fallos “*Impsat c/ Min. de Economía Obras y Servicios Públicos*”, en revista *La Ley*, 1998-A, 239, ambos con importante nota de Henoch D. AGUIAR, *Monopolio telefónico y juicios en competencia*.

de dirección y control de los servicios públicos, los propietarios de las empresas prestadoras no conviven con los usuarios; no son —a la vez— usuarios de sus propios servicios; normalmente se trata de inversores transnacionales o de países lejanos donde tienen sus propios servicios públicos. Esta situación de hecho excluye otros controles de naturaleza social como son los que surgen del compromiso de la convivencia cotidiana y del compartir un lugar y un destino común.

La utilidad práctica de la distinción es la efectiva inclusión bajo la protección constitucional de algunos grupos que no encuadran bajo el concepto legal de consumidor pero sí lo están bajo el de usuario del servicio público. La diferencia especial radica en que algunos usuarios utilizan el servicio público para su incorporación en un proceso productivo o profesional que, a su vez, prestan a terceros. Esta circunstancia de hecho, que los excluiría del sistema de protección al consumidor, no los aparta del régimen del servicio público.

II.4.2. Sistema de protección del usuario

Hemos sostenido que la garantía del usuario se encuentra en el trípode conformado por *asociación, participación necesaria en el control y la regulación, y legitimación procesal activa*³⁰².

Podemos afirmar que de nuestro ordenamiento jurídico fundamental, constituido por los tratados de derechos humanos y la Constitución Nacional, acogido por el Derecho Público provincial y por la legislación, surge claramente:

1. Es la presencia del usuario, en los niveles y cantidad adecuados, la que otorga, o no, el carácter esencial de *generalidad*, denominado también de *universalidad*, al servicio público.
2. Es ese sujeto el que necesita del ejercicio eficiente de las potestades estatales para forzar un sistema que le garantice la satisfacción de esa necesidad que le posibilite el alcance efectivo de un nivel adecuado de vida que no le es factible alcanzar, por cualquier causa —aun cuando le fuera atribuible en alguna medida—, bajo las reglas de la libertad de mercado imperantes por principio constitucional.
3. Es respecto del usuario, que es fuerte y también es débil y necesitado de protección, donde se encarna la exigencia de *igualdad*.
4. El usuario no está solo, sólo se concibe *con su familia*; así surge expresamente del texto de los tratados internacionales que hemos mencionado.
5. Concibe al usuario —además de la de su familia— en compañía de los demás destinatarios del servicio; es inconcebible el usuario y su familia solos; nuestra Constitución lo recepta no sólo en su generalidad, sino que además lo contiene, y dota así de derechos extraordinarios, *asociado* y *organizado* en asociaciones de usuarios; goza de los derechos que la Constitución le reconoce en la medida que

³⁰² Véase nuestro trabajo con Miriam Mabel IVANEGA, “Asociaciones de usuarios: control por participación necesaria y legitimación procesal activa”, en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, n° 328, 2006, p. 11.

es usuario y en la medida en que hay otros en igual situación que la de él, y los ejerce en asociación con ellos (art. 42 y 43 Constitución de Argentina).

6. Este usuario es —también— *dinámico*, crece, se reproduce, cambia de domicilio, progresa económica y socialmente; está tomado en *sentido amplio*, como actual destinatario del servicio público y como futuro beneficiario; futuro usuario, o potencial usuario, tanto porque se encuentra en los planes actuales de expansión del servicio aún no cumplidos, y es —entonces— “*inminente*” usuario, porque se encuentra en los proyectos que todavía no se han implementado; o porque aún no ha nacido o no ha venido a vivir en nuestra comunidad todavía, y es —entonces— “*potencial*” usuario; podemos decir que todos los habitantes actuales y futuros, nacionales y extranjeros, de la comunidad están comprendidos en el concepto de usuario a los efectos de la garantía constitucional.
7. Finalmente, así concebido, ese usuario es el *protagonista* excluyente del sistema de servicios públicos desde el momento en que es el componente que brinda, con su presencia, verdadero sentido a todo el complejo de relaciones y de normas que integran el régimen del servicio público.

Consecuentemente, de acuerdo con lo indicado, no corresponde incluir en la protección constitucional a los “*grandes usuarios*”, a las asociaciones que los agrupan³⁰³, y —en alguna medida— a aquellos clientes del sistema “interrumpible” conforme a normativa moderna, de naturaleza comercial, en materia de distribución de gas natural³⁰⁴.

II.4.3. Asociación de usuarios y régimen público no estatal

Del propio texto de configuración de los instrumentos de organización y procedimiento surge la participación de las empresas y de los prestadores privados en el sistema de servicios públicos. El régimen de los servicios públicos que prevé la Constitución argentina no es estatal ni propende a una prestación estatal. Tampoco la prohíbe si ello es necesario para garantizar la presencia misma del servicio.

Por su parte, las asociaciones sólo tienen sentido si son de naturaleza pública pero no estatal. El régimen de garantía constitucional exige, y necesita imprescindiblemente, la presencia de la asociación de usuarios y que ésta no sea estatal ni condicionada por el Estado. Sin la participación activa de la asociación no hay sistema eficiente de protección al usuario.

Sólo la asociación tiene garantizada su participación necesaria en los órganos de control que, si bien deben ser independientes, son estatales creados por Ley.

Este elemento básico en el diseño del sistema de defensa del usuario constituye un verdadero desafío para los argentinos pues tenemos una tendencia histórica a

³⁰³ En un caso la Corte Suprema entendió que la asociación de grandes usuarios, “AGUEERA”, tenía legitimación activa para ejercer las acciones del art. 43 (véanse Fallos 320:690).

³⁰⁴ Estos usuarios están sujetos a un sistema condicionado a la satisfacción de otras categorías preferentes, y también cabe observar que recientes resoluciones del ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas) han establecido un mínimo diario que las distribuidoras deben aportar obligatoriamente con lo que podemos considerar que se introducen hoy condicionada y parcialmente en el régimen propio del servicio público.

“estatizar” todo lo público. El hombre argentino identifica lo público con lo “estatal” y no concibe la fuerza extraordinaria que desperdicia por esta razón.

La posibilidad que la Constitución reconoce de prestación de los servicios públicos a través de empresas privadas, sumada a la necesidad de que las asociaciones de usuarios operen bajo el régimen público no estatal, conforman un sistema moderno de baja incidencia del Estado en general y del Gobierno en especial. Claro que la realización de la normativa en el terreno de los hechos no será fácil pues el Estado argentino no se resigna al rol constitucional y peleará palmo a palmo su ingerencia, en especial, lo hará cada Gobierno a su turno.

Por lo pronto podemos afirmar que el panorama actual de los servicios públicos argentinos no ha otorgado espacio en la práctica a la real independencia de los órganos de control ni ha posibilitado la participación efectiva de las asociaciones de usuarios; y ello se debe en gran medida a la debilidad inexplicable de estas organizaciones.

La designación y remoción de las autoridades de los organismos de control por decreto del Poder Ejecutivo, la imposibilidad de disponer de sus recursos económicos obtenidos de las tasas aplicadas con ese fin, el sometimiento al régimen de tutela administrativa que caracteriza a los entes autárquicos, y la falta de representación de las débiles asociaciones que agrupan a los usuarios en los niveles de decisión, constituyen hoy las características del sistema argentino apartado totalmente de los requerimientos y de los objetivos constitucionales.

II.4.4. Participación y órganos de control

Del art. 42 extraemos dos cauces abiertos hacia la participación: la que es propia de los usuarios que se realiza en forma *directa*, a través de los mecanismos eficaces de prevención y solución de conflictos, y la *indirecta* que es de las provincias y de las asociaciones de usuarios y consumidores, mediante la incorporación de representantes en los directorios de los organismos de control. Tanto los mecanismos de prevención y solución de conflictos como los organismos de control deberían contar con participación de los usuarios; esto constituye “*la materialización de derechos constitucionales establecidos por la Convención Nacional de 1994*”³⁰⁵.

Nuestro orden constitucional prevé la participación desde un doble punto de enfoque: la participación personal —directa de los usuarios— y la institucional. En la primera la participación se produce a través de los mecanismos de consulta o de prevención y solución de conflictos; en la segunda el instrumento seleccionado por el texto constitucional es a través de la integración en los propios organismos de control de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas.

Son dos cauces de participación porque poseen fundamentos y finalidades distintas.

a) Participación de colaboración

La activa participación de los usuarios y de sus asociaciones a través de los instrumentos o mecanismos de prevención y solución de conflictos tiene un objetivo de colaboración con la autoridad precisamente para esa tarea de análisis y superación de

³⁰⁵ Juan Bautista CINCUNEGUI, “La participación de los usuarios en los servicios públicos”, en *Revista de Administración Pública*, n° 237, junio de 1998, Buenos Aires, p. 103.

las consecuencias inevitables que se producen en la gestión del servicio público y en la permanente y natural conciliación de los intereses particulares del concesionario, de algunos usuarios afectados —otras víctimas— de la discriminación, y de los intereses públicos. El fundamento de la participación —en este caso— es la colaboración.

Algunos mecanismos jurídicos, como la celebración de audiencias públicas, han resultado idóneos para encausar las inquietudes ciudadanas de hacer oír su voz en los procedimientos preparatorios de la voluntad de la administración. Constituyen, sin duda, una forma de procedimiento que se ha calificado como “*pilar básico de la participación de los usuarios en la efectiva defensa de sus derechos*”³⁰⁶. Lo que no aparece con claridad es ese mismo grado de participación en los niveles de decisión por cuanto la audiencia pública no siempre prevé los instrumentos que aseguren un adecuado tratamiento de los planteos y reclamos que formalmente hacen oír los usuarios o interesados.

El amplio mecanismo de participación contemplado por el Dec.1172/2003, mediante la participación en la conformación de los reglamentos administrativos y la realización pública de las reuniones de directorio de los órganos de control, si bien constituyen una noticia altamente ponderable, resulta insuficiente y poco práctica en lo que respecta a los servicios públicos. Pretender la presencia de público indiscriminado en las reuniones de directorio de los organismos de control es ilusorio a la vez que invita a que las “verdaderas” reuniones sean realizadas en otro lugar y momento llevando luego una simulación de reunión en público para satisfacer los reglamentos.

Otros instrumentos, como el Procedimiento de Documento de Consulta³⁰⁷, donde la complejidad para acceder al mencionado documento, normalmente ubicado en lugares físicamente distantes de los interesados, su grado de complejidad —a través de un sitio web— que exige un nivel de cultura informática extraordinario, colocan el procedimiento lejos de los interesados. Consideremos objetivamente el caso de un usuario habitante de lugares lejanos, tal vez a miles de kilómetros de Buenos Aires, en nuestra desértica Patagonia, en el oeste montañoso, o en la selva del nordeste.

Otra consideración, que coloca al sistema de audiencia pública por encima de los otros procedimientos, cuando es realizada con conciencia federal y nacional del carácter del servicio, es la que tiene en cuenta la dificultad de acceso de aquellos aspirantes a usuarios. Muchas veces el mecanismo está pensado para los que ya tienen el servicio y no para aquellos que aún no lo reciben y que —muchas veces— son los verdaderos postergados en las medidas que afectan la expansión y la inversión en los planes del servicio.

Ha resultado útil la designación de un funcionario *ad hoc* que cumple la función de Defensor del Usuario tal como se practica en diversos reglamentos de los Estados Unidos de América³⁰⁸; entre nosotros se encuentra en forma expresa en el reglamento

³⁰⁶ Eduardo O. EMILLI, “La audiencia pública”, *Revista del Foro de Cuyo*, n° 29, Dike, Mendoza, 1998, p. 49.

³⁰⁷ Reglamentado por Resolución 576/2002 del Ministerio de Economía.

³⁰⁸ Véase Agustín GORDILLO, “El procedimiento de audiencia pública”, en *Revista de Administración Pública*, n° 214, Buenos Aires, p. 10.

de audiencias públicas del ENRE³⁰⁹. Pero nuestro análisis en este punto no pretende alcanzar ingredientes de gran envergadura sino, por el contrario, aquellos pequeños detalles, como el lugar físico, la ubicación precisa, el tiempo concreto brindado para las vistas de las actuaciones, la antelación de los anuncios, etc. todo un conglomerado de detalles que en conjunto aportan —o no— un clima de igualdad de oportunidades en los planteos de los usuarios, o sus asociaciones, frente a los prestadores o al Estado responsable de las contrataciones y del control de policía.

Algunas normativas sobre audiencia pública limitan su alcance a “*dar y recibir opinión e información*” por parte de los participantes³¹⁰ o posibilitan una escasa preparación por desconocimiento de los antecedentes o por el limitado lapso de anticipación con que son convocadas; en otras palabras, se convierten en “cajas de resonancia” de quejas sin la eficacia que la norma del art. 42 exige de los mecanismos de prevención y solución de conflictos.

Estos mecanismos de participación se vinculan estrechamente con la credibilidad del sistema de control. Todavía está fresco en nuestra memoria el recuerdo de los comportamientos escandalosos que rodearon al control de algunos servicios públicos en la década pasada. Basta con mencionar la audiencia pública realizada con motivo del reclamo de las concesionarias de los servicios telefónicos, denominado “rebalanceo” de las tarifas, en el año 1997. Este “procedimiento” comenzó en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, en Mendoza, continuó —luego de un “cuarto intermedio”— en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones —a casi dos mil kilómetros de donde comenzó—, para luego de otro “cuarto intermedio”, caer en el olvido.

Estas experiencias lamentables e innecesarias han ido conformando en los usuarios una conciencia escéptica respecto de las reales posibilidades de los organismos de control de cumplir su función esencial frente a las grandes empresas concesionarias³¹¹.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia ha consagrado la necesidad imprescindible de la celebración de audiencia pública en determinadas oportunidades, como, por ejemplo, cuando se trata de la reforma del marco regulatorio, en especial, cuando tiene por objeto uno que ha sido aprobado en su oportunidad mediando la realización de otra audiencia pública anterior³¹².

³⁰⁹ Véase Resolución del Ente Nacional Regulador Eléctrico n° 39/94, art. 9°, en *Revista de Administración Pública*, n° 192, Buenos Aires, p. 92.

³¹⁰ Véase sistema de audiencia pública en la Carta Orgánica de la Ciudad de Neuquén comentada y analizada en Hugo EDUARDO FRARE, “Autonomía y racionalidad en la institución municipal. Audiencia pública y control social”, en *Revista de Administración Pública*, marzo de 1999, Suplemento Especial n° 7, Buenos Aires, p. 4.

³¹¹ Así lo adelantamos en “Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores”, revista *La Ley*, 1999-D-349; en igual sentido Elsa BENÍTEZ, “Servicios públicos domiciliarios”, en Carlos GHERSI y otros, *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Organización Mora, Buenos Aires, p. 171; y también Jorge MOSSET ITURRASPE, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 59.

³¹² Así lo dispuso el Juez Federal Contencioso Administrativo n° 4 en “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Secretaría de Comunicaciones*” (abril 22 de 1998), en Agustín GORDILLO (dir.), *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 28 de mayo de 1998, p. 59. En igual sentido la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sala IV, en el caso “*Youssefian, Martín c/ E.N. Secretaría de Comunicaciones p/ amparo*”, en revista *El Derecho*, del 31 de marzo de 1998, cuando se trató de la prolongación del plazo de exclusividad de las telefónicas que se pretendía realizar sin la celebración de audiencia pública previa.

Alguna jurisprudencia ha considerado al trámite de audiencia pública como directamente exigido por el art. 42, mientras que otra ha considerado que lo exigido imprescindiblemente es la aplicación de alguno de los instrumentos de participación y no de uno en especial. Nosotros consideramos que el mecanismo a emplear debe ser seleccionado con todo cuidado y atendiendo a los intereses en juego; así será posible el uso de la Consulta a los Usuarios cuando la cuestión compete sólo a quienes gozan del servicio actualmente. Pero será necesario el empleo de otro cuando los derechos frustrados o postergados sean los aquellos que aspiran al cumplimiento de los planes de expansión de los servicios y que esperanzadamente aguardan su incorporación efectiva al goce de su derecho.

b) Participación de control

En el segundo de los mecanismos de participación previsto por el texto del art. 42 tiene su fundamento en la necesidad de controlar al mismo organismo de control y su funcionamiento desde la vigilancia de los intereses sectoriales de la asociación de usuarios —órgano no gubernamental— o desde la provincia interesada. La finalidad del participante representante de la provincia o de la asociación de usuarios es controlar no ya tanto al concesionario y a la administración concedente como a la misma autoridad controlante. Se trata de la cuestión tan debatida de quién controla al controlante en el cumplimiento de su misión específica.

El principal fundamento de la participación —ahora— es el control del controlante. Y en este caso la norma constitucional la califica de “necesaria” (art. 42).

Las diferencias de cada participante en esta actividad de control tienen —a su vez— distintos roles. En un caso la participación se produce mediante las asociaciones de usuarios mientras que en el otro a través de las unidades protagonistas de nuestro régimen federal, las provincias.

Salvo en el caso del Ente Único Regulador previsto por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 138 y 139), en que obligatoriamente uno de los miembros del Directorio debe pertenecer a organizaciones de usuarios y consumidores, en los demás casos los representantes de esas asociaciones no han logrado integrar los organismos de conducción de los organismos de control. Tan solo, en algunos casos, los representantes de asociaciones de usuarios integran órganos consultivos internos cuyos dictámenes, generalmente facultativos, carecen —además— de carácter vinculante³¹³.

En un caso iniciado en la provincia de Santa Fe por la *Liga Santafecina en Defensa del Usuario y del Consumidor*³¹⁴, un Juzgado de primera instancia hizo lugar a un planteamiento tendiente a obligar al Poder Ejecutivo provincial a la inclusión de un representante de los usuarios en el Directorio del ente regulador. Recurrido el resolutorio ante la segunda instancia, la Cámara revocó el fallo con dos argumentos, uno sobre el carácter político —no justiciable— del tema en cuestión y el segundo, voto

³¹³ Tal es el caso de la Provincia de Mendoza donde se prevé su participación en el art. 55 de la Ley 6497 en un órgano consultivo.

³¹⁴ CCiv. Com. de Rosario, 29-3-1996, “*Liga Santafecina en Defensa del Usuario y del Consumidor c/ Poder Ejecutivo*”, en *La Ley*, 1997-A, p. 189; con nota de Ricardo LORENZETTI, “La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos”.

de Néstor Sagüés, en el hecho de que no se había planteado la inconstitucionalidad de la norma legal provincial que había omitido la inclusión del director representante de las asociaciones de usuarios de la provincia. Por *contrario sensu*, cabe concluir en que la vía idónea era la del planteamiento —seguramente exitoso— de la inconstitucionalidad de la norma por omisión.

En este punto las dificultades provienen generalmente de ambos lados del interés. Se percibe claramente una reticencia en las asociaciones de usuarios a comprometerse responsable y formalmente en la conducción del organismo de control y sobre las consecuencias de su opinión fundada, mientras que —por otro lado— es grande la desconfianza de los políticos que temen el surgimiento de nuevas figuras representativas que tengan como fuente de legitimidad otras instituciones y bases distintas a la del alicaído partido político, hoy en tan grave crisis de representatividad.

Consideramos que parte de la crisis de credibilidad que los organismos de control tienen ante el común de los usuarios en Argentina se debe a que les resultan totalmente ajenos, a que se les aparecen como algo que no está claramente desvinculado de las empresas prestadoras o de los intereses políticos del gobierno de turno contratante de los servicios contra los que dirigen sus quejas. En otras palabras, la falta de participación atenta contra la función misma del organismo de control.

La ausencia de una verdadera tarea de docencia de los organismos de modo de difundir su cometido específico de control que recae tanto sobre los prestadores privados como también cuando son públicos; y que esa misma función se dirige de igual modo hacia la actividad del gobierno en relación con la gestión y contratación de los servicios públicos, atenta en modo directo contra el cumplimiento eficaz de las funciones que la Constitución ha encomendado a estos entes.

La participación de las provincias está prácticamente diluida por razones de diversa índole. Por la situación geográfica de concentración innecesaria de todos los órganos de control en la Capital del país, por la escasa participación real de sus representantes y por su mecanismo informal e inorgánico de designación.

Se ha contemplado únicamente, en algunos marcos regulatorios, la participación de representantes de las provincias interesadas y se ha recurrido a la designación de alguna persona elegida “*por los gobernadores*”³¹⁵. Difícilmente surja de ese mecanismo la designación de alguien efectivamente comprometido en condiciones de efectuar una tarea realmente de control.

Consideramos que debe replantearse y llevarse a los hechos esta participación. Somos conscientes de que la autoridad política no tiene interés en favorecerlo.

II.4.5. Legitimación procesal activa

El tercer soporte práctico del sistema de procedimiento previsto para la efectiva realización de la garantía constitucional está conformado por la legitimación procesal activa que la norma del art. 43 reconoce al usuario afectado, a la asociación que lo agrupa y al Defensor del Pueblo, para la interposición de la vía rápida y expedita del amparo.

³¹⁵ Es el caso del ORSNA, Dec. 375/98, art. 24.

La norma se refiere al remedio procesal más veloz que contempla el ordenamiento procesal y que contiene elementos de particular importancia a la hora de instrumentar su ejecución puesto que no sólo permite el acompañamiento de medidas precautorias de tipo innovativo o, también denominadas, “autosatisfactivas”, sino que además la previsión normativa establece la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del instrumento atacado por ofender la garantía de rango constitucional. Un análisis más detallado del funcionamiento de este instrumento no está previsto en este estudio puesto que llevaría una extensión que excede nuestro objetivo.

En conclusión, la norma habilita el empleo de un instrumento de alta eficacia y que cuenta con fuerte prestigio en la Argentina después de la experiencia de la crisis de 2001/2002 pues se constituyó en el mecanismo eficaz de defensa de los derechos fundamentales agredidos por la legislación extraordinaria fundada en la emergencia económica. Por otra parte, la respuesta judicial a través de la resolución de esta acción rápida y expedita del amparo, y de las medidas precautorias que la suelen acompañar, se ha transformado en uno de los instrumentos más eficaces con ha contado la institucionalidad política en Argentina frente a las crisis de los últimos años.

II.5. Conclusión

El régimen jurídico en la República Argentina cuenta con un sistema de reconocimiento de los derechos de los usuarios a nivel constitucional y supra constitucional pues está prevista en forma expresa en el texto fundamental (arts. 42 y 43). Asimismo, la normativa ha contemplado la inclusión de instrumentos que contribuyen a sostener las garantías constitucionales que procuran la efectiva protección de los derechos del usuario.

No obstante, la realidad del régimen imperante introduce numerosas distorsiones que perjudican la efectiva vigencia del sistema de protección que se ha constituido sobre la base de la *asociación*, la *participación* y la *legitimación*.

Esa realidad adversa nos provoca y desafía, sobre todo a quienes hemos asumido responsabilidades públicas, a luchar todos los días por la vigencia efectiva de un diseño constitucional que nos enorgullece y compromete personalmente a su realización.

III. O CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL COMO CONDIÇÃO DE SUA POSSIBILIDADE

III.1. Considerações Preliminares

O presente ensaio pretende abordar o tema dos serviços públicos no Brasil e como se tem tratado a questão do seu controle social. Para tanto, pretendemos desenvolver nossa reflexão a partir dos seguintes tópicos: a identificação conceitual de serviço público no Brasil; os marcos normativos destes serviços; o regime jurídico

dos contratos administrativos da concessão e as possibilidades de sua interpretação; o controle social dos serviços públicos como condição de sua possibilidade.

Em face da complexidade e mesmo amplitude do tema proposto, nossa intenção é tão somente trazer alguns apontamentos sobre ele, notadamente os marcados pela ordem constitucional vigente no país, haja vista a profunda mudança que ela operou na conceitualização dos poderes instituídos e de suas competências políticas e jurídicas.

III.2. Possibilidades conceituais do Serviço Público no Brasil

Em sentido amplo, todas as atividades que o Estado desempenha constituem serviços públicos. Nesta ótica, o conceito de serviço público pode ser definido como a atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria administração³¹⁶.

Eros Roberto Grau, em texto crítico, lembra que a doutrina sobre o Direito Administrativo tem se equivocado quando trata do tema, eis que existem dois elementos indispensáveis para caracterizar o serviço público: o substrato material que está envolvido (serviço público é uma prestação fornecida aos administrados); o substrato formal (os traços que consubstanciam o chamado regime de direito público ou de direito administrativo)³¹⁷.

Neste particular, temos que a concepção de serviço público no próprio Ocidente vem marcada pelas contingências de formação de uma cultura de espaço público e de espaço privado específica, que discrimina significativamente o primeiro em favor do segundo, o que é perfeitamente compreensível, haja vista que tais conceitos são forjados a partir da Idade Moderna, numa tentativa de reconfiguração das ambiências de poder político vigente, principalmente na Europa Central, reduzindo a influência dos Governos (aqui confundidos com o Estado) e ampliando a autonomia do novo sujeito social emergente: o mercado³¹⁸.

Isto implicou um processo de fragilização do Poder Público em face do Poder do Mercado, reduzindo-o a instâncias controladas de administração de áreas e temas previamente demarcados/autorizados pelo próprio mercado (em sua via legislativa-formal), necessariamente não intervindo no projeto de crescimento econômico posto³¹⁹.

Isto significa que o Estado Administrador passa a ter uma função meramente ratificadora do projeto de crescimento social pautado pelas leis do mercado, organizando suas atividades e competências de maneira a gestar os problemas causados por este

³¹⁶ Vai nesta direção o conceito expendido por Jean FLIPO, *Le management des entreprises de services*, Paris, Gallimard, 1998, p. 39.

³¹⁷ Eros Roberto GRAU, *Empresas Estatais ou Estado Empresário?* In Curso de Direito Administrativo, vários autores, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 105.

³¹⁸ Neste sentido, ver o trabalho de Michel CROZIER, *La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública*, Madrid, Civitas, 2000, p. 41.

³¹⁹ Abordamos esta questão em nosso livro Rogério Gesta LEAL, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

modelo, bem como intervindo somente em setores que são estratégicos para avançá-lo, tais como políticas educacionais técnicas retroalimentadoras da mão de obra demandada por aquele modelo; políticas de saúde meramente curativas, suficientes para reabilitar os trabalhadores à produção; políticas de fomento e subsídios para setores que se encontram alinhados mercadologicamente, deixando ao largo as suas funções de gestor preventivo e acautelador das garantias e direitos fundamentais³²⁰.

Por certo que também os serviços públicos são atingidos por estes cenários, haja vista que eles evidenciam as feições que o Estado possui nos seus andares oficiosos.

De outro lado, cumpre reconhecer que o serviço público há tempos é alvo de críticas não só na sociedade brasileira, mas em várias outras partes do mundo, como em países como Inglaterra e França. Embora as nações estejam se empenhando em adequar as funções públicas à própria reforma do Estado, ainda permanece disseminada a idéia de que os funcionários públicos são preguiçosos e incompetentes e que a prestação estatal é sempre inferior à privada.

A título exemplificativo, em 1979, Madson Pirie, o ministro especial da “dama-de-ferro” inglesa Margareth Thatcher, enumerou algumas razões da ineficiência nas empresas públicas britânicas. Ele não culpava necessariamente os funcionários pela má gestão estatal, mas deixava implícito que uma empresa privada seria sempre mais lucrativa e atingiria mais facilmente seus objetivos que uma empresa pública. Isso porque as decisões estatais estão sempre contaminadas por fortes ingerências políticas, enquanto as decisões na iniciativa privada são sempre motivadas para a satisfação do consumidor, ou em última análise, visam ao lucro³²¹.

Um outro ponto enumerado por Pirie é que o setor público gastaria muito mais do que a iniciativa privada e operaria com um contingente bem maior de mão-de-obra. Uma empresa privada, por correr risco de falência, se preocuparia muito mais com critérios de eficiência do serviço e com a capacitação profissional das pessoas que estão na gerência. No serviço público, os dirigentes não se preocupariam tanto com a competência de quem gerencia o cargo, pois não são eles quem pagariam o salário. No seu entender, o fato de os equipamentos do setor público pertencerem à sociedade, torna-os, de fato, propriedade de ninguém³²².

Dessa forma, pensava que o Estado, por ser um ente abstrato e de competência limitada, poderia atuar apenas em atividades consideradas essenciais ao funcionamento da ordem social, estas dadas também pelas insuficiências apresentadas pelo mercado (tomadas aqui como temas de pouco ou nenhum interesse do modelo vigente, e não da sociedade).

Quando elaborou suas críticas, o ministro inglês não estava se referindo diretamente a toda e qualquer instituição pública. Dirigia-se, basicamente, às empresas públicas e deu todo o suporte ao governo de Margareth Thacher para iniciar a política de privatização de estaleiros navais, siderurgias e até do sistema carcerário.

³²⁰ Ver o texto de Martin BARZELAY, *The new public management: improving research and policy dialogue*, Berkley, Berkley University Press, 2000, p. 39 e seguintes.

³²¹ Como consta do Editorial da *New Public Administration*, vol. 92, September, 2000, p. 02, London, Master & Lews, 2000.

³²² Ob. cit., p. 03

No Brasil, sucessivos governos, ao seu modo e a partir de uma perspectiva institucional e endógena de poder, propuseram mudanças na administração pública, com o intento de buscar índices maiores de racionalidade e eficácia de resultados em termos e padrões pré-estabelecidos pelo próprio governo³²³. Segundo a procuradora do Ministério Público Federal, Cláudia Fernanda de Oliveira, a reforma implantada por Fernando Henrique Cardoso guarda muita similaridade com a que foi almejada por Fernando Collor de Mello, principalmente no que tange à estabilidade do servidor: *o objetivo é deixar a máquina o mais flexível possível para se atingir com mais facilidade o critério de eficiência e economia públicas*, observa³²⁴.

Mas também tem uma diferença essencial. O Presidente Fernando Henrique Cardoso perseguiu o caminho inverso ao do Presidente Collor de Mello, ou seja, preferiu alterar a Constituição Federal de 1988, que, segundo o governo, engessava a administração pública. Entre as principais mudanças estão as quebras da estabilidade e da irredutibilidade de salário, o que inicia com a nominada Reforma Administrativa da Emenda Constitucional nº19, de 04/06/1998.

Tal reforma, no entanto, foi muito mais voltada para o projeto de privatização das ações estatais, impondo-se a elas parâmetros da iniciativa e do mercado privado para fins de *eficiência*, do que propriamente preocupada à ampliação dos espaços de deliberação política e pública do tecido social e de tudo o que lhe diz respeito.

Em outras palavras, além das reformas se revelarem insipientes em face do aumento das demandas comunitárias (tanto em nível de complexidade como de quantidade), elas não manejaram a revisão de conceitos operacionais da Administração Pública, como o de interesse público, participação social na administração, controles internos e externos à Administração, regime jurídico dos atos administrativos, etc, acarretando que inovou-se em regras positivadas mas as práticas e a operacionalidade administrativa do Poder Público tem permanecido a mesma³²⁵.

Apesar de tudo isto, boa parte da doutrina especializada do Direito Administrativo brasileiro tem resistido bravamente ao desmantelamento do Estado, insistindo na permanente definição conceitual e operacional de serviço público no país. Assim ocorre com Celso BASTOS, quando assevera que:

*Dá-se o nome de serviço público a atividade prestada pela Administração, que se vale do seu regime próprio de direito administrativo, com vistas ao atingimento de uma necessidade coletiva que pode ser fruído uti singuli ou uti universali pelos administrados.*³²⁶

³²³ O ex-presidente José Sarney tentou torná-la mais dinâmica, com a eliminação gradativa de algumas empresas estatais e a desburocratização em vários setores do governo. Fernando Collor adotou uma proposta mais radical e pretendia logo nos primeiros anos de governo a dispensa de 360 mil servidores. Ver o texto de Luiz MARTINS, *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral*. In Cadernos Enap, vol. 08, Brasília, 1997.

³²⁴ Entrevista dada à Revista VEJA, Edição de 22/05/2002, p. 12.

³²⁵ Neste sentido, ver o texto de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *A defesa do cidadão e da res publica*, Revista do Serviço Público, vol. 02, ano 49, Enap, Brasília, 1998, pp. 127/132.

³²⁶ Celso BASTOS, *Concessão de Serviços Públicos*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol 15, abril/junho de 1996, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 26.

Celso Antônio Bandeira de Mello é ainda mais detalhista e preciso, ao referir que:

*Serviço Público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, prestadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público —portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais— instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.*³²⁷

Na mesma direção vai CIRNE LIMA, ao conceituar o serviço público como aquele que é *existencial à sociedade ou, pelo menos assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa*³²⁸.

Veja-se que, no centro de todos estes conceitos, encontra-se não o Estado como detentor do poder de fornecer o serviço público, mas a sociedade enquanto destinatária e mesmo sentido último dele, portanto, colocando este Estado como devedor/provedor das demandas sociais que se apresentam a este título. Não se pode perder isto de vista, eis que não raro a idéia e conceito mais operacional que se tem de serviço público no país inverte tal ordem, já que deixa ao arbítrio do Estado a definição conceitual e pragmática das condições e possibilidades deste, estabelecendo uma relação autoritária e unilateral para com a comunidade, uma vez que não permite sua oitiva, tampouco o diálogo e o compartilhamento na tarefa de estabelecer quais os serviços que se apresentam como importantes para o atendimento dos reclames sociais.

Aliás, cumpre destacar que para o próprio Estado (assim como para a Sociedade) há uma pauta mínima de prioridades e prerrogativas societárias que estão já postas pelo sistema jurídico vigente, a saber, os inscritos no âmbito da Carta Política, notadamente em nível de princípios constitucionais, densificados nas regras que os explicitam. Portanto, não há que se falar em liberdade do Estado para resolver quais os serviços é que devem ser prestados à comunidade, a uma porque eles já estão desenhados pelas garantias constitucionais, a duas, porque suas especificidades vão sendo cotidianamente apresentadas em face das emergentes e complexas manifestações dos atores sociais³²⁹.

Em face disto é que não há uma enumeração fechada e definitiva do que sejam serviços públicos, mas indicadores, uns mais precisos, outros mais difusos, que estão postos pela dicção constitucional vigente. Todavia, discordando de Aguillar e como referimos dantes, estes serviços não são propriedade do Estado, do interesse

³²⁷ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 20, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 23.

³²⁸ Ruy CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 82. Já Marcelo Caetano trabalha com um conceito mais genérico de serviço público, a saber, *uma organização permanente de atividades humanas ordenadas para o desempenho regular de atribuições de certa pessoa jurídica de direito público*. Destaca o autor, em seguida, que *estas atividades destinam-se à prestação de utilidades concretas aos indivíduos singularmente considerados, com o fim de satisfazer necessidade coletiva individualmente sentida pelos administrados*. Ver o seu *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 1.067.

³²⁹ Tratei deste tema em meu livro Rogério Gesta LEAL, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.

do Estado, ou daqueles *que são capazes de imprimir à sua atuação a marca de sua vontade*³³⁰, isto porque não se pode confundir Estado com Governo ou Governantes.

*Os interesses dos governantes, por vezes, podem não coincidir com os interesses do Estado enquanto espaço de interlocução pública à gestão das demandas societais*³³¹, momento em que os desvios de rota e administrativos precisam ser corrigidos, não apenas pela via da representação política e seus instrumentos de ação —como o sufrágio—, mas por outros mecanismos de controle interno e externo do administrador (como os jurisdicionais e legislativos), sob pena de outros mais radicais se imporem (tais como a revolução ou desobediência civil).

Os principais indicadores conceituais e definidores de serviços públicos, assim, já podem ser encontrados nos Princípios Constitucionais do Texto Político brasileiro de 1988, inscritos no seu título primeiro, haja vista que eles sinalizam, e muito bem, os objetivos, finalidades e prioridades da República Federativa Brasileira (aqui compreendida notadamente a partir de seu centro neural, sua cidadania republicana).

Significa dizer que todos os temas condizentes com a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao desenvolvimento justo, livre e solidário da sociedade nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como os que dizem respeito à solução das desigualdades regionais, à independência nacional, à prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, à solução pacífica dos conflitos, todos estes e outros a eles conectados e espargidos no texto da Carta Constitucional, podem e devem ser observados nas atividades de prestação de serviços por parte do Poder Estatal.

Não está se dizendo com isto que o Estado deva se transformar em um novo Leviathã, em tudo intervindo e a tudo regulando, mas deve ao menos debater com a comunidade que questões e áreas devem ser priorizadas a fim de que se possa garantir aqueles princípios e, mais do que isto, como se pode efetiva-los de maneira mais intensa e real.

Insiste-se, pois, no fato de que o conceito de serviço público só pode ser demarcado levando em conta de que Estado e de que Sociedade se fala, no caso, de um Estado Democrático de Direito e de uma Sociedade Democrática de Direito, significa dizer que tais serviços são servientes desta Sociedade e deste Estado.

Ao lado destas considerações conceituais preliminares, a verdade é que o país conta com uma historiografia normativa (constitucional e infraconstitucional) versando sobre a forma de operacionalizar e efetivar os serviços públicos, tema que passamos a enfrentar.

³³⁰ Fernando Herren AGUILLAR, *Controle Social de Serviços Públicos*, Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 120. Também Odete Medauar assim raciocina, ao sustentar que *saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção do Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição*. In *Direito Administrativo Moderno*, RT, São Paulo, 1998, pp. 329-330.

³³¹ Aqui reside uma questão de fundo não discutida no Estado Administrador Brasileiro, pois ainda temos uma acepção de que as competências à gestão dos interesses públicos só competem ao Estado enquanto instituição consolidada e suas instâncias técnico-burocráticas. Trabalhamos com outra base reflexiva, mais comunicativa e de debate, deliberação e execução de políticas públicas compartilhadamente com a sociedade civil organizada. Ver nosso artigo Rogério Gesta LEAL, *Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais*. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Tomo I, Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2001, pp. 35 e ss.

III.3. Marcos normativos dos serviços públicos no Brasil

O tema dos serviços público no país se aloja, dentre outros cenários, no âmbito da Ordem Econômica, haja vista sua inexorável intervenção —direta ou indiretamente— no campo de atividades produtivas do mercado de trabalho e, por isto, precisa observar o que dispõe, por exemplo, o art.170 da Constituição vigente, i.é., *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV —livre concorrência.*

Significa dizer que se o Estado precisar prestar serviços à cidadania, não pode fazê-lo sem levar em conta a manutenção do respeito a algumas regras mínimas do mercado, para não inviabilizar iniciativas da sociedade civil voltadas à produção. Neste passo é que precisa ser compreendido o que dispõe o art.173 da Carta Política, a saber: *ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.* Na mesma linha de concepção vai o seu parágrafo primeiro, ao asseverar que *a exploração direta da atividade econômica se dará através do mesmo regime jurídico aplicável aos particulares*, exatamente para não criar privilégios desmesurados à intervenção do Estado nas relações de mercancia, expondo a iniciativa privada a riscos de inviabilidade econômica.

Em termos históricos, pode-se dizer que o Brasil está familiarizado com a prestação de serviços públicos sob a perspectiva normativa, eis que desde a Constituição de 1934 (art.136), vem tratando do tema³³², sem, contudo, ter especificado a matéria notadamente da concessão de serviço público em legislação infraconstitucional detalhada, até o advento do Decreto-lei nº2300/86³³³, que dispôs a respeito das licitações e dos contratos administrativos, institutos norteadores à operacionalização daquelas concessões.

É somente no início da década de noventa do séc.XX, com o surgimento da Lei de Licitações (nº8666, de 21/06/1993), que o país vai contar com uma regulamentação mais pontual sobre os vínculos da Administração Pública no âmbito de mercado, residindo aí o tema das concessões, ao menos na sua forma mais geral. Veja-se que aqui, já temos vigendo a disposição do art.175, da Constituição Federal de 1988, disciplinando que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*, contudo, não tínhamos ainda normatização específica para tratar desta prestação, o que só vai ocorrer com o advento da Lei nº8987/95, a ser avaliada mais a frente.

Temos o seguinte quadro evolutivo das concessões e permissões, ao menos na sua perspectiva mais recente:

³³² Assim como nas Constituições de: (a) 1937 (art.146); (b) 1946 (art.151); (c) 1967 (art.160, incs. I a III); (d) bem como pela Ementa Constitucional nº1, de 1969 (art.167).

³³³ Alterado posteriormente pelos Decretos-leis nº2348/87 e 2360/87.

Tabla 4.1.

Servicios delegados	Anterior à CF/88	Posterior à CF/88 e às leis 8987/95 e 9074/95	Posterior à CF/88 e à vig. Leis 8987 e 9074
Concessão de Serviço Público	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou consórcio. Via licitação. Caráter contratual. A licitação deve ser na modalidade de concorrência. Deve ser por prazo determinado
Concessão de Obra Pública	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário	Delegação através de contrato administrativo. Via licitação. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou consórcio. Via licitação na modalidade de concorrência. Caráter contratual. Exige-se do concessionário a realização de obra pública, cuja exploração amortizaria o investimento ou remuneraria o concessionário. Deve ser por prazo determinado
Permissão de serviço público	Ato administrativo unilateral, discricionário, sem licitação e precário (rompimento do vínculo pode ser durante sua vigência)	Delegação através de contrato administrativo. Sempre via licitação. Caráter contratual. Discricionariedade afastada	Delegação através de contrato administrativo somente para pessoa jurídica ou física. Via licitação — não necessariamente na modalidade de concorrência—. Caráter contratual. O poder público pode resgatar a título precário
Autorização	Ato administrativo unilateral, discricionário, precário, onde o poder público concede a particular o direito de exploração de determinada atividade via controle estatal	Ato administrativo unilateral, discricionário, precário, onde o poder público concede a particular o direito de exploração de determinada atividade via controle estatal. Entretanto, só pode ocorrer em casos previstos em lei	Nada foi alterado. Entretanto, há outras possibilidades de sua ocorrência, como nas leis da ANEEL, ANATEL E nº9.074/95

Ao lado desta perspectiva constitucional, norteadora de toda a ação pública envolvendo concessão ou permissão, já sob uma dimensão mais operacional e dogmática, os serviços públicos no Brasil são informados por alguns princípios forjados, tradicionalmente, pelo Direito Administrativo, dentre os quais: o da (1) Continuidade: no sentido de que o serviço deve ser permanente, mantido a qualquer transe, embora não necessariamente ininterrupto; (2) Genaralidade: pois os serviços devem ser prestados a todos que deles necessitem, eis que sua manutenção constitui um dever, preceito incorporado pelas disposições do art.6º, da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro; (3) Modicidade: já que os preços dos serviços devem atender as exigências do mercado e a capacidade econômica de seus usuários; (4) Aperfeiçoamento: no sentido de que deve o Estado zelar para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível.

Em termos de competência federativa, temos de igual forma uma clara disposição constitucional, eis que se encontram distribuídos nos termos dos 25 casos do art.21, atribuindo competência comum em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, e em número de 13 situações, consoante as disposições do art.23, CF/88.

Sob o aspecto da avaliação sobre os modos de prestação daqueles serviços, tem-se a Prestação Direta, executadas pelas pessoas jurídicas de direito público centrais, sendo o próprio Estado que decide e executa as atividades; e ainda a Prestação Indireta, através de pessoas jurídicas de direito público autárquicas, ou através de pessoas de direito privado delegatárias do Poder Público.

Historicamente o país tem criado figuras e tipos contratuais os mais diversos para dar conta de suas demandas de serviços, nominando alguns de serviços autorizados. Em tais situações, o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou mesmo emergência transitória, normalmente sem regulamentação específica, e sujeitos a constantes modificações no modo de sua prestação, podendo ser suprimidos a qualquer momento³³⁴. Sua remuneração é tarifada pela própria Administração Pública, sendo sua execução pessoal e intransferível a terceiros, não exigindo processo licitatório obrigatório.

Comumente temos como exemplos destes serviços os de táxi, despachantes, pavimentação de ruas por conta dos moradores, guarda particular de estabelecimentos ou residências.

Importa destacar que os executores da autorização não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos. A contratação destes serviços com o usuário é sempre uma relação de direito privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público, e qualquer irregularidade no âmbito de sua execução deve ser comunicada à Administração, tão somente para que ela tome providências e mesmo à aplicação das penalidades cabíveis³³⁵.

³³⁴ Ver neste sentido o conceito aproximativo trazido por Odete MEDAUAR, *Controle da Administração Pública*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

³³⁵ Ver o trabalho de Hely Lopes MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 118. Os tribunais brasileiros já se pronunciaram também a este respeito: Apelação Cível nº 597035344, PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, JULGADO EM 05/09/97.

Uma outra modalidade clássica de serviços praticados no país são os chamados serviços permitidos, ora tomados como aqueles para os quais a Administração estabelece os requisitos à sua prestação ao público, e, por ato unilateral, comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o desempenho. Tal permissão, até em face de suas particularidades, é discricionária e precária, admitindo condições e prazos para a prestação do serviço³³⁶.

Em termos de operacionalidade, o serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração, que o controla em toda a sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários. Assim, o início e o fim da permissão devem ser precedidos dos respectivos termos circunstanciados. Isto é o que acontece, por exemplo, com o transporte coletivo.

Diante de todos estes requisitos, a permissão é deferida pessoalmente ao permissionário, e, por isto, é intransferível a terceiro sem prévio assentimento da Administração. De qualquer sorte, os atos dos permissionários são de sua exclusiva responsabilidade, sem afetar o Poder Público pertinente.

Por fim, temos os chamados serviços concedidos, ora concebidos como aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Assim, tais serviços são próprios da Administração Pública, porém, executado por particular em razão da concessão, nos estreitos termos e condições dados por esta.

No processo avassalador de privatização em que o Estado brasileiro tem se envolvido, descentralizando e terceirizando grande parte de suas ações, o tema dos serviços públicos ganha destaque, fundamentalmente sob a perspectiva de responsabilização envolvendo seus préstimos. Em decorrência disto, temos visto ampliarem-se as preocupações com a normatização/regulamentação dos serviços prestados tanto pela Administração Pública como pelos particulares, que o fazem em nome do Estado, motivo pelo qual avaliaremos, agora, o tema do regime jurídico dos serviços públicos permitidos e concedidos, hoje unificados por legislação federal.

III.4. O regime jurídico dos contratos administrativos de concessão e permissão de Serviço Público no Brasil

No direito brasileiro, há um caráter predominantemente público da concessão decorrente do próprio texto constitucional, de acordo com o qual a prestação do serviço público incumbe ao Estado, fazendo-o direta ou indiretamente (sob regime de concessão ou permissão), nos precisos termos do art. 175, da atual Constituição. Salientou, pois, o constituinte, que mesmo prestado pelo concessionário, o serviço público é incumbência do Estado, podendo realizar-se mediante uma forma de cooperação na qual mantém o seu poder regulamentar e o dever de fiscalizar o concessionário.

³³⁶ Neste sentido, ver o trabalho de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2002.

Em razão desta natureza, a concessão ou permissão do serviço público possui regime jurídico-administrativo, caracterizado pela submissão ao princípio da legalidade; constituição de obrigações por ato unilateral; presunção de legitimidade, auto-executoriedade, unilateral declaração de nulidade e revogabilidade dos atos praticados; continuidade das atividades havidas como públicas, dentre outros³³⁷.

Na dicção de Lúcia Valle Figueiredo, o serviço público e, por sua vez, a concessão ou permissão deste serviço, não pode perder de vista que tal atividade é originariamente do Estado, *ou de quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público*³³⁸.

Neste particular, se o serviço público se afigura como toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelo Poder Público, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força da Administração, assim também ocorre com as formas delegativas da execução destes serviços, e vejam-se, tão somente as atividades executórias dos serviços, uma vez que a tarefa de conceber os princípios, objetivos, finalidades e critérios de qualificação e quantificação prévio e permanente do seu oferecimento, pertence sempre ao Estado³³⁹.

Ao lado das disposições constitucionais referidas, contamos no país hoje com as Leis nº8.987/95 e 9.074/95, detalhando as condições em que podem se operacionalizar a concessão e a permissão, todas pela via e termos do contrato administrativo, destinado a transferir a particulares certas atividades reservadas à Administração, podendo ser de execução de serviços públicos ou referidos à utilização privativa de bens públicos. A novidade aqui é que a permissão, principalmente de serviços públicos, foi assimilada nos mesmos moldes da concessão, mantendo-se, todavia, como ato unilateral para transferir, precisamente, a utilização de bens públicos.

Enquanto a permissão pressupõe o atendimento simultâneo do interesse do administrado e do Poder Permitente, um outro similar seu, a autorização, é outorgada no exclusivo interesse do particular.

Nesse particular, nos termos do art.2º, da Lei nº8.987/95, poder concedente é a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em cuja competência se encontra o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão. Na dicção desta norma, entende-se como concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de

³³⁷ Conforme disciplina Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 480.

³³⁸ Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1995, pp. 58-59.

³³⁹ Ver, neste sentido, o trabalho de León DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1980, p. 391. O STJ, no Brasil, tem reiteradamente sustentado que a concessão é apenas a forma tradicional de gestão de serviço público, não podendo ser entendida como meio de transferência de competência, gerador de poder de exclusão. In STJ - Ac. Un. da 1ª T., pub. em 19/06/95, REsp. 35.891-4- MG - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - DER/MG x Múcio Ozair Costa Alves.

empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Já a permissão de serviço público é definida pela lei³⁴⁰ como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, também por sua conta e risco.

Importa referir que tanto a permissão como a concessão de serviço público devem ser instrumentalizadas expressamente, nos termos do art.4º, da referida norma. E em particular, a permissão, será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos cogentes da normativa, das demais regras pertinentes à matéria e do edital licitatório, notadamente quanto aos aspectos da precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente³⁴¹.

Sendo um contrato administrativo, a concessão (bilateral, oneroso, comutativo, *intuitu personae*) fica sujeita a todas as imposições da Administração Pública, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização por lei, a regulamentação por decreto e a concorrência. Pode ela ainda ser conferida com exclusividade ao concedido, observados os fins expressamente consignados nos instrumentos que a ensejam. Tais instrumentos, inclusive, podem equiparar os concessionários às autoridades públicas, sujeitando-se os seus atos aos mesmos mecanismos de controles jurisdicional e administrativo que são afetos ao Poder Público³⁴².

Neste modelo normativo de concessão e permissão, o poder concedente continua detendo a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da relação jurídica, retomar o serviço concedido ou permitido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação, por óbvio que sope-sando e compensando as responsabilidades de cada qual³⁴³.

Por outro lado, findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, independentemente de pagamento ou indenização ao concessionário, por se considerar recebidos no decurso do contrato, o capital investido, bem como os lucros e juros dele decorrentes.

Uma vez que toda a regulamentação do serviço concedido ou permitido compete à Administração Pública, ela se submete a duas categorias de normas: as de natureza *regulamentar* e as de ordem *contratual*. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do

³⁴⁰ Inciso IV do art.2º da referida Lei.

³⁴¹ É o que dispõe o art.40 da Lei supracitada. Verifica-se pois que o contrato de permissão não autoriza ao permissionário qualquer tipo de negociação com a Fazenda, eis que as cláusulas do contrato firmado entre as partes são definidas pela Administração Pública, com base em sua conveniência e oportunidade, é claro que não desrespeitando qualquer disposição jurídica cogente.

³⁴² Ver o texto de Carmem Lúcia Antunes ROCHA, *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1996.

³⁴³ A própria jurisprudência nacional tem isto muito claro. Veja-se a seguinte decisão do STJ: *Não cabe dar provimento de mérito a ação de interdito proibitório, para assegurar ao autor suposto direito de posse sobre serviço de utilidade pública a ele confiado, a título precário, como se tal forma de delegação recebida do Poder Público pudesse atribuir ao prestador do serviço delegado direito ou prerrogativa inerente à condição de proprietário. As concessões de serviço público não tem o condão de garantir ao concessionário a posse do serviço, nem geram direito defensável ad interdicta. Recurso provido, sem discrepância.* (STJ - Ac. Un. da 1ª T., pub. em 19/06/95, REsp. 35.891-4- MG - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - DER/MG x Múcio Ozair Costa Alves).

concessionário; por isso, aquelas são denominadas *leis do serviço*, e estas, *cláusulas econômicas ou financeiras*³⁴⁴. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Veja-se que a fixação e alteração de tarifas consideram-se também ato administrativo, do âmbito regulamentar do Executivo, independentemente de lei para sua expedição. Isto se explica porque a regulamentação é apenas a do serviço e não a normativa, que depende de Lei Federal. Neste poder de regulamentação e controle, a Administração está autorizada a modificar a qualquer tempo o funcionamento do serviço concedido, visando sua melhoria e aperfeiçoamento, assim como aplicar penalidades.

É dever do concedente exigir a prestação da concessão em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas. Para assegurar estes requisitos, reconhece-se à Administração o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais.

No poder de fiscalização está implícito o de intervenção para regularizar o serviço, quando estiver sendo prestado deficientemente aos usuários, ou ocorrer a sua indevida paralisação.

Agora, a questão fulcral que se coloca ao presente ensaio é saber como tem de ser compreendido o direito/dever de fiscalização da Administração em relação às concessões e permissões que entabula no cotidiano de suas ações político-governamentais, o que vamos abordar a partir de agora.

III.5. O controle social dos serviços públicos como condição de suas possibilidades

É pacífico e consensual o entendimento de que a atual Constituição brasileira está voltada notadamente para os direitos da cidadania, reconhecendo-a como centro neural de toda ordem social, política, econômica e jurídica. Prova inequívoca e estrita disto são, por exemplo:

- a) O fato do Judiciário apreciar não mais apenas a lesão, mas também qualquer ameaça a direito (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) —CF, art.5º, XXXV—.
- b) O fato das entidades associativas poderem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) —CF, art 5º, XXI—.
- c) O reconhecimento jurídico do fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art.8º, III).
- d) O fato de elegermos um vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, e este ter o controle de sua observância depositado também

³⁴⁴ Ver o texto de Celso Antonio Bandeira de MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

nas mãos do cidadão, que conta, para tanto e exemplificativamente, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo pelos termos do art.5º, LXXIII, da Constituição vigente, assim como da ação civil pública.

- e) O próprio direito de petição (art.5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa. Isto porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art.5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art.14), juntamente com duas inovações controladoras: (a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art.31, § 3º); (b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art.74, § 2º).

Apesar de todo este arsenal cívico à disposição da cidadania brasileira, ele não raro é sub-utilizado, haja vista a letargia social pela qual esta cidadania passa, assistindo ao espetáculo da cena política nacional como mero expectador, fomentado inclusive pelo comportamento autoritário e endógeno dos poderes instituídos que, por vezes, crêem em sua auto-suficiência gerencial e política, ensejando uma relação artificial e de distanciamento de sua base soberana —a comunidade que deveria servir—.

No caso específico das concessões e permissões, temos a previsão clara no art.175, da Carta Política, que dispõe incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Em seguida, no seu parágrafo único, determina que a lei reguladora desta matéria deverá dispor, dentre outras coisas, dos direitos dos usuários (inciso II).

Da mesma forma ocorre com a legislação infraconstitucional que versa sobre a matéria —referida anteriormente—, na medida em que determina que a fiscalização destes contratos e de suas execuções sejam realizadas pelo Poder Concedente com a cooperação dos usuários (arts. 3º³⁴⁵ e 30³⁴⁶, da Lei nº 8.987/95), cabendo ainda ao Poder Público autorizar a transferência não só da concessão, mas ainda do controle acionário da empresa concessionária (art. 27, da Lei nº 8.987/95, e art. 98, da Lei nº 9.472/97).

Em verdade, esta Lei nº8.987/95 ampliou normativamente as possibilidades de participação efetiva do usuário do serviço público no âmbito de sua concessão ou

³⁴⁵ Disciplina o art.3º que *as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.*

³⁴⁶ Assim está redigido este art.30: *No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.*

permissão, fazendo corresponder aos direitos de certidão, petição, reclamação e sugestão (incisos, II, IV, V e VI, do art. 7º, deste diploma), os deveres listados no seu art. 29, incisos I, VI, VII e XII.

De outro lado, a normativa estabeleceu o sensato prazo de 30 dias para cientificação dos usuários das providências tomadas, em decorrência de suas manifestações e reclames quanto aos serviços prestados de forma indevida, o que amplia o espectro do controle social, haja vista que as medidas tomadas pela Administração e pelo Concessionário ou Permissionário para corrigir os problemas apontados precisam ser publicizados, potencializando ainda mais o direito subjetivo público do usuário em obter serviços adequados, bem como vinculando a continuidade do serviço à realidade e qualidade da resposta enunciada.

É preciso destacar que o desrespeito aos interesses do usuário, em face de sua amplitude e indisponibilidade, pode e deve gerar reclamações, ações populares e outros remédios jurisdicionais, candentemente marcados pela natureza consumeirista do bem jurídico tutelado, previsto no art. 6º, X, da Lei nº 8.078/90. Ao largo de tal enquadramento normativo, são igualmente exigíveis pelos consumidores usuários todos os direitos que os contratos preverem, nos termos do art. 23, VI, da Lei 8.987, por tais razões, é imprescindível haver a mais ampla publicidade de seus termos, sob pena de se inviabilizar tais direitos.

O parágrafo único do art. 30 (anteriormente referido), instituiu duas simultâneas e não excludentes formas de fiscalização do serviço público concedido. A primeira, feita através de um órgão interno da administração ou terceirizadamente (a exemplo de uma auditoria externa), decorrendo a escolha discricionária de cada administração. A segunda, por uma comissão colegiada, com representantes da concessionária, dos usuários e do poder concedente. Esta comissão não se classifica como órgão público típico, podendo o próprio Poder Executivo, através de regulamentação por decreto, determinar a forma de constituição, escolha dos membros, atuação, reunião e deliberação deste órgão³⁴⁷.

Como crítica negativa que se possa fazer a estes dispositivos de controle social do serviço, podemos dizer que a norma sob comento não exige que seja a comissão colegiada paritária, podendo a administração optar pela preponderância de seus representantes, voto minerva para o Presidente, eventual destituição de membros dos consumidores que não estejam atendendo aos interesses destes, etc, matéria que deverá ser avaliada em cada caso concreto.

Por outro lado, nada impede que esta comissão tenha o poder de exigir e analisar as prestações de contas previstas nos incisos XIII e XIV, do art. 23, bem como aplicar sanções, desde que não seja excluída a competência do poder concedente para tanto, em razão da própria natureza da concessão e da letra do inc. II, do art. 29. É ainda possível e mesmo recomendável a criação de associações de usuários, com atuação paralela e complementar, que devem ser estimuladas pelo poder concedente em atenção ao inc. XII, do mesmo artigo. A independência dessas associações evita distorções na atuação da comissão prevista no seu art. 30, já que aqui os usuários poderão ser minoria.

³⁴⁷ Por óbvio que, caso haja remuneração de seus membros, imprescindível será a expedição de lei.

Por outro lado, o conceito de fiscalização trazido por este art.30 deve ser estendido à dimensão não só curativa de problemas na prestação dos serviços, mas também e fundamentalmente preventiva, haja vista que ela deve ser permanente, tanto para evitar os problemas que não deseja, como para oportunizar um espaço permanente de participação qualitativa ao atendimento das demandas que buscam os serviços alcançar, revitalizando-os em níveis de eficácia social maximizada. Tal concepção por certo vem ao encontro dos interesses comunitários que dão causa e sentido à prestação dos serviços públicos, com legitimidade renovada pela inclusão e ação social dos seus usuários na conformação conceitual e de respostas às suas necessidades.

No que tange ao contrato público que vai regular a concessão ou permissão de serviço público, também a inserção do paradigma de controle social, com a elevação de status dos órgãos com representação de usuários, e a expressa previsão nos contratos de seus direitos, perquiridos pelos termos da Lei nº8.987, sofre condicionamentos diretos, tais como a ausência de exclusividade e a liberdade de escolha do usuário.

Podemos dizer inclusive que, apesar de possuir dois signatários a relação jurídica contratual na espécie, presente está um terceiro sujeito, que é o usuário, haja vista que ele pode ser representado pelas associações ou, em razão da possibilidade do exercício de direitos com base no Código de Defesa do Consumidor, ou Ação Popular, individualmente, ou pelo Ministério Público. Os limites subjetivos previstos no art. 55, VII, da L. 8.666, foram extravasados pelo reconhecimento legal de que os que aportam recursos para a manutenção da concessão, constituindo sua razão de existência, não podem ser excluídos de uma relação contratual que lhes afeta.

Como quer Fernando Weiss³⁴⁸, a outorga da concessão não é mais meramente um ato de império, devendo ser enfocada por outro viés. Trata-se de atuação continuada de gestão de serviços públicos, na qual o principal interessado tem participação permanente. A relação dos usuários com ambas as partes é legal, precedente à assinatura do contrato de concessão. Seus direitos decorrem da Constituição Federal, da lei, e dos termos do edital e contrato. Não é estranho a um contrato quem possui direitos e deveres dele decorrentes, podendo exigir seu cumprimento adequado.

Na doutrina italiana este aspecto igualmente vem sendo trabalhado, haja vista a reflexão apresentada por Arena:

Molte amministrazioni erogatrici di servizi hanno imparato a considerare gli utenti dei servizi pubblici come soggetti in grado di fornire valutazioni, giudizi, suggerimenti, etc. sulla qualità dei servizi medesimi e vi sono ormai diversi esempi, soprattutto a livello locale, di amministrazioni che con modalità varie chiedono ai propri utenti di valutare il servizio offerto e di formulare proposte di miglioramento. Si tratta certamente di un profilo particolare di quell'orientamento al cliente che, come s'è visto, rappresenta un'evoluzione recente nell'ambito del paradigma bipolare; ma questo modo di impostare il rapporto fra le amministrazioni erogatrici di servizi ed i destinatari dei servizi stessi può anche essere letto, in un'altra prospettiva, come un avvicinamento al modello dell'amministrazione condivisa, in quanto vede nell'utente un soggetto dotato di conoscenze, esperienze ed in

³⁴⁸ Fernando Lemme WEISS, *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos*. In Revista Jurídica, nº 235, MAI/1997, Síntese, Porto Alegre, 1997, p. 22.

*generale competenze di vario genere che possono essere utilizzate per migliorare l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici nella loro configurazione tradizionale*³⁴⁹.

Não estamos defendendo aqui a constituição de um poder paralelo no âmbito das relações de prestação de serviço público, agregando a elas um outro poder de império que é o usuário ou suas representações, mas estamos tão somente sustentando a tese de que é a própria dicção constitucional contemporânea no país que está apontando à uma nova configuração de relação pública e espaço público, aqui entendido como cenário de diálogo e interlocução democrático, entre todos os que constituem tal espaço ou relação, sem qualquer discriminação ou preconceito, oportunizando que a ação pública esteja fundada em políticas públicas resultantes de um processo/procedimento comunicativo voltado ao entendimento entre estes sujeitos sociais(o que não é sinônimo de unanimidade, mas de consensualidade fundada em razões e justificações públicas).

A materialização desta perspectiva vem se corporificando —mesmo que a passos lentos— em algumas decisões judiciais no Brasil envolvendo a matéria de responsabilidade pela prestação ou ausência de serviços públicos, a seguir referidas, e o entendimento do STF sobre a matéria³⁵⁰, haja vista que o país adotou a teoria da culpa de serviço para fins de aferição de responsabilidade jurídica. Assim, podemos afirmar que:

- a) Quando o Estado causa algum dano, por ação ou omissão, deve o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa.
- b) A relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada ou facilitada a sua ocorrência, em virtude de ação ou de inércia dos poderes públicos.
- c) A pessoa jurídica de direito público só se exonera da responsabilidade comprovando a força maior, não bastando a prova de simples ausência de culpa dos seus funcionários, como entendia a jurisprudência anterior.
- d) Ao autor da ação cabe provar os fatos e não a culpa, que se presume pela simples razão de os fatos evidenciarem, no caso, o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do serviço público³⁵¹.

Tais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários podem se estender, em tese, a temas de alta complexidade e relevância hodierna na realidade brasileira, tais como:

- a) A falta de conservação de rios ou estradas, ensejadoras de desastres sociais³⁵².

³⁴⁹ Gregorio ARENA, *Cittadini Attivi*, Laterza, Roma, 2006, p. 76. Da mesma forma o autor trabalha este tema em texto inédito a ser publicado em livro coletivo, coordenado e traduzido por o subscritor deste ensaio, chamado de *Amministrazione Condivisa*. Neste texto, o autor destaque que *Sviluppando ulteriormente questo tipo di impostazione si ha un ulteriore passaggio, consistente nel considerare gli utenti molto di più che non semplici (per quanto importanti) valutatori del servizio, ma addirittura possibili co-protagonisti nella gestione del servizio stesso*.

³⁵⁰ Ver o julgado na Apelação Cível nº 140.926, in RDA, 87/221, em que encontramos uma razoável abordagem do tema enfocado.

³⁵¹ Há uma boa referência desta matéria no texto de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 82 e ss.

³⁵² No julgado Recurso de Revista nº 175.975, in RDA, 12/214, temos a assertiva de que a *responsabilidade civil do poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso*. Da mesma forma no julgado da 2ª Câmara Cível do TJSP, 07.11.80, RJTJSP, 69/103, houve a decisão de que danos resultantes de enchentes ocasionados por forte chuva, uma vez demonstrado que ocorreu em face da deficiência na execução de obras e serviços pela municipalidade, demanda dever ressarcitório contra a Fazenda Pública.

- b) A falta de policiamento efetivo, gerando a agudização da violência dos centros urbanos (já se ampliando para o rural).
- c) A falta de diligência dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro, que tem violado direitos e garantias fundamentais da cidadania. Em todos estes exemplos mais polêmicos, há sempre uma falta de funcionamento adequado do serviço público, que não cumpriu as obrigações que a lei lhe atribui e para a execução das suas competências matriciais e pelas quais foi criado³⁵³.

Assim é que já se decidiu no Brasil que a municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio³⁵⁴. Nesta mesma decisão referiu-se que:

Sendo a causa de sucessivos transbordamentos da corrente a diminuta profundidade de seu canal, aliada ao acúmulo de galhos e detritos carregados pelas águas, caracterizada está a falha do serviço administrativo devendo a municipalidade arcar com os prejuízos causados pelas inundações.

Digno de registro que desde a existência do antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, a jurisdição do Rio de Janeiro tem admitido, por exemplo, a responsabilidade objetiva do Estado por atos de pilhagem que a polícia não impediu³⁵⁵. No mesmo sentido, consagrou a responsabilidade do Estado por risco administrativo, em caso de tiroteio entre a polícia e bandidos, no qual faleceu terceiro³⁵⁶, decidindo-se que: *com base na teoria do risco administrativo, o Estado é responsável pela morte de pessoa ocorrida em razão de tiroteio iniciado por policiais contra bandidos*.

Ponderou o Tribunal no feito que:

A espécie aplica-se à teoria do risco administrativo segundo a qual a obrigação de reparar o dano decorre do ato lesivo e injusto causado à vítima, em decorrência da diligência policial. Como se sabe, na teoria do risco administrativo, exige-se apenas o fato do serviço. Não se cogita de culpa da administração ou de seus agentes. Basta que se demonstre o fato danoso em virtude de ação do poder público. E isto foi feito. Para se eximir da responsabilidade, o Estado deveria comprovar culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Nesse sentido, porém, nada diligenciou o recorrente, não havendo, assim, por que exonerá-lo de responsabilidade³⁵⁷.

Veja-se que, mesmo diante dos avanços doutrinários e jurisprudenciais que possamos estar construindo em relação a esta matéria, resta-nos muito claro o entendimento de que, até por tradição política e administrativa conservadora e centralizada, o Estado Administrador brasileiro —assim como a jurisdição nacional— só age quando provocado a agir (resquício antigo de um conceito restritivo de legalidade extrema), impondo-se à cidadania enquanto usuária de serviços públicos fazer uso

³⁵³ Ver o trabalho de Fabiana de Menezes SOARES, *Direito Administrativo de Participação*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, pp. 59/176.

³⁵⁴ Decisão da 2ª Câmara Cível do TJSP, 05.12.78, RT, 528/74. Na mesma direção a decisão da 5ª Câmara Cível do TJSP, 05.04.79, RT, 530/70, e da 3ª Câmara Cível do TJSP, 26.05.77, RJTJSP, 47/125.

³⁵⁵ Conforme a decisão Apelação Cível nº 40.928, in 'Revista de Jurisprudência do TJGB', 14/175.

³⁵⁶ Conforme se verifica no acórdão da 5ª Câmara do TJERJ, na AC nº 2.711/86, de 30.09.86, In Revista de Jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro, vol. 183, p. 119.

³⁵⁷ Decisão citada, p. 120.

dos instrumentos e mecanismos que o sistema jurídico dispõe, inclusive como forma de ação cívica responsável à concretização inexoravelmente cotidiana da sociedade democrática de direito que pretende compor, sob pena de manter com o Estado ainda uma relação servil de consumo resignado e passivo dos *favores* que ele lhe presta.

IV. Régimen mexicano de los usuarios de los servicios públicos y de interés general

La fuerza motriz que anima e impulsa al sistema social, está conformada por las ideas; con razón Víctor HUGO, en *Los miserables*, apunta: “Lo que conduce y arrastra al mundo no son las máquinas sino las ideas”³⁵⁸.

Muchas ideas tienen carácter transitorio y local, son intrascendentes en el tiempo y en el espacio; las añejas se denominan prejuicios, las recientes se llaman caprichos; otras, en cambio, cobran considerable y trascendental relevancia porque, como advirtiera Ángel GANIVET, “tienen la vida larga y necesitan del concurso de muchas generaciones”³⁵⁹.

El desarrollo de ciertas ideas permite atribuirles determinadas cualidades que las convierten en categorías cuyas peculiaridades permiten distinguirlas de otras, incluso afines o parecidas, dado que la categoría manifiesta la forma del ser con sus características propias que lo diferencian de los demás. En todas las ciencias se pueden conformar categorías, así ocurre en la ciencia del Derecho, por lo que en ella existen numerosas categorías jurídicas.

IV.1. La idea del servicio público

En el ámbito del Derecho Administrativo, una de las ideas trascendentales, convertida en categoría jurídica, es la del *servicio público*, expresión acuñada hace ya casi dos siglos y medio por Juan Jacobo ROUSSEAU, en las pinas de *El contrato social*, con un significado de actividad personal obligatoria en beneficio del Estado, al afirmar: “Desde el instante en que el servicio público deja de ser el principal interés de los ciudadanos y que prefieren servir con su bolsa, antes que con su persona, el Estado se encuentra ya cerca de su ruina”³⁶⁰.

Pese a que la expresión *servicio público* aparece en las pinas de *El contrato social*, publicado por vez primera en 1762, también lo es que durante un siglo la idea del servicio público deambula por los textos legales, jurisprudenciales, doctrinales y legales, como una nebulosa sin rumbo fijo, por no ser más que una idea ubicua e imprecisa.

Sin duda, la generalización del uso de la locución resultante de calificar de público al servicio, es producto de un proceso lento en el que factores sociales, políticos,

³⁵⁸ Víctor HUGO, *Los miserables*, Editorial Sopena, Buenos Aires, 1948, t. 1, p. 87.

³⁵⁹ Ángel GANIVET, *Cartas Finlandesas*, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1940, p. 20.

³⁶⁰ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 7ª ed., Buenos Aires. Aguilar, 1965, p. 174. Hay quienes sugieren que el bayonés naturalizado español, Francisco Conde de Cabarrús (1752-1810), fue el primero en utilizar la expresión ‘servicio público’. Véase José Luis VILLAR ESCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 20.

jurídicos y económicos propician la pretensión de diferenciar el carácter del servicio según sea público o privado; para dar lugar a la gestación de una idea proteica de carácter público que no termina de estabilizarse; en sus inicios se presenta esta idea como pauta para el reparto de competencias y llega a convertirse, en opinión de León DUGUIT y de sus seguidores de la Escuela de Burdeos, en una noción capital porque “alrededor de ella gravita todo el Derecho Público moderno”³⁶¹.

Prueba de lo anterior, es la ubicuidad de la locución “servicio público” —o de su plural “servicios públicos”— que hoy por hoy alcanza, pues aparece en los textos constitucionales, así como en los códigos civiles, mercantiles, penales, administrativos y de procedimientos, así como en un gran número de leyes sustantivas de muchos países del mundo, aun cuando se utilice con significados o connotaciones diferentes y hasta opuestas, lo cual nos habla con elocuencia de la ambigüedad en que se inserta, todavía en la actualidad, la noción de servicio público.

IV.2. Desarrollo de la noción de servicio público

En el desarrollo de la noción del *servicio público* influye de manera importante el *arrêt* ROTSCHILD, emitido en Francia el 16 de diciembre de 1855, porque sus ideas no sólo dieron sustento a la teoría de la doble personalidad del Estado, sino que inspiraron al Comisario David en la elaboración de sus conclusiones, las cuales a su vez orientaron al Tribunal de Conflictos en la elaboración del célebre *arrêt* Blanco dictado el 6 de febrero de 1873, rescatado en su esencia por Georges TEISSIER para proponer al *servicio público* como el fundamento de una teoría integral de la competencia y aun del Derecho Administrativo, expuesta en su tratado *La responsabilité de la puissance publique*³⁶², en clara adhesión a las ideas de referencia, conforme a las cuales el servicio público emerge como un subproducto del deslinde de competencias.

Las ideas y nociones del *arrêt* Blanco sobre el servicio público, tras ser redescubierto por TEISSIER en 1906, fueron cada vez más citadas y empleadas en las resoluciones de los tribunales franceses ordinarios, administrativos y de conflictos; TEISSIER mismo, por ejemplo, las utilizó en sus conclusiones para el *arrêt* FEUTRY.

Es de justicia hacer notar que la noción del servicio público no se redujo a una pauta para el deslinde de competencias. ni tampoco se circunscribió a la jurisprudencia francesa, sino que impactó fuertemente en la doctrina, al grado que el profesor León DUGUIT, fundador de la llamada Escuela de Burdeos, consideró que la noción del servicio público sustituía al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público, porque “El Estado no es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del Derecho Público moderno”³⁶³.

Al despertar el siglo XX, la noción del servicio público cobró una importancia capital en algunos países, merced a los planteamientos de Georges TEISSIER, León

³⁶¹ León DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Editions E. De Boccard, París, 1927-1930, p. 59.

³⁶² París, Paul Dupont, Editeur, 1906.

³⁶³ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Adolfo POSADA y Ramón JAÉN (trad.), Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85.

DUGUIT, Gastón JÉZE, Roger BONNARD, Vicente Errico PRESUTTI, Arnoldo de VALLES, Antonio ROYO VILLANOVA y José GASCÓN y MARÍN, entre otros autores, algunos de los cuales empezaron a publicar sus ideas acerca de este asunto, desde finales del siglo XIX.

Mas no sólo los doctrinarios, sino también los legisladores, se adueñaron de la locución servicio público, utilizándola con muy distintas acepciones y significados aun en un mismo ordenamiento legal, al grado que la expresión servicio público o servicios públicos se encuentra a cada momento, tanto en los textos constitucionales, como en los artículos de las leyes y de los reglamentos, de donde ha pasado a la vida cotidiana a través de los medios de comunicación masiva, en los que no hay día en que no se mencionen a los servicios públicos.

IV.3. Estancamiento de la idea del servicio público

Empero, la doctrina del último tercio del siglo XX relegó a un segundo plano la categoría jurídica del servicio público, lo cual propició un estancamiento en la investigación jurídica de este tema, que en tales condiciones poco pudo avanzar en el desentrañamiento de la esencia del servicio público; pareciera que se hubiese llegado al término de su investigación, asignándose a su noción un sitio mucho más modesto que el otorgado por la doctrina a principios de ese siglo, lo cual no obsta para que al establecimiento, operación y mantenimiento de los servicios públicos se apliquen, hoy en día, recursos sumamente cuantiosos.

Como quiera que sea, al margen del valor, tamaño y peso que la doctrina asigne a la noción de servicio público, que para algunos autores sustituye a la soberanía en la idea del Estado y es el fundamento de todo Derecho Público, o al menos el eje del derecho administrativo y, para otros, en cambio, carece de importancia, los servicios públicos representan una realidad sumamente importante tanto en el derecho positivo como en la actividad económica del mundo de nuestros días, de lo cual dan testimonio los miles de millones de personas que cotidianamente satisfacen sus necesidades de carácter general, mediante el aprovechamiento de los servicios públicos de educación y salud, de suministro de energía eléctrica, de gas y de agua potable; de recolección de basura y de desecho de aguas residuales; de teléfono, de correo; de transporte —en sus distintas modalidades: aéreo, marítimo, ferroviario, carretero y, por supuesto, transporte urbano—; de mercados, rastros y centros de abasto; de panteones y demás servicios funerarios; de banca y crédito, de alumbrado público y de radio y televisión, para no mencionar sino los más comunes.

Legiones de trabajadores se dedican permanentemente a la construcción, mantenimiento y operación de las instalaciones de los servicios públicos en todo el orbe, a cuya prestación se aplican enormes recursos humanos, financieros y materiales, así como tecnología de punta.

IV.4. La idea del servicio público en México

La locución *servicio público* llegó a México con la Constitución gaditana de 1812 que en su artículo 341 la empleó para referirse a los ramos de la Administración

pública. La breve y parcial vigencia de este ordenamiento constitucional en la Nueva España impidió, evidentemente, que tuviera una divulgación amplia, por lo cual la única mención del servicio público, en dicho documento, pasó desapercibida para el grueso de la población; si algún letrado la detectó, seguramente no le ha de haber concedido mayor importancia, dada la connotación que se le asignó en el citado artículo 341, a dicha expresión.

La Constitución de 1857 fue la primera, de las expedidas en México, en emplear la expresión *servicio público*, al disponer en su artículo 13: “Ninguna persona ni corporación puede tener fueros ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley”.

A pesar de la falta de uso de la locución *servicio público*, la idea correspondiente se instrumentó en el México colonial con las secularizaciones dispuestas por Carlos III y Carlos IV, de los servicios eclesiásticos desempeñados por las órdenes religiosas —suprimidas en pleno despotismo ilustrado español— en los campos de la salud, la educación y la asistencia social.

Subyace la idea del servicio público en los artículos 321, 366 y 367 de la Constitución de Cádiz, porque sus disposiciones se refieren, sin nombrarlos, a los servicios públicos de salud y de educación.

Por su parte, la Constitución mexicana de 1824 también contuvo en su artículo 50 disposiciones relativas a las actividades que actualmente corresponden a la prestación de los servicios públicos de educación y correos.

También la Constitución mexicana de 1917, en su texto original, utilizó la locución *servicio público*, en sus artículos 5, 13, 27, 97, 123 y 132, con diferentes significados, como el de actividad personal no remunerada, realizada en beneficio del Estado; empleo o cargo público; actividad a desarrollar en ejercicio del poder público; organización de medios para desempeño de tareas gubernamentales o logro de fines estatales; y desde luego, como actividad a desarrollar para satisfacción de necesidades de carácter general. Conviene señalar que la mayoría de las reformas constitucionales vigentes interpretan la expresión *servicio público* como actividad dedicada a satisfacer una necesidad de carácter general, según se puede apreciar en el texto actual de los artículos 3º fracción VIII, 28 párrafos antepenúltimo y penúltimo, 115 fracción III, 116 fracción VI, y 122 fracciones IV y IX.

Huelga señalar que los textos constitucionales no fueron los únicos ordenamientos jurídicos que en México recogieron la idea del servicio público, como lo acreditan, por ejemplo, diversas normas jurídicas dictadas durante el primer intento de reforma emprendido por el doctor Valentín GÓMEZ FARÍAS, durante su breve estancia en la presidencia de la República en 1833, dentro del esquema de secularización de actividades eclesiásticas.

En el ámbito doctrinal, el concepto de *servicio público* tiene en México una aparición tardía, debido a que las pocas obras de Derecho Administrativo publicadas en nuestro país, no se ocuparon de esta noción, sino hasta ya iniciado el segundo tercio del siglo XX, con la primera edición de la obra del maestro Gabino FRAGA, intitulada *Derecho administrativo*, publicada en 1934, que se inicia en México la investigación

jurídica de la noción del servicio público, de la que, por cierto, no fue partidario el eminente jurista mexicano, porque en su opinión no corresponde dentro de la doctrina a un concepto bien definido que esté de acuerdo con la realidad.

El primero en promover la idea del servicio público en México y a divulgar su noción, fue el profesor Andrés SERRA ROJAS, con la publicación en 1959 de su libro rotulado también *Derecho administrativo*, lo que trajo como consecuencia que la doctrina mexicana de Derecho Administrativo, en términos generales considere al servicio público como una actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario.

IV. 5. Situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos

La calidad de usuario de servicio público admite diversas modalidades: usuario potencial, aspirante a usuario, y usuario efectivo. En algunos casos la metamorfosis del usuario potencial en usuario efectivo, no requiere de ningún trámite especial, o paso intermedio, así ocurre en el servicio público *uti universi*, en el que el usuario efectivo adquiere tal carácter aun sin proponérselo, como acontece en el servicio público de alumbrado público.

Caso especial es el del servicio público obligatorio para el usuario, porque esa calidad la adquiere aún contra su voluntad, pero sí necesita de un trámite de inscripción que debe realizar él mismo, o un tercero —como en el caso del servicio público de seguridad social, en que el patrón lo debe inscribir o “dar de alta”—, o unilateralmente el prestador del servicio, como sucede en el servicio público del alcantarillado, cuando el usuario potencial no lo solicita.

En determinados servicios públicos, para convertirse en usuario efectivo, el usuario potencial debe efectuar un trámite determinado que lo convierte en aspirante a usuario o solicitante del servicio, como pasa en muchos servicios públicos *uti singuli*, tales como el servicio de transporte aéreo o marítimo de pasajeros, el de suministro de energía eléctrica, o el servicio telefónico para abonados, entre muchos otros. Cubierta la totalidad de los requisitos correspondientes, el aspirante a usuario accede al servicio, salvo que lo impida la capacidad del mismo.

IV.5.1. Teorías acerca de la relación del usuario con el prestador del servicio

Por lo que atañe a la situación jurídica del usuario del servicio público, derivada de la naturaleza jurídica de la relación del usuario con el prestador del servicio, se han desarrollado diversas tesis separables en tres clases: las teorías contractuales, la teoría reglamentaria y la teoría mixta.

Originalmente, la teoría contractual, dominante en la doctrina durante el siglo XIX y hasta principios del XX, sostuvo que el usuario y el prestador del servicio se vinculan mediante un contrato de Derecho Privado, en virtud del cual, el segundo se obliga con el primero a proporcionarle una prestación, en compensación de la cual, el usuario se obliga a pagar al prestador del servicio el precio o tasa correspondiente.

Más tarde se propuso la teoría del tipo especial de contrato que René SALEILLES denominó “De adhesión”, por parte de quienes tratan de valerse de él para explicar la situación del usuario del servicio público, se caracteriza por basarse en una oferta permanente planteada a un universo de usuarios por un aspirante o contratante que detenta una gran fuerza económica, generalmente basada en un monopolio de hecho o de derecho. Este contrato admite diversas modalidades, como las del contrato tipo, el contrato masivo y el contrato automático, que algunos autores consideran como formas de contratos independientes y no modalidades del de adhesión.

La modalidad del contrato “normado” sirve de base a algunos juristas para tratar de explicar la situación del usuario del servicio público; dicho contrato se integra de dos partes, una reglamentaria y otra contractual; la primera la dicta el poder público y versa sobre los aspectos básicos o fundamentales del contrato; la segunda es precisada por las partes y se refiere a los aspectos complementarios del negocio, tales como lugares y fechas para el cumplimiento de las obligaciones.

Implica el contrato “normado” la intervención del Estado en la supuesta o real celebración de los contratos relativos a la prestación de los servicios públicos, porque reduce sustancialmente la participación de la voluntad de las partes, lo que pone en duda si se trata de un contrato, porque el poder público impone unilateralmente sus características primordiales, en razón de las cuales, entre otras limitaciones, el prestador del servicio no puede elegir a sus usuarios ni negociar el precio, por tener la obligación de proporcionar el servicio a todo solicitante que satisfaga los requisitos reglamentarios, sin otro límite que la de su capacidad instalada, y a cobrar la tarifa fijada por el poder público.

Así pues, la teoría del contrato normado, que postula la situación reglamentaria del usuario, tiene como punto de partida al supuesto de que el poder público organiza unilateralmente al servicio público y, por lo tanto, sólo es aplicable al servicio establecido por disposición de la ley, mas no al llamado servicio público impropio o virtual. Según esta teoría, el poder público, al organizar el servicio, predetermina mediante normas legales o reglamentarias, las condiciones y tarifas para su prestación y uso.

Conviene tener presente que, desde antes de serlo, el usuario ya tiene derechos respecto del servicio público, por ello puede exigir —aun cuando sea infructuosamente— a la Administración pública, el establecimiento de un servicio público dispuesto por la ley, cuando en la práctica no existe. También, cuando apenas es aspirante a usuario, tiene derecho a exigir su acceso al servicio, si cubre los requisitos establecidos en la normativa correspondiente. Ya como usuario efectivo, tiene derecho a exigir que el servicio público le sea proporcionado en la forma y términos señalados en las leyes, reglamentos, títulos de concesión, contrato, tarifa y reglas de aplicación legalmente autorizadas, y de acuerdo a los principios de generalidad, igualdad, regularidad y continuidad, que le son característicos.

El usuario del servicio público, además de derechos, generalmente también adquiere obligaciones, aun cuando no en todos los casos; por ejemplo, en el servicio de alumbrado público el usuario no adquiere deber adicional a su carácter de gobernado; pero tales situaciones son excepcionales.

En ciertos servicios públicos, independientemente de estar obligado a pagar la tarifa correspondiente, el usuario queda sometido a un poder disciplinario especial del que se desprenden para él obligaciones específicas adicionales, por considerarse que no resultan suficientes las derivadas del ordinario poder de policía. Por ejemplo, el usuario del servicio público de transporte aéreo no deber llevar consigo armas; el del servicio de energía eléctrica, no debe consumir más de la que está autorizada en su contrato; el del servicio de drenaje, no debe verter en la red, líquidos o sustancias combustibles o explosivas.

IV.5.2. Principios determinantes de la situación jurídica de los usuarios

En México, como acabo de señalar, la situación jurídica de los usuarios del servicio público se determina a partir de sus principios esenciales de generalidad, igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad, que le son característicos.

a) Generalidad

De conformidad con el principio esencial de generalidad o universalidad del servicio público, la calidad de gobernado se fusiona con la de usuario potencial del servicio público, habida cuenta que toda persona tiene derecho a su aprovechamiento, si se satisfacen los requisitos respectivos, toda vez que el servicio público, como apunta don Perogrullo, está destinado al público, con el propósito de satisfacer una necesidad de carácter general, registrada en términos similares por un gran número de personas.

Por tanto, quienquiera que tenga la necesidad de carácter general a cuya satisfacción se destina un servicio público dado, tendrá derecho a él, siempre y cuando satisfaga los requisitos legales correspondientes, merced a la mencionada característica de generalidad o universalidad. El propio *telos* del servicio público —satisfacer una necesidad de carácter general—, reclama en él la presencia de esta característica de generalidad que le da una gran apertura frente a sus potenciales usuarios, sin otra taxativa que la de cumplir los requisitos establecidos en las normas que lo rigen.

Consecuentemente, la característica de generalidad se encuentra fuertemente vinculada a la idea de los derechos humanos porque, en principio, por el simple hecho de serlo, todo ser humano, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el impuesto por la capacidad de prestación del propio servicio. Como dijera el profesor argentino Manuel María DÍEZ “el servicio público es para todos y no para determinadas personas”³⁶⁴.

Sin embargo, no es suficiente el establecimiento formal de un servicio público para proteger los derechos humanos individuales y colectivos a cuya tutela coadyuva, ni para satisfacer la respectiva necesidad de índole general a que se destina, porque hace falta imprimirle efectivamente el carácter esencial de generalidad o universalidad

³⁶⁴ Manuel María DÍEZ, *Derecho administrativo*, t. III, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 208.

que permita su empleo a todo habitante que lo requiera, siempre y cuando satisfaga los requisitos legales reglamentarios, si es que los tiene (recuérdese que no en todos los servicios existen requisitos para su uso o aprovechamiento), porque, como dice VILLEGAS BASAVILBASO: “Todos los habitantes tienen derecho al servicio con arreglo a la ley del mismo y a sus reglamentos”³⁶⁵.

En ocasiones, el principio esencial de generalidad o de universalidad de todo servicio público se vincula con el carácter obligatorio —en relación con el usuario potencial— que tienen algunos servicios públicos, como el de educación primaria, por ejemplo. En efecto, todos los niños en edad escolar, están obligados a recibir la educación primaria, ya sea mediante las escuelas de la Administración pública, bien por medio de los centros docentes privados en quienes se delega la prestación de este servicio público.

En el servicio público *uti universi* —alumbrado público, por ejemplo—, por carecer de usuarios individualizados, la generalidad debe referirse a todas las áreas geográficas de cobertura del servicio, de suerte que no se discrimine o margine de su prestación a ninguna zona.

En cuanto al servicio público *uti singuli* se refiere, la conversión del usuario potencial en real sólo necesita de la manifestación de voluntad del interesado y la satisfacción de los requisitos previstos en la norma jurídica del servicio, sin que se requiera de ningún acto jurídico adicional de órgano alguno del Estado. Esa manifestación de voluntad puede ser sumamente simple, e incluso automática, pues puede consistir, por ejemplo, en introducir una moneda en una alcancía para usar el servicio público telefónico, en su modalidad de teléfono público.

Mas, la universalidad o generalidad del servicio público se ve limitada en la práctica por varios factores, los principales son la capacidad del servicio y los requisitos legales y reglamentarios establecidos para su utilización por parte de los potenciales usuarios.

Siempre que la demanda de un servicio público dado supere el volumen de su oferta, los usuarios deben admitirse indiscriminadamente en el orden en que se presenten a usar o solicitar el servicio, hasta donde su capacidad alcance.

En lo concerniente a los requisitos para el uso del servicio público, éstos serán únicamente los que la ley señale o la autoridad administrativa competente predetermine con la debida publicidad, para cada servicio público.

El principio de generalidad característico del servicio público se apoya en el derecho de igualdad reconocido tanto en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, como en las Constituciones de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita en 1948 por los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, establece que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1º); toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la propia Declaración, sin distinción alguna (art. 2º); todos son

³⁶⁵ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1949, p. 56.

iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la propia Declaración y contra toda provocación a tal discriminación (art. 7°).

A mayor abundamiento, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala la necesidad indeclinable de un orden social e internacional en el que tengan plena vigencia los derechos y libertades en ella proclamados (art. 28), cuyo ejercicio y disfrute sólo estará sujeto a las limitaciones establecidas en la ley, con el exclusivo propósito de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás y de las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general (art. 29).

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos asegura la generalidad o universalidad del servicio público a través de las garantías individuales contenidas en su texto, de las cuales goza toda persona (art. 1°), con prohibición de prerrogativas (art. 12).

En resumen, hablar del principio de generalidad del servicio público es referirse a su prestación indiscriminada a todos sus usuarios potenciales que cubran los requisitos previstos en la normativa correspondiente.

b) Uniformidad

El principio esencial de igualdad o uniformidad del servicio público, como acabo de señalar, está incluido en el catálogo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se basa, en la isonomía, o igualdad ante la ley, en que se sustenta el citado artículo 7° de dicha Declaración, al igual que el artículo 2° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el texto de éste último, parecido al de los otros artículos mencionados en este párrafo, es el siguiente:

*Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*³⁶⁶.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965, nos da la siguiente definición de discriminación:

*Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia (...) que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales*³⁶⁷.

³⁶⁶ Tomado de Daniel O'DONELL, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1988, p. 370.

³⁶⁷ Tomado de Javier HERVADA y José M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 516.

Admitamos, pues, que el principio de igualdad entre las personas y ante la ley, así como el de la ilegitimidad de todo tipo de discriminación que de él se desprende, es uno de los más trascendentales del derecho internacional de los Derechos Humanos y se encuentra contenido en las declaraciones y tratados internacionales más importantes, mismos que fueron suscritos y ratificados por México, razón por la cual, en los términos del artículo 133 constitucional, forman parte integrante de su Ley suprema.

La igualdad de los usuarios en el aprovechamiento indiscriminado del servicio público es reconocido en el párrafo 2 del artículo 3º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que a la letra dice: “*Toda persona tendrá acceso en condiciones de igualdad a todo lugar o servicio destinado al uso del público, sin distinción por motivos de raza, color u origen étnico*”³⁶⁸.

Similares reconocimientos de la igualdad, indispensable en la prestación de los servicios públicos, se hacen en otros instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos; por ejemplo, acerca del servicio público en general, la ya mencionada Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; respecto del servicio público de educación, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la UNESCO el 14 de diciembre de 1960; y en lo tocante al servicio público de seguridad social, el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1962.

Consiguientemente, de acuerdo al principio esencial de igualdad, el servicio público, en todo cuanto se refiere a sus cargas y beneficios habrá de prestarse de una manera uniforme, de un modo igual a todos los usuarios, o sea, sin discriminación de ninguna especie, lo cual no es óbice para establecer distintos niveles o categorías del servicio, acordes con tarifas diferenciadas, bajo la base de otorgar igual trato a todos los usuarios que se encuentren en el mismo nivel o categoría.

Sin embargo el principio de igualdad o uniformidad no impide, en algunos casos, establecer distintas modalidades o categorías, cada una con tratamiento, condiciones y tarifas distintas, siempre y cuando todos los usuarios de cada categoría o modalidad reciban el mismo trato, sin que se pueda hablar de discriminación sino de diferenciación. Por ejemplo, en el transporte de pasajeros suele haber diferentes categorías, con atención y tarifas distintas, pero iguales para todos los pasajeros de cada categoría. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, al respecto, en los siguientes términos:

“Por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma a la dignidad humana (...) Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia.

³⁶⁸ Idem, p. 504.

*No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en manera alguna repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana*³⁶⁹.

c) Regularidad

En buena medida, la noción del servicio público contribuyó a la quiebra de la idea secular que erigía a la voluntad de las partes en máxima ley de los contratos, por sustraer del ámbito del consenso de los contratantes de dicho servicio, aspectos fundamentales del mismo, como son, entre otros, su calendario, su horario, sus condiciones técnicas, sus medidas de seguridad y su tarifa, los cuales no son materia de negociación de las partes, sino unilateralmente predeterminados por la autoridad competente y, por tanto, sujetos a una regulación jurídica exorbitante del Derecho Privado.

Cuando la prestación del servicio público se realiza con estricta observancia de esa regulación, se dice que el servicio público es regular, y por tanto, se apega a su principio esencial de regularidad, sin el cual, la finalidad del servicio público, consistente en satisfacer una necesidad de carácter general no podría cumplirse, pues al no apegarse el funcionamiento del servicio a la regulación preestablecida, sería irregular, y por tanto, deficiente, ineficiente e insuficiente.

Conviene resaltar que la regularidad es un principio esencial del servicio público, distinto al de continuidad, al cual se asocia fuertemente. Gracias a la regularidad el servicio público se presta en adecuadas condiciones de funcionamiento. Si no se da la regularidad, por prestarse sin la observancia de su regulación jurídica, el servicio podrá ser general, uniforme y continuo, pero irregular, o sea, anómalo.

En razón de la irregularidad del servicio, independientemente de la responsabilidad del prestador del mismo, también puede ser responsable la autoridad a cuyo cargo está su control y vigilancia. Contra uno y otro puede, el usuario del servicio intentar acción legal, en caso de irregularidad del mismo; por ello tiene razón Georges VEDEL, al señalar: “Esta acción contractual dirigida contra el que administra el servicio, que puede ser un concesionario, no supone un obstáculo para los recursos abiertos contra la Administración de que depende el servicio y fundados en el desconocimiento por parte de la misma de sus propias obligaciones de control del servicio”³⁷⁰.

d) Continuidad

El principio esencial por antonomasia del servicio público es la continuidad, la cual no debe ser interpretada en su significado literal de absoluta no interrupción, sino en el contexto de la necesidad de carácter general que se encarga de satisfacer

³⁶⁹ Tomado de Daniel O'DONELL, ob. cit., p. 375.

³⁷⁰ Georges VEDEL, *Derecho administrativo*, Juan RINCÓN JURADO (trad.), Aguilar, Madrid, 1980, p. 695.

un servicio público dado, por lo cual habrá de entenderse por continuidad, la oferta permanente, y correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dado, dentro del calendario y los horarios predeterminados, y bajo las condiciones y términos señalados expresamente en su correspondiente normativa.

Se debe tener presente que algunos servicios públicos tienen un programa de prestación intermitente, sin que jurídicamente se pueda interpretar como interrumpido el servicio cuando, conforme a su programa, no se realiza la prestación del mismo, tal es el caso del servicio de alumbrado público, cuya prestación se suele programar de la puesta a la salida del sol del día siguiente; o el servicio público de educación primaria, el cual tiene un calendario que no incluye todos los días de la semana ni todos los meses del año, y tiene un horario específico.

En consecuencia, la índole de la necesidad de carácter general que cada servicio público está destinado a satisfacer, habrá de determinar el matiz de la continuidad del mismo; conforme a esa modalidad deberá evitarse toda interrupción y, en caso de producirse, proceder a subsanarla para reanudar el servicio a la brevedad posible.

De esta suerte, un servicio público urbano de transporte, por ejemplo, puede considerarse continuo, si se presta, de acuerdo a los términos oficialmente aprobados, con una frecuencia determinada, en una ruta específica, dentro de cierto horario, por ejemplo de las 5 a las 23 horas. El hecho de que el servicio no se preste de las 23 horas a las 5 horas de la mañana del día siguiente, no significa que el servicio se haya interrumpido, sino que en razón de la inexistencia a esas horas de una necesidad de transporte de carácter general, en la ruta respectiva, no se ofrece el servicio durante ese horario, aun cuando excepcional o eventualmente haya algunas necesidades individuales de transporte en esa ruta, en horas de la madrugada.

De cualquier modo, está reñida la continuidad con la interrupción del servicio público, sin importar que ésta sea imprevista o accidental, porque al producirse la interrupción, resulta muy difícil satisfacer la necesidad general correspondiente, por lo que quienes sienten individualizar dicha necesidad sufren serios perjuicios que lastiman mucho sus derechos humanos con la cesación de la actividad satisfaciente, que el Estado tiene la obligación, como dijera León DUGUIT, de asegurar, regular y controlar.

La continuidad del servicio público tiene diversas implicaciones, acerca de las cuales Louis ROLLAND nos dá su punto de vista en los siguientes términos: "A ella, por ejemplo, se vincula la imposibilidad de huelga, la de abandonar el servicio público sin que la dimisión sea aceptada, la teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de embargo de los bienes"³⁷¹.

Como los servicios públicos se refieren a las actividades cuya realización resulta indispensable para el desarrollo idóneo de la convivencia humana, el acceso a su aprovechamiento se inserta en el ámbito de los Derechos Humanos que resultan vulnerados cuando, por ejemplo, se interrumpen los servicios de seguridad pública, de transporte público, de educación primaria o de seguridad social, por ejemplo, al

³⁷¹ Louis ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., París, 1947, p. 18.

violarse derechos individuales y colectivos, como son el derecho a la seguridad, la libertad de tránsito (al carecer de medios de transporte), el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social, en los casos concretos señalados.

En la práctica, la prestación del servicio público puede verse interrumpido por diversas causas, entre las que destacan las siguientes.

- i. Interrupción por causas fortuitas o de fuerza mayor. La prestación del servicio público puede interrumpirse por causas no previsibles y totalmente ajenas a la voluntad del prestador del servicio, como pueden ser un terremoto, un ciclón o una inundación, en cuyos casos el Estado tiene la obligación de predeterminedar medidas de emergencia para restablecer la prestación del servicio a la brevedad posible.
- ii. Interrupción por otras causas ajenas al prestador del servicio. Puede ocurrir que la prestación del servicio público se interrumpa contra la voluntad de quien tiene a su cargo la prestación, por la realización de actos de terceros, como pueden ser un atentado, o una grave alteración del orden público. Para tales eventos, la propia reglamentación del servicio debe de prever medidas adecuadas para su pronta reanudación. Por su parte, el derecho sustantivo penal establece la aplicación de sanciones para quienes atentan contra la prestación del servicio público.

Por ejemplo, el artículo 363 del Código Penal para el Distrito Federal prevé la imposición de cinco a quince años de prisión y suspensión de derechos políticos de uno a siete años a quien entorpezca ilícitamente servicios públicos, con el fin de trastornar la vida económica, política, social o cultural del Distrito Federal.

- iii. Interrupción por huelga de los trabajadores. La interrupción de la prestación del servicio público por huelga de los trabajadores de la institución que la tiene a su cargo, recibe tratamientos diferentes tanto en la doctrina como en el derecho positivo y, en consecuencia en la jurisprudencia, que van desde la prohibición de la huelga en la prestación de servicios públicos, hasta su aceptación bajo ciertas condiciones que no son suficientes para evitar la protesta e inconformidad de sus potenciales usuarios.
- iv. Interrupción por causas imputables al prestador del servicio. Puede producirse la interrupción de la prestación del servicio por causas totalmente imputables al prestador del mismo, entre las cuales podemos citar las siguientes:
 - Deficiencia en el manejo u operación. Si no se respetan las reglas establecidas para el mantenimiento de los equipos e instalaciones requeridas para la prestación del servicio, o si tales reglas no prevén todas las actividades indispensables para ello, el desgaste de los equipos e instalaciones va a provocar su inutilización y, por ende, en algunos casos graves, la interrupción del servicio, lo cual debe dar lugar a imponer una sanción al o a los responsables de las acciones u omisiones que provocaron la interrupción.
 - El paro patronal. Cuando la interrupción del servicio sea resultado del deliberado propósito del prestador del mismo, debe castigarse a éste severamente con sanciones que puedan llegar, incluso, a la revocación de la concesión.

- Abandono del servicio. Otra causa de interrupción de la prestación del servicio público puede ser el abandono del mismo, que puede derivarse de la muerte o de la desaparición del concesionario, o bien, de la renuncia expresa o tácita del concesionario, sin la aceptación del concedente, lo cual amerita sanción. En tal caso el Estado debe actuar de inmediato para restablecer el servicio.
- Quiebra del prestador del servicio. No debiera traducirse la quiebra de quien tiene a su cargo la prestación del servicio público, en la interrupción del mismo, por ello el derecho positivo suele obligar al síndico de la quiebra a continuar la prestación del servicio hasta donde ello sea posible. Igualmente suele prohibir el derecho positivo que los bienes afectados a la prestación de un servicio público, puedan ser objeto de embargo y secuestro que entrañen un cambio de destino de tales bienes.

e) *Obligatoriedad*

Algunos autores sostienen —en mi opinión, justificadamente—, el principio esencial de obligatoriedad del servicio público, mismo que puede acreditarse por varias razones. La primera, por ser un deber ético del Estado la satisfacción de sus fines insoslayables, entre los cuales debe figurar la satisfacción de las necesidades de carácter general, cada una de las cuales es la suma de un número importante de iguales necesidades individuales. Ahora bien, como la satisfacción de las primeras se logra mediante la prestación de los servicios públicos, resulta indiscutible el deber del Estado de asegurar su prestación, de donde se infiere el carácter esencial de la obligatoriedad del servicio público respecto del Estado.

Ahora bien, la objetivación de los servicios públicos requiere de la determinación de cuáles son las necesidades de carácter general, lo cual se efectúa, ya mediante ley que erige en servicio público propiamente dicho una actividad satisfaciente específica; bien por determinación del poder público de condicionar a la previa expedición de permiso, licencia o autorización, la realización de otras actividades también satisfaciente de necesidades de carácter general, cuando se trata de servicios públicos impropios o virtuales.

Determinadas las necesidades de carácter general en alguna de las formas mencionadas en el párrafo anterior surge automáticamente la obligación a cargo del Estado de asegurar en cada caso la prestación de los servicios públicos correspondientes, bien a través de la actuación de la Administración pública, ya mediante actividades de los particulares realizadas bajo el régimen de concesión o de permiso.

Por otra parte, la obligatoriedad del servicio público se manifiesta en el deber que tiene el prestador del servicio de realizar su prestación a partir de la fecha, y por todo el tiempo que se prevengan en la ley, concesión o permiso correspondientes. A este respecto, Manuel María DÍEZ expresa: “Otro carácter del servicio público es el de la obligatoriedad en el sentido de deber que pesa sobre quien debe prestarlo. La falta de prestación debe ser sancionada”³⁷².

³⁷² Manuel M. DÍEZ, ob. cit., t. III, p. 210.

IV.6. Neoliberalismo y reprivatización

En el estancamiento de la investigación del servicio público influyó también el decaimiento del Estado solidario o intervencionista y su retroceso frente al Estado neoliberal, pues tras de haber vivido el apogeo de su aceptación al ser considerado a escala planetaria, necesario y positivo, a fines de la década de los años setenta, se inicia una reacción mundial con un giro de 180 grados, provocado por el movimiento neoliberal que aprovechando el colapso de la Unión Soviética y Estados de Europa Oriental sometidos a su órbita, así como el desgaste del Estado solidario provocado por sus vicios evidentes de obesidad, burocratismo y regulación excesiva, proclama el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, y la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo la divisa “La privatización es la idea fuerza del momento”.³⁷³

Vengo de decirlo, el avance del movimiento neoliberal —como los que le antecedieron, también se desgastará— coincide con la quiebra espectacular del sistema comunista. Acerca de la crisis del Estado empresario e intervencionista, que llamamos solidario, los profesores argentinos José Luis PALAZZO, Domingo Juan SESÍN y Víctor Armando ROLÓN, hacen notar:

“El desmedido crecimiento del aparato administrativo generó dificultades financieras al tesoro público que se expresan en el número y la complejidad de las normas legales reguladoras de la vida económica.

Una maraña selvática de reglamentarismos no siempre concordantes promovió la ineficiencia del Estado en su gestión administrativa, y la dificultad para controlar los gastos inútiles. Todo ello, junto al exceso de burocracia y otras eficiencias del obrar estatal, gravitaron negativamente en la vida de los ciudadanos, originando en casi todos los países una tendencia correctora”³⁷⁴.

IV.7. Confrontación de lo público con lo privado

Desde el surgimiento mismo del fenómeno estatal se ha establecido una confrontación de lo público con lo privado, consecuencia de las relaciones del Estado con la sociedad y con el individuo, las cuales se dan en un proceso dialéctico evidenciado en la transformación incesante del ente estatal y en el cambio continuo del conglomerado social que lo genera. Los avatares de este desarrollo dialéctico muestran cómo varía el papel asignado para su representación, tanto al ser humano como al Estado, de acuerdo con la ideología dominante en el mismo.

Es dable entender lo público, como un acento que adjetiva, en sentido contrario al de privado, a muchos conceptos usuales en el ámbito jurídico: administración, bien, cargo, derecho, dominio, función, funcionario, gasto, hacienda, interés, libertad,

³⁷³ Rodolfo Carlos BARRA, “Conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires”, en Mertehikia, Eduardo, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 5.

³⁷⁴ José Luis PALAZZO, Domingo Juan SESÍN y Víctor Armando ROLÓN LEMBEYE, *La transformación del Estado*, Buenos Aires, 1992, p. 3.

obra, orden, poder, seguridad, servicio, servidor, utilidad, son algunos de ellos; lo público es lo notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos; vulgar, común y notado de todos; Martín Alonso lo explica como lo “concerniente o relativo a todo el pueblo; común del pueblo o ciudad; conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar. Conjunto de las personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante. Aplícase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado.”³⁷⁵

En cambio, lo privado es lo particular y personal de cada cual, lo doméstico, lo familiar, lo que se realiza en presencia de pocos sin ninguna solemnidad ni formalidad; Nicolás María SERRANO, explica el significado del adjetivo privado, en los siguientes términos: “Dícese de todo lo que se ejecuta en familia, en el seno del hogar doméstico, a vista de pocos, sin formalidad, ni etiqueta, ni cumplimiento, como que no es para correr la contingencia del juicio u opinión pública, etc. —Reservado, ignorado, oculto, secreto, etc.— Aplícase a lo que es particular, peculiar y personal de cada uno”³⁷⁶.

Consecuentemente, lo público y lo privado integran una pareja contrapuesta de voces provenientes del latín: *publicus-publica-publicum* y *privatus-privata-privatum*, que en el derecho romano ya conformaban un par de palabras antónimas en razón de su respectiva liga con el poder y la propiedad, con lo general y lo individual, con lo plural y lo singular; así, el Derecho Público se refería a la *res publica*, a lo que es de todos, a lo que no es propiedad privada, o sea, al poder; en cambio, el Derecho Privado era el relativo a la *singularum utilitatem pertinent*, de cada individuo, a lo propio, o sea, a la propiedad.³⁷⁷

Hoy por hoy, desde la perspectiva jurídica, lo privado atañe al Derecho Privado, lo público al Derecho Público, del que se desprenden varias ramas, la más robusta es la del derecho administrativo, que desde la visión de Prosper WEIL es “un arbitraje permanente entre las necesidades de la acción administrativa y las de su limitación. Buscando la forma de garantizar al ciudadano una protección contra el poder”.³⁷⁸ Arbitraje permanente y mutable entre el poder y la libertad, que se traduce en un conjunto de normas y principios destinados a preservar la libertad individual y, simultáneamente, asegurar el ejercicio de la función administrativa y la correcta actuación de la Administración pública.

El Estado contemporáneo se puede equiparar a una especie de arena en la que se enfrentan en una lucha dialéctica la libertad individual y el poder público, que mutuamente se frenan y limitan. Cuando una de ambas tendencias avasalla a la otra, la población resulta lastimada, ya porque el Estado deviene totalitario cuando el poder sojuzga a la libertad, o bien, porque la libertad individual desviste de su poder al Estado, para que unos cuantos individuos sojuzguen a sus semejantes.

³⁷⁵ Martín ALONSO, *Enciclopedia del Idioma*, t. III, Aguilar, Madrid, 1982, p. 3.434.

³⁷⁶ *Diccionario universal de la lengua castellana, ciencias y artes*, bajo el plan de D. Nicolás María SERRANO, Astort Hermanos Editores, Madrid, 1881, p. 1.081.

³⁷⁷ Véase Antonio CABO DE LA VEGA, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997, pp. 9 y 10.

³⁷⁸ Prosper WEIL, *El derecho administrativo*, Luis RODRIGUEZ ZÚNIGA (trad.), Taurus Ediciones, Madrid, 1966. pp. 29 y 30.

IV.8. Ataque contra la idea del servicio público

Sin duda, el gran impulsor del servicio público, entendido como una técnica de protección del usuario, es el Estado solidario de bienestar, que asume la defensa de los usuarios frente a los prestadores del servicio, públicos o privados, dada la gran desigualdad en que sitúan unos y otros, así como el régimen de monopolio u oligopolio en que se prestan esos servicios.

Al socaire del gran capital, promotor del rampante neoliberalismo, en el siglo XXI cobra fuerza una corriente jurídica doctrinaria que, en el contexto de la llamada *huida del derecho administrativo*, insistentemente promueve sepultar la categoría jurídica de *servicio público* —emblemática del solidarismo social, característico del Estado de bienestar— y, en cambio, trata de impulsar las categorías surgidas en el proceso de desarrollo y fortalecimiento de la Unión Europea —que en mi opinión no se contraponen necesariamente con la del servicio público—, como la de *servicio de interés general*, la de *servicio universal*, la de *mercado de interés general*, o la de *mercados estratégicos*, entre otros.

La anterior reflexión viene a colación porque algunos autores promueven la idea de que el servicio público ha perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ ha señalado: “El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy —como dice José Luis Villar— hay que hacerle un digno entierro.”³⁷⁹

Mas la opinión, muy respetable, del distinguido jurista español, quizá pueda ser aplicable a España —aun cuando se confronte con el artículo 128 de la Constitución española—, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas no válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público sigue siendo un instrumento de gran valía.

En efecto, es un hecho incontrovertible de la asimetría de las economías de los Estados de la comunidad internacional y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, circunstancia que redundan en requerimientos distintos de categorías, instituciones y normas jurídicas, reflejada en la variedad de sistemas y órdenes jurídicos vigentes que registra el Derecho comparado, lo cual ocurre, en buena medida, porque lo que es bueno para los países desarrollados, no siempre lo será para los subdesarrollados; ya que los primeros exportan capital, tecnología y productos terminados; los segundos, exportan deuda, mano de obra y materias primas; los referidos países desarrollados exportan industrias maquiladoras para evitarse problemas de degradación del ambiente, en tanto que México las importa, junto con el riesgo del manejo de sustancias tóxicas y peligrosas; por ello,

³⁷⁹ G. ARIÑO ORTIZ, et al., “Significado actual de la noción del servicio público”, *El nuevo servicio público*, Civitas, Madrid, 1999, p. 18.

los intereses de la Coca Cola, de la McDonald's y de la Texaco no son los mismos intereses de México y de los mexicanos.

El servicio público es, insisto, una técnica de protección al usuario que permite colectivizar la satisfacción de necesidades de carácter general, con lo cual se evita que cada usuario se procure la satisfacción de su propia necesidad, lo que redundaría en una división del trabajo, en una reducción del costo de la actividad satisfactoria y en una mayor calidad de la misma; por ello, lejos de sepultar la institución del servicio público, debe figurar entre los objetivos del Estado mexicano —con 60 de los 105 millones de sus habitantes sumidos en la pobreza— asegurar la prestación de los servicios públicos de la mejor manera posible y velar por la seguridad y el interés de sus usuarios, para lo cual habrá de perfeccionarse su marco jurídico

IV.9. El servicio de interés general

La idea de *servicio de interés general* surge en el seno de la Unión Europea y se desarrolla con gran ímpetu en un concepto que se ubica en la agenda del debate político por cuanto concierne a determinar el papel que corresponde desempeñar al Estado y a sus autoridades dentro de la economía de mercado en la que se encuentra inmersa.

Pareciera animar al servicio de interés general el doble propósito de asegurar el buen funcionamiento del mercado, mediante el respeto de sus reglas y principios de parte de quienes en él intervienen, y de preservar el interés general, por medio de la satisfacción de las necesidades esenciales de la población y de la protección de los intereses públicos, en el supuesto de que, como ocurre con frecuencia, la mano invisible del mercado no lo pueda lograr.

Desde fuera de la Unión Europea, percibimos que los llamados servicios de interés general —que por cierto, pueden tener, o no, naturaleza económica— representan un elemento muy importante del modelo europeo de sociedad; por ello llama la atención que los Estados miembros sean quienes resuelvan cuáles servicios se consideran de interés general en sus respectivas jurisdicciones, y, en consecuencia, sean ellos quienes se encarguen de regular su prestación.

En consecuencia, puede ocurrir que un servicio, considerado en un Estado, de interés general, en el vecino no tenga reconocida esa calidad, o que en un Estado se impongan obligaciones específicas de servicio público a varios operadores del mercado y concederles simultáneamente determinados privilegios, en tanto que, en cambio, en un Estado vecino se considere que la mejor forma de garantizar el mismo servicio de interés general, consista en otorgar un derecho exclusivo a un único operador, público o privado, al que se le exija la prestación del servicio universal; y que en un tercer Estado de la Unión, se opte por otorgar subsidio directo al prestador del mismo tipo de servicio.

En fin, la amplia gama de medidas estatales adoptables en la Unión Europea respecto de los llamados servicios de interés general, puede dar lugar a distorsiones

de la competencia en el mercado único, e infringir los principios fundamentales de la normativa comunitaria de competencia, en cuyo caso se requiere obtener una autorización comunitaria.

La noción del servicio de interés general aún no ha sido recogida en la legislación y en la jurisprudencia mexicana, por lo que es conveniente que la doctrina jurídica de México inicie su investigación y estudio, para propiciar su eventual incorporación al orden jurídico mexicano.

IV.10. El servicio universal

A la luz de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, se puede explicar el servicio universal como la obligación impuesta a uno o más operadores de redes, y/o de servicios de telecomunicaciones, de prestar, a un precio asequible, un conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios potenciales, cualquiera que sea su ubicación geográfica en el territorio nacional.

En México, el primer instrumento normativo que hizo referencia al *servicio universal* fue el título de concesión otorgado a Teléfonos de México, S. A. de C.V. en 1990, en el que el objetivo de dicho servicio se hizo consistir en “lograr que en el menor plazo posible cualquier persona pueda tener acceso al servicio telefónico básico, en su modalidad de caseta telefónica pública o de servicio domiciliario”.

Posteriormente, México suscribió el Cuarto Protocolo sobre Telecomunicaciones Básicas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio, que en el numeral 3 de los “Compromisos Adicionales de los Miembros”, relativa establece:

“Servicio Universal. Cualquier miembro tiene el derecho de definir la clase de obligación de servicio universal que desee mantener. Tales obligaciones no serán consideradas como anticompetitivas per sé, con tal de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y de forma competitivamente neutral y no sean más gravosas que lo necesario para el tipo de servicio universal definido por el miembro.”

IV.11. Reflexión final

Las categorías jurídicas de servicio público, servicio de interés general y servicio universal y los conceptos desarrollados acerca de ellas no son excluyentes entre sí, y de hecho conviven en el orden jurídico de la Unión Europea, por lo que el desarrollo de las dos últimas de las mencionadas no implican necesariamente la supresión de la concerniente al servicio público, por lo que las circunstancias propias de cada país deberán ser las que determinen el impulso o declinación de cada uno de los mencionados servicios en sus respectivas jurisdicciones.

V. La gestión de servicios públicos en Paraguay

V.1. La gestión de los servicios públicos

El tema de las privatizaciones concita al debate por su relación directa con los Bienes Públicos, que deben estar al servicio del bienestar del pueblo y el interés de la nación. El propietario de los bienes públicos, en definitiva, es el pueblo, y el Estado, está encargado de su administración, conservación y vigilancia. Se trata de una cuestión que atañe no sólo al Derecho, sino principalmente, a la Ciencia de la Administración. En la discusión política, que a veces la pasión enardece, inciden de modo esencial, las diversas escuelas económicas desde el punto de vista de las soluciones y las experiencias recientes. Hay quienes enfocan la cuestión, adheridos a la escuela liberal o a la neoliberal; otros a la socialista, numerosos con una tendencia hacia el cristianismo social, y otros al marxismo. No pretendemos hacer una exposición ideológica, apenas un esbozo del problema, enfocado desde el Derecho Administrativo, de cuyo contenido forma parte. Pero hay algo que es una realidad: *la cuestión sigue influenciada por el curso de los cambios políticos en el mundo. Todavía no hemos visto la última razón.*

Se trata de la gestión de los servicios públicos, de los que no podemos prescindir en la vida actual. Tienen como objeto satisfacer, de modo continuo, necesidades colectivas. Los suministros de energía eléctrica, de agua potable y las telecomunicaciones, son servicios públicos básicos, que en el Paraguay, los presta el Estado, por gestión directa, por medio de empresas públicas. En otros casos, la explotación, por medio de la concesión (licencia o permiso) de servicio público, está cargo de empresas privadas, como el de la telefonía celular, sin hilos e Internet. El interrogante apunta a lo siguiente: ¿estos servicios deben seguir siendo administrados por el Estado o pasar su explotación a manos particulares?

Al referirse a la *teoría del servicio público*, VILLAGRA MAFFIODO³⁸⁰, se refiere a los criterios para definir al Derecho Administrativo, en la teoría de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, que tuvo a grandes expositores como León DUGUIT y Gastón JÉZE. Afirma que “la objeción que ya de antiguo se le hacía a DUGUIT y JÉZE, de que no todo es servicio público en la actividad estatal, sino que hay “*funciones*”, podía ser obviada teniendo presente que todas las funciones públicas tienen por contenido u objeto, en un sentido amplio, la prestación de un servicio: crear el ordenamiento legal y dirimir los litigios, para no citar, sino los que han sido puestos en duda y que son “*servicios públicos*” fundamentales, puesto que satisfacen necesidades primordiales de la comunidad. Lo que es incontestable es que la legislación no se rige por el Derecho Administrativo, sino por el Derecho Constitucional directamente, como tampoco la jurisdicción en que se aplica el Derecho judicial (procesal, civil, penal, etc.). VILLAGRA se refería también a la necesidad de restricción

³⁸⁰ Salvador VILLAGRA MAFFIODO, *Principios de Derecho administrativo*, Asunción, Paraguay, 2007, pp. 307, 308, 309, 310, 311, 312.

del concepto de servicio público, en el que habría que excluir también del concepto las “*funciones públicas*”, no regidas por el Derecho Administrativo, tales como la legislativa y la judicial. Enseñaba el maestro paraguayo que “si se alude a un régimen de servicio público se piensa en realidad en ciertos servicios que por ser considerados indispensables a la comunidad (servicios de transporte, de comunicaciones, aguas corrientes, sanitarios, etc.) o por otras razones especiales (servicios de enseñanza, culturales, de radiodifusión, de televisión en algunos países) los toma a su cargo el Estado para asegurar su prestación sea mediante su gestión directa, centralizada o descentralizada, sea mediante concesión o colaboración de particulares”.

VIDAL PERDOMO³⁸¹, explica con claridad, la noción jurídica y la crisis de la teoría del servicio público, que no analizo en este trabajo, por su carácter elemental. Sin embargo, transcribo su advertencia, por considerar que se ajusta a la realidad actual. Dice VIDAL PERDOMO: “La pretensión de los ciudadanos de ser cada vez más y mejor atendidos por el Estado aumenta en forma prodigiosa la acción gubernamental, y la localización de los ideales sociales no en el goce de las libertades, sino en la cantidad de prestaciones que se reciben de la autoridad, además de limitar la capacidad de esfuerzo personal, pone naturalmente en riesgo la democracia, pues ante un Estado que ofrezca mil soluciones a la vida diaria, las gentes pueden entregar su libertad a cambio de esa seguridad anhelada. Así se explica que en el siglo XX hayan sido tan de recibo las ideologías totalitarias, aquéllas que prometen la felicidad a los gobernados con desprecio de los valores de la libertad, y el respaldo que varios núcleos humanos le han dado a tales formas de organización estatal; así también puede explicarse el auge del populismo en países asediados de necesidades. El ideal democrático, por el contrario busca, con dificultad obviamente, un equilibrio entre el aumento del poder estatal para poder atender sus nuevas funciones y el respeto del cuadro de la libertad que constituye su esencia”.

MEILÁN GIL³⁸², maestro del derecho, catedrático emérito de la Universidad de A Coruña, profundiza la noción del servicio público como categoría jurídica, y nos aclara un aspecto sumamente importante para comprender su naturaleza, al referirse a la tecnificación de un concepto ideológico-social, con el paradigma francés. Así explica el enfrentamiento dialéctico entre HAURIUO con DUIGUIT, creador de la llamada “Escuela de Servicio Público”. Se trata de la motivación ideológica política. Dice que “un criterio definitorio del servicio público, es la asunción de la titularidad por la Administración y el contenido económico de la actividad que la hace susceptible de ser gestionada indirectamente. Al estudiar el impacto del Derecho Comunitario, afirma que “el servicio público, como categoría o como técnica jurídica para satisfacer necesidades o demandas de la sociedad —el interés general— no tiene la utilidad con la que se creó. En el momento presente, y singularmente en el ámbito europeo, en una de cuyas porciones nació y se desarrolló, es patente esa afirmación. No es necesaria la *publicatio*; basta con la *regulación*, más compleja que las autorizaciones puntuales”.

³⁸¹ Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, Duodécima Edición 2004, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2004. p. 279, 280.

³⁸² José Luis MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Primera edición, Thomson-Civitas, 2006. España.

Pero, MEILÁN va mas allá, en su lucido razonamiento para buscar una alternativa al servicio público. Reproduce un pensamiento que ya lo había pronunciado en 1968, en relación con las innovaciones que requiere el progreso tecnológico. Se refiere a la evolución del concepto de servicio público y al empleo de simples medidas de policía, en la actualidad. “*El progreso —decía en 1968— se consigue sin necesidad de que el Estado declare pública la actividad correspondiente. El título de intervención del servicio público es innecesario; basta la imposición unilateral característica de la técnica de policía*”.

Toda la teoría de los servicios públicos, su desarrollo, su fin, su actividad, podemos encontrar en una obra formidable de FERNÁNDEZ RUIZ³⁸³. Al estudiar los aspectos relevantes de los servicios públicos, enseña el conocido profesor que “el Estado debe asegurar, regular y controlar su prestación”. Dice que “no interesa tanto quién realice tal actividad, pues lo verdaderamente importante es que la necesidad de carácter general sea satisfecha, por lo cual no en todos los casos se reserva el Estado su prestación, pero en todos tiene la obligación de asegurarla, regularla y controlarla”. Al recapitular la definición del servicio público, FERNÁNDEZ RUIZ, retoma el pensamiento de León DUGUIT, y lo actualiza a la luz de la corriente doctrinaria que clasifica las diversas actividades del Estado. Define el servicio público en la forma siguiente: “*Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del Derecho Privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona*”.

V.2. Gestión directa y concesión de servicio público

Podemos decir que, básicamente, hay tres formas de gestión de un servicio público. La primera, *por gestión directa*; la segunda, *por concesión de servicio público*, y la tercera, *por gestión mixta*. Por *gestión directa* debe entenderse, cuando el Estado crea y asume por sí mismo la explotación del servicio; por *concesión*, cuando por una delegación de la ley se concede a un particular, persona física o jurídica, la explotación del servicio, colocándose en el lugar de la Administración, frente a los usuarios; el concesionario percibe directamente de éstos las tarifas, o en algunos casos las tasas y contribuciones especiales. Coincidimos con Libardo RODRÍGUEZ R.³⁸⁴ sobre los modos de gestión o prestación de los servicios públicos. Explica que “ya sabemos que en la época clásica de los servicios públicos, éstos eran prestados exclusivamente por parte del Estado. Pero, actualmente, como resultado de la evolución que tanto en el aspecto teórico como en el práctico ha sufrido esta institución, los servicios públicos son prestados tanto por el Estado como los particulares. En este sentido encontramos tres modos de gestión de los servicios públicos. Gestión por parte de

³⁸³ Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, *Derecho administrativo* (Servicios Públicos), Editorial Porrúa, S. A., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 163 y ss.

³⁸⁴ Libardo RODRÍGUEZ R., *Derecho administrativo. General y Colombiano*, Decimocuarta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2005, pp. 510, 511, 512.

la Administración, gestión por parte de los particulares y gestión mixta”. Interpreta RODRÍGUEZ que la *gestión mixta* se presenta cuando una persona pública se une con particulares para desarrollar en conjunto una actividad de servicio público. Dice que es el caso de las sociedades de economía mixta, cuando su objeto es un servicio público, de las corporaciones o asociaciones y fundaciones de participación mixta. Asimismo, el autor colombiano, enuncia los principios rectores de los servicios públicos, que son, entre otros, *la continuidad, la adaptabilidad, la neutralidad, la igualdad y la obligación de funcionamiento correcto de los servicios públicos*.

Por el contrato de gestión de servicios públicos, las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público. Las legislaciones europeas más avanzadas, como la española, disponen que serán aplicables las disposiciones del régimen general de gestión de servicios públicos, a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho Público destinadas a este fin, y a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho Privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

La Constitución paraguaya, art. 178, establece dos formas de gestión del servicio público: el Estado “*explota por sí, o por medio de concesionarios, los bienes de su dominio privado*”, y “*organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan*”. Textualmente, el Capítulo VI de la política económica del Estado, Sección II de la organización Financiera, art. 178 de la Constitución, determina que “para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos; *explota por sí, o por medio de concesionarios, los bienes de su dominio privado, sobre los cuales determina regalías, ‘royalties’, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan; contrae empréstitos internos o internacionales destinados a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financiero del país, y organiza, fija y compone el sistema monetario*”.

Bajo la denominación genérica de bienes públicos se comprenden los del dominio público, los afectados a determinados servicios públicos, los pertenecientes al patrimonio industrial y los del dominio privado, caracterizados por su finalidad y el régimen jurídico a que se hallan sometidos. El Código Civil, en los artículos 1898 al 1908, regula los bienes públicos, como género, y sus especies, los “*bienes del dominio público del Estado*” y los “*bienes del dominio privado del Estado*”, agregando una categoría que apenas le nombra (inc. e art. 1900), “*los bienes afectados al servicio público*”. La doctrina considera que todo lo referente a los bienes públicos debe estar legislado en Códigos de Derecho Público y no de Derecho Privado, como es el Código Civil. Por este motivo, el eminente Prof. Luis DE GÁSPERI³⁸⁵, excluyó de su Anteproyecto de Código Civil, a los bienes públicos. Un miembro de la Comisión Nacional de Codificación, explicó que se lo incluyó de nuevo en el Proyecto de Código Civil, hoy vigente, en razón que de lo contrario, la regulación de los bienes públicos hubieran

³⁸⁵ Luis DE GÁSPERI, *Anteproyecto de Código Civil*, Primera edición, Editorial “El Grafico”, Asunción, 1964.

desaparecido de la legislación paraguaya. Cuando se dicte un Código Administrativo o una ley de Administración Pública, habrá que, necesariamente, incluir todo lo referente a bienes públicos, en estos cuerpos legales.

Para que se tenga mayor claridad, transcribo el concepto que el connotado catedrático BACELLAR FILHO³⁸⁶, da sobre la concesión: “*A concessao define-se como a delegacao a um particular, pessoa natural ou jurídica, da gestao ou execucao de um servico público, precedido ou nao da execucao de obra pública, por sua conta e risco e remunerado pelos usuários. É uma forma indirecta, pois, de prestacao de un servico público. Dela se excluem, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar —atividades típicas, como as que se situam dentro dos limites de suas atribuições originarias—*”. La traducción al español es nuestra: “La concesión se define como la delegación a un particular, persona natural o jurídica, de la gestión de un servicio público, precedido o no de la ejecución de obra pública, por su cuenta y riesgo y remunerado por los usuarios. Es una forma indirecta, pues, de prestación de un servicio público. De ella se excluyen, desde luego, ciertas actividades que sólo el Estado puede desempeñar —actividades típicas, como las que se sitúan dentro de los límites de sus atribuciones originarias—”.

Pensamos que la titularidad del servicio público, sigue manteniendo el Estado. En la obra del eminente catedrático SILVA CIMMA, sobresale el enjundioso estudio sobre el Servicio Público. SILVA CIMMA, expone y enseña Derecho Público, pleno de madurez intelectual y profundidad, por lo que siempre es necesario anotar su criterio. “A nuestro juicio, —dice SILVA CIMMA³⁸⁷—, cualquiera que sea la teoría que se acepte, es evidente que el nacimiento del servicio concedido arrancará siempre, y salvo disposición expresa de ley, de la voluntad de la autoridad que resuelve desprenderse de la obligación de cumplir directamente un cometido que a ella concierne, para entregarlo a un particular concesionario que acepta someterse al Derecho Público en sus relaciones con el Estado. Es por eso que siendo este orden de consideraciones el que nos parece predominante en la concesión, creemos que es él justamente el que ha de caracterizar la esencia de la institución. Y como quiera que las vinculaciones contractuales, si es que existen, son simplemente accesorias o secundarias con relación a la naturaleza misma de la institución, nos inclinamos, pues, a pensar que nos encontramos en presencia de un acto unilateral de la autoridad”.

COMADIRA³⁸⁸, estudia la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores, de su país. Analiza las direcciones del cambio en la Argentina, en los últimos años, a través de políticas que, en lo sustancial, “pueden resumirse en la privatización de empresas públicas, la desregulación y la descentralización”. Su análisis se sustenta en la filosofía orteguiana, en la idea de Estado y de Nación del pensamiento lúcido de Ortega y Gasset. Dice COMADIRA que los cambios obedecen a la “aspiración de recuperar el protagonismo perdido” la eficacia del ejercicio del poder

³⁸⁶ Romeu Felipe BACELLAR FILHO, *A nova lei das concessoes*, Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, Brasil, Ano 2, junho 1995, nº 5, p. 339.

³⁸⁷ Enrique SILVA CIMMA, *Derecho administrativo chileno y comparado*, El Servicio Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1995, p. 256.

³⁸⁸ Julio R. COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina, 1966, pp. 217 y ss.

y el reencauzamiento del Estado. Sin embargo, advierte COMADIRA la presencia irrenunciable del Estado como gestor del bien común, y que “el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global”. No se puede, pues, —dice el autor— prescindir del Estado, porque él debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes no pueden, sin culpa, asumir las nuevas reglas de juego, y en segundo, asegurar la transparencia de éstas”. Expone el autor que, en la nueva visión del mando, le cabe al Estado regular y controlar. Expresa: “una de las lecciones más importantes que deja el exceso del intervencionismo es el error de haber confundido propiedad con mando, pues no se trata ahora de protagonizar la escena económica mandando, decidiendo como productor, comerciante o industrial, sino de fijar las reglas de un nuevo comportamiento comunitario y controlar que ellas se cumplan”.

Mariano BRITO, como SAYAGUÉS LASO, sostiene que, la concesión de servicio público “es un negocio jurídico complejo, regulado predominantemente por el Derecho Público, y por la cual una Administración pública encarga a una persona (física o jurídica, pública o privada) la prestación de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos, cumpliéndose la prestación de servicio por cuenta y riesgo del concesionario, y mediante una remuneración a éste normalmente resultante de prestaciones a cargo de los usuarios, y bajo el control de la Administración concedente”. Un ejemplo: la concesión de servicio público de la telefonía móvil y otras concesiones similares, cuya titularidad corresponde al Estado. El art. 30 de la Constitución, prescribe que la “emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre la materia”. Se trata de todo fenómeno en que los campos eléctricos y magnéticos están relacionados entre sí. Comprende todas las ondas electromagnéticas.

El pensamiento de BRITO³⁸⁹ va más allá del Derecho positivo. Su razonamiento tiene fundamento en la Filosofía del derecho y la ontología jurídica. Cuando explica la cuestión de la titularidad del servicio público y de su relevancia para nuestro tema, dice: “El régimen jurídico uruguayo partió históricamente, y la mantiene, de aquella concepción que parafraseando a SALOMONI ‘podríamos denominar de *titularidad estatal* de los servicios públicos y la asignación de una *potestad explícita*, aunque también subsidiaria, de intervención en la economía a través de sus servicios públicos’. Y aquí añade un concepto fundamental para la esencia de la naturaleza jurídica de los servicios públicos, cuando afirma que “la titularidad mencionada, porque es asignada por la ley, *no puede ser objeto de privatización*, en tanto esta suponga el traspaso al dominio privado, aunque sí podrá cometerse o delegarse su prestación mediante concesión. Aquí el servicio ‘*aunque concedido, sigue siendo servicio público*’.

Sabino CASSESE, catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad “La Sapienza”, de Roma, en el prólogo a una obra de Jorge Luis SALOMONI³⁹⁰, expresa:

³⁸⁹ Mariano R. BRITO, *Derecho administrativo*, Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 2004, pp. 492 y ss.

³⁹⁰ Jorge Luis. SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Argentina, 1999.

“Noción ambigua, pero esencial para el Derecho administrativo, la de servicio público. Indica actividades que no son, en sentido estricto, estatales, pero tampoco privadas. Que se desarrollan en forma de empresa, pero que tiene obligaciones particulares como la de, por ejemplo, la continuidad. Que en un tiempo eran, en su mayoría, de gestión privada, y fueron luego transferidas a la mano pública, ahora han sido privatizadas nuevamente”. CASSESE expresa que “en el Derecho Comunitario europeo, la noción de servicio público es reemplazada por la servicio universal, entendido como complejo de servicios de base, disponible a todos los usuarios, prescindiendo de su ubicación geográfica, a un precio accesible”. Cassese dice que el alineamiento de los servicios públicos con el derecho común de la empresa, produce, sin embargo, no pocos problemas, en razón de que están sometidos a “una intensa regulación pública”.

PEÑA VILLAMIL³⁹¹ dice que, el servicio público, persigue un fin eminentemente social, de satisfacción de una necesidad pública. “Pero si el servicio se explota por medio de una concesión a una empresa privada, existe aquí otro objetivo, distinto al fin social buscado por el servicio. Tal sería el aspecto económico, que para el empresario es de primera importancia. Para él, la prestación del servicio implica sólo la inversión de un capital con el objeto de alcanzar un lucro. El fin lucrativo prima entonces sobre el fin altruista del interés social. Por esta dualidad de finalidades contradictorias, el Estado debe ejercitar constantemente su poder de policía, evitando así que la finalidad lucrativa del concesionario prime sobre el fin altruista del interés colectivo”.

V.3. Creación del servicio público

Con ocasión del estudio y elaboración del Anteproyecto de Ley de Administración Pública o Código Administrativo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNA, llegamos a la conclusión de que, la creación de servicio estatal o municipal (“servicio público” en sentido estricto) es materia reservada a la ley, tanto si va a ser concedida su explotación a una empresa privada o administrado bajo gestión directa: si concesión, en virtud de la prescripción constitucional que reserva su otorgamiento al Congreso, y si gestión directa, en razón de que la creación de un servicio estatal es atribuir una nueva función a la Administración y requerirá la asignación de recursos que es materia reservada a la ley.

En este punto conviene diferenciar al permisionario de servicio privado reglamentado del concesionario de servicio público. Si la actividad así reglamentada es un servicio o industria creado, organizado o prestado por empresas privadas, se tendrá un servicio privado de interés general reglamentado (servicio público en sentido amplio), en el que el servicio sigue perteneciendo a la empresa privada, y el *status* del que lo presta es el de “permisionario”, regido por el Derecho Privado y sólo en cuanto a su reglamentación por el Derecho Administrativo. En cambio, si el servicio o industria es creado u organizado por ley u ordenanza municipal como perteneciente al Estado o

³⁹¹ Manuel PEÑA VILLAMIL, *La concesión de servicios públicos*, Asunción, 1957.

al Municipio y concede su realización o explotación a una empresa privada, ésta es “concesionaria” del servicio o industria que sigue siendo parte de la Administración. La explotación se realiza por cuenta propia del concesionario, único responsable ante los usuarios del servicio y terceros en general.

Para una noción más precisa de la diferencia existente entre permisionario y concesionario, transcribo la nota del Anteproyecto: “Son fundamentales las diferencias existentes entre el *status* del ‘permisionario’ y del ‘concesionario’: el ‘permiso’ es un acto administrativo unilateral, puede ser conferido por tiempo ilimitado, el permisionario puede retirarse del servicio en cualquier tiempo cumpliendo los requisitos reglamentarios y retira el patrimonio invertido que le pertenece; en tanto que la ‘concesión’ es un contrato, por prescripción constitucional no puede ser por tiempo ilimitado, el concesionario no puede retirarse antes del vencimiento del contrato y a su término se trasfiere al Estado o Municipalidad la parte del patrimonio que deber haber sido amortizado en el tiempo limitado de la concesión. Es la ley u ordenanza la que debe hacer la distinción, pero con frecuencia no lo hace y entonces la calificación de permisionario o concesionario debe inferirse de las características que son propias de una u otra configuración jurídica: obligación de prestar el servicio o explotar la industria por determinado tiempo, percibir tasas, ejercer servidumbre que sólo pueden atribuirse a la Administración, son exclusivas de la concesión; en tanto que la posibilidad de retirarse del servicio o de la industria en cualquier tiempo, el cobro de precios y no de tasas, el régimen igualitario del que rige para otras empresas privadas, son reveladoras del *status* de permisionario el que no hace más que ejercer la libertad de comercio, industria y trabajo, sometido en el caso al requisito del permiso previo”.

Conviene advertir que el otorgamiento de exoneraciones fiscales u otras ventajas para el establecimiento de industrias nuevas, explotación de recursos naturales de dominio del Estado, inversión de capitales, etc. no es “concesión de servicio público” en el sentido contemplado más adelante, y no se rige por las reglas de ésta, sino por leyes especiales, aunque sí se halla también sometido (el otorgamiento de dichas ventajas) a la exigencia de autorización legal y limitación de tiempo, por la prescripción constitucional del art. 112.

La Ley N° 1618/00 “De concesiones de obras y servicios públicos”, de 2 de noviembre de 2000, instituye el régimen legal que aplicarán los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales y las municipalidades, para otorgar en concesión obras y servicios públicos. La concesión de obras y servicios públicos, determina esta ley, que se regirá, además, por el contrato que en cada caso se suscribirá. Esta ley define al servicio público, como “el que se presta al público de manera regular y continua, para satisfacer una necesidad general y por un organismo público”. A objeto de esta ley se excluyen los servicios públicos de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado sanitario. La propia ley establece su alcance, al determinar que la concesión de obras y servicios públicos será autorizada en cada caso por ley, por ordenanza departamental o por ordenanza municipal. Tendrá por objeto la prestación por el concesionario, a su cuenta y riesgo, de un servicio o la

construcción, mejoramiento, rehabilitación, reparación o mantenimiento de una obra y su operación o explotación según los términos del respectivo contrato. El art. 4 de la ley establece los organismos competentes, al expresar que “autorizada por ley la obra o servicio a ser concesionado, previo Decreto del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio del ramo correspondiente, éste será competente para realizar los estudios preliminares, calificar propuestas, adjudicar y contratar bajo el régimen de concesión de obra o servicio público o sistema de ellos en la forma indicada en esta ley”.

La ley regula las bases para las licitaciones de obras o servicios públicos, el otorgamiento y contrato de concesión, los derechos y obligaciones del concesionario, el régimen jurídico de la concesión, los derechos de los usuarios, el régimen de expropiación y servidumbres, la fiscalización y vigilancia, el abandono de la concesión o quiebra, la suspensión y término de la concesión, la conciliación y arbitraje, las disposiciones especiales, las normas tributarias y las disposiciones finales. El art. 51 establece la supletoriedad de esta ley, que será aplicable supletoriamente a las leyes de concesiones sancionadas o a sancionarse en cualquiera de sus modalidades. Como puede verse esta ley excluye la concesión de los servicios públicos de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado sanitario. La ley ha sido reglamentada por el Decreto N° 11.967/2001.

V.4. El monopolio de los servicios públicos

El monopolio de los servicios públicos, ha sido atacado de inconstitucional, ya durante la vigencia de la Constitución de 1967, viola el art. 107 de la Constitución de 1992, que garantiza la competencia en el mercado y no permite la creación de monopolios.

V.5. El principio de subsidiariedad

En el Paraguay, el Estado asumió la gestión directa de los servicios públicos, en una época —mitad del siglo XX— por el desinterés del capital privado para su construcción y explotación. El fin de la Segunda Guerra Mundial, trajo el auge de las nacionalizaciones. Hoy, la situación es algo diferente, las condiciones socioeconómicas han cambiado. El interés público, exige una solución a los problemas en la materia, que persiga sólo la plena satisfacción de las necesidades colectivas del pueblo y el bien común.

Si el Estado se manifiesta incapaz de administrar con eficiencia y de satisfacer la demanda del servicio, existe otra opción: la solución mediante el sistema de concesión de servicio público, sea éste estatal o municipal. No es una invención, existe una larga experiencia en Europa y en Norteamérica. La prestación directa del servicio asumió el Estado Paraguayo, ante la ausencia del capital y la iniciativa privada, en cumplimiento de los deberes emanados del *principio de subsidiariedad*. Las empresas públicas existentes en el país, son subsidiarias de las privadas. El legislador debe buscar una solución para la inmediata “desmonopolización”, de los servicios públicos, que pueda dar participación a las empresas privadas, preservando el cuantioso patrimonio de las empresas públicas, bienes públicos del pueblo.

La Doctrina Social de la Iglesia ha consagrado en la *Encíclica Centesimus Annus*³⁹² el papel del Estado en el sector de la economía. Esta Carta Encíclica ha expresado “que la actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes. La encíclica enuncia que la primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad, de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente. Con notable visión dice que el Estado tiene el deber de secundar la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en momentos de crisis”.

La Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II en el Centenario de la *Rerum Novarum* diseña al Estado con las funciones de suplencia y la consagración del Principio de Subsidiaridad. Dice que el Estado tiene, además, el derecho a intervenir, cuando situaciones particulares de monopolio creen rémoras u obstáculos al desarrollo, y que debe ejercer *funciones de suplencias* “en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuadas para su cometido”. Expresa también que tales intervenciones de suplencia deben ser limitadas temporalmente. Al hablar del “Estado del bienestar”, la Carta expresa que este modelo ha sido para responder de manera más adecuada a muchas necesidades y carencias, tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana. Frente a los abusos y deficiencias de los sistemas imperantes, la Carta hace mención al respeto que debe tener el *Principio de Subsidiaridad*. También advierte sobre el *Estado asistencial* cuando interviene directamente y quita responsabilidad a la sociedad, provocando “la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios con enorme crecimiento de los gastos”. La Carta Encíclica trae una definición que puede considerarse como de una profunda magnitud. Al reseñar la creciente incapacidad para encuadrar los intereses particulares da una visión coherente del *bien común*, Sostiene un concepto orientador del bien común, al afirmar: “Éste, en efecto, no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valoración y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona”.

V.6. El requisito constitucional de la concesión

El requisito constitucional para la concesión de servicio público es la autorización legislativa. El Art. 202 in.11 de la Constitución, ordena: “Son deberes y atribuciones del Congreso ...autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de

³⁹² *Centesimus Annus. Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II en el Centenario de la Rerum Novarum*, Editorial Claretiana, Buenos Aires, 1991. pp. 95-97.

servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos”. Sostiene GORDILLO³⁹³, cuando se refiere a la concesión o licencia de servicios públicos, la necesidad de autorización legislativa, lo siguiente: “Sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolios o privilegio. Tal como dice Marienhoff su otorgamiento “es, siempre, de competencia legislativa”. “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay “privilegios implícitos”. “Este principio se halla indirectamente violado cuando la ley autoriza al Poder Ejecutivo nacional a hacer todo el proceso de otorgamiento, fijar bases y condiciones, etc. A partir del art. 76 de la Constitución de 1994 se trata de una atribución legislativa que no puede ya delegarse al Poder Ejecutivo por no tratarse de cuestiones internas de Administración. A mayor abundamiento, cuando el Poder Ejecutivo o sus órganos dependientes interpretan o modifican cláusulas del pliego o del contrato a favor del concesionario o del que obtiene una licencia, están igualmente excediendo el marco constitucional de competencia. Si lo hacen sin previa audiencia pública la inconstitucionalidad se agrava”. Como puede observarse, ésta opinión de GORDILLO es, de singular importancia y además concluyente, pues contiene también la posición del maestro Marienhoff.

V.7. La tarifa y las ganancias excesivas

En el supuesto de que se dicte una Ley General de Contratos de las Administraciones Públicas, como cuando se trata de una Ley especial que autoriza una concesión, en cada caso, tendrá que determinarse que el Poder Ejecutivo, deberá aprobar la estructura tarifaria y las condiciones del servicio, para su validez. Por eso, la fijación de las tarifas de servicios públicos, sigue siendo una cuestión delicada y esencial, con mayor razón, cuando los servicios son prestados por empresas privadas. El hecho material de que el servicio público sea prestado por un particular concesionario o del que obtiene una licencia, no significa que el Estado habrá de abandonar a los ciudadanos-usuarios. Su obligación es velar para que en las relaciones entre el Concesionario y el usuario, impere la equidad, un servicio eficiente y precios razonables. Las empresas concesionarias o las que tengan licencias, deberán someter la estructura tarifaria, al Poder Ejecutivo, por conducto del Ministerio competente y su órgano regulador, para que las mismas sean aprobadas mediante un acto administrativo, para su validez. Esta tutela administrativa constituye un control fundamental de los intereses públicos, que el Estado no puede renunciar, pues si así ocurriera, ¿qué fin cumpliría en la sociedad? El Congreso no puede crear un órgano fuera del ámbito de uno de los tres poderes del Estado. La autorización de la concesión es una atribución exclusiva del Poder Constituyente. Por esta razón, el Parlamento tampoco puede crear un órgano administrativo, que escape del control del Presidente de la República, en su carácter de titular de la administración del Estado. El órgano administrativo, no puede tener

³⁹³ Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo 1, Parte General, 5° edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. XI-30 y XI-31.

absoluta independencia, no puede navegar sólo, aislado de la organización del Poder Ejecutivo. La Ley deberá determinar la línea jerárquica, al través de un ministro del Poder Ejecutivo, pues a éstos, la Constitución les ha confiado la dirección y la gestión de los negocios públicos. Cuando se trata de un órgano con descentralización de competencia, se mantiene la subordinación directa, mientras que los entes con descentralización de personalidad se relacionan con el Poder Ejecutivo, por conducto del Ministerio asignado en la Ley.

Con las tarifas de los servicios públicos se plantea una cuestión fundamental. Los legisladores tendrán que abrir bien los ojos, y asumir la real representación de los intereses del pueblo, que constituye el interés público. Las Empresas Públicas que prestan servicios públicos no deberían perseguir propósitos de lucro; no obstante, los ingresos deben cubrir la explotación, la mejora y una expansión razonable del servicio. En cambio, las empresas privadas, concesionarias o las que tienen licencias para la prestación de los servicios públicos, como cualquier sociedad comercial, tienen propósitos de lucro o ganancias. No son empresas de beneficencia; son empresas comerciales. Por ello, el control del Poder Administrador, debe ser permanente, no sólo para preservar la eficiencia del servicio, sino también para corregir las ganancias excesivas de los concesionarios, en perjuicio de los usuarios.

GORDILLO³⁹⁴, ha realizado un detenido estudio sobre las funciones del poder y la clasificación de los contratos administrativos. Sus conclusiones sobre la reducción de ganancias excesivas, que engloban los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, marcan la pauta para un eficiente control de los servicios públicos privatizados, por parte del Estado. Expresa el conocido exponente de las ciencias jurídicas latinoamericanas, lo que sigue: “Cuando en libre competencia un empresario tiene grandes ganancias, queda simplemente sometido al régimen impositivo pertinente. Cuando obtiene grandes ganancias merced al abuso de un poder monopólico o de exclusividad concedido o licenciado por el Estado, debe devolverlas a los usuarios en lo que excede una ganancia razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (por ejemplo, el riesgo que la inversión tenía: si la ganancia es producto de sobrefacturaciones o de legítima evolución de los negocios, etc.). Es el principio que surge de la ley de defensa del consumidor, ley de orden público que contempla la recomposición del contrato por el juez para ajustarlo a derecho. La vía procesal prevista por esta ley es el proceso de conocimiento más abreviado de cada jurisdicción, lo cual puede implicar el juicio sumarísimo o el sumario. Tal como se ha recordado en los votos de *Boggiano* y *Vázquez* en un reciente caso (Telintar, CSJN, 22-IV-97), sólo cabe reconocer “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos 234:311; 258: 322 consid. 6°; y 262: 555, consid. 10)”. La

³⁹⁴ Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo 1, Parte General, 5° edición, Buenos Aires, 1998, pp. XI-33, XII-34.

ecuación económica financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional. En suma, debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable”: También el Consejo de Estado francés exige *la equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios”.

Las excesivas ganancias llevan al enriquecimiento sin causa del concesionario o del licenciatario. El Estado debe evitar el *enriquecimiento sin causa* del concesionario o del licenciatario, a costa del público usuario. BORDA³⁹⁵, da un concepto muy preciso del enriquecimiento sin causa: “Los desplazamientos patrimoniales, el traspaso de bienes de una persona a otra, deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una *causa*. Resulta contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa (o *in rem verso*), en defensa de su patrimonio que ha sufrido un desmedro injusto”. El reputado civilista va más allá, y nos recuerda que: “El enriquecimiento sin causa es el enriquecimiento sin causa y nada más que eso. Y para fundarlo basta y sobra con recurrir a la equidad; resulta repugnante a la justicia conmutativa que alguien pueda enriquecerse a costa de otro, sin motivo legítimo alguno; ello vulneraría el principio que exige dar a cada uno lo suyo. Esta opinión fue sostenida por VÉLEZ en la nota del artículo 784 y es la corriente en la doctrina”.

Podemos inferir de lo que acontece que, este enriquecimiento sin causa, generado como consecuencia de la ejecución de un Contrato Administrativo, en la relación concesionario-usuario, lleva al *enriquecimiento ilícito del contratante estatal*, ya que tiene como instrumento productor de las ganancias excesivas, un Contrato Público.

V.8. El control del servicio público. El control económico y financiero. El Ombudsman o Defensor del Pueblo

V.8.1. La Contraloría General de la República

Llama singularmente a la atención que, las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, (el caso de la telefonía móvil), que tienen a su cargo la explotación comercial de un bien del dominio público, como es la emisión y propagación de las señales de comunicación electromagnética, no tengan el control debido del Estado. El Poder Ejecutivo, al través de la propia entidad estatal concedente o el ente regulador, debe ejercer el control de la eficiencia y sobre la fijación de las tarifas, y la Contraloría General de la República, una auditoria externa, pues los ingresos de la compañía provienen de tarifas públicas, para que las ganancias sean razonables. Son tarifas públicas, aun cuando su recaudación esté a cargo del particular. Estas tarifas constituyen precios públicos, y no pueden escapar del control de los órganos competentes del Estado. SALOMONI³⁹⁶ examina muy minuciosamente el control de

³⁹⁵ Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1976, pp. 591, 594.

³⁹⁶ Jorge Luis SALOMONI, *Teoría de los servicios públicos*, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 406.

los servicios públicos a través de los entes reguladores y su relación con los usuarios. Realiza una breve comparación de las autoridades independientes del derecho continental europeo y de las agencias del derecho norteamericano y con los denominados antes reguladores del derecho federal argentino.

El Poder Ejecutivo debería ejercer la tutela sobre las tarifas de las empresas concesionarias, de la misma forma que realiza con las empresas públicas, que tienen a su cargo la gestión directa de los servicios, como los de electricidad, agua corriente o el telefónico. Aun cuando sea una empresa privada la que preste el servicio, sigue siendo público, pues explota un servicio público, que aunque concedido a una empresa privada, la titularidad pertenece al Estado. Los órganos competentes, sea el concedente, el regulador, o el encargado del control de los bienes públicos, (Contraloría General de la República), deben ejercer los controles económicos y financieros y publicitarlos.

V.8.2. El Defensor del Pueblo

El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo es una institución jurídica-política de origen escandinavo, que se ha institucionalizado en más de 60 países, en regiones tan diferentes con las escandinavas, las latinas, las anglosajonas, las orientales (Israel y Australia), para citar sólo algunas de las más importantes. La denominación del órgano es *Ombudsman* en Suecia y países escandinavos, *Defensor del Pueblo* en España y América Latina, *Comisionado Parlamentario* en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Mediador* en Francia, *Proveedor de Justicia* en Portugal, *Defensor Cívico* en Italia, *Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos* en México, *Procurador de los Derechos Humanos* en países centroamericanos, *Defensor de los Habitantes* en Costa Rica, *Ouvidoria Geral* en Brasil (Estado de Paraná). La figura del Defensor del Pueblo es un “signo de identidad democrática”, y su actuación sólo es posible en los países en los que impera la democracia y el principio de la legalidad, que propugnan como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la Justicia, la igualdad, la solidaridad y el pluralismo político. No es una institución que puede funcionar en los regímenes dictatoriales o autocráticos, pues constituiría una farsa.

Los controles tradicionales de la Administración han resultado insuficientes para proteger al individuo y a la sociedad contra los abusos y las arbitrariedades del Poder. Por estas razones es por lo que se hace cada vez más necesaria la actuación del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo. Se requiere el verdadero y real control de la Administración. El control político o legislativo, por su naturaleza, no alcanza a satisfacer los reclamos del pueblo, en forma inmediata. Los Parlamentos apenas dan abasto a sus funciones legislativas y la fiscalización de las grandes decisiones políticas. Su misión se centra en la política general del Estado, no en la fiscalización de la actuación incorrecta o arbitraria, diaria y cotidiana de los servicios públicos. Estas actuaciones, que se manifiestan a veces como falta de atención al usuario, un servicio deficiente, una administración prepotente y descortés, son las que, realmente,

hieren de muerte los derechos humanos. Los ciudadanos se sienten indefensos, agraviados, lastimados, perjudicados moral y pecuniariamente, que ya no saben a quién recurrir. El control jurisdiccional es lento y engorroso.

El Defensor del Pueblo, prescribe el art. 276 de la Constitución, es un *comisionado parlamentario*, cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva. El Defensor es una institución de carácter constitucional. Su funcionamiento esta reglamentado por la ley N° 631 de 14 de noviembre de 1995. Esta ley no ha sabido plasmar el modo de ejercicio ni la materia o actividad concreta a la que se vincula la función del Defensor. La expresión “derechos humanos” es en extremo amplia, genérica. Lo ideal hubiera sido que siguiera el modelo español, que condensa la esencia de la función: *la defensa de los derechos y deberes fundamentales, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cámaras del Congreso*. La función clásica, primordial, básica y auténtica del *Ombudsmann* —Defensor del Pueblo— es el control de la actividad de la Administración. No es un *Ombudsman* judicial ni tampoco está creado para supervisar la actividad del Parlamento. Éste es otro tipo de control que se ejercita mediante la vigencia del principio de separación de poderes, y los medios están prescritos en la Constitución.

V.8.3. Legitimación procesal. Nombramiento.

Plazo de la función

El Defensor tiene legitimación procesal, es decir que está facultado para presentarse en sede administrativa o judicial. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por la Cámara de Senadores. Dura cinco años en sus funciones, coincidente con el periodo del Congreso y podrá ser reelecto. La Cámara de Senadores deberá proponer la terna respectiva dentro de los cuarenta y cinco primeros días del inicio del periodo legislativo constitucional. Presentada la misma, la Cámara de Diputados nombrará a uno de los propuestos en un plazo similar. El inicio de cada periodo anual de sesiones es el primero de julio. Ambas Cámaras del Congreso (Diputados y Senadores) se reúnen anualmente en sesiones ordinarias, desde el primero de julio de cada año hasta el 30 de junio siguiente con un periodo de receso desde el veinte de diciembre al primero de marzo, fecha ésta en la que rendirá su informe el Presidente de la República. El defensor termina sus funciones por renuncia, presentada ante la Cámara de Diputados; expiración de mandato; muerte o incapacidad de hecho sobreviniente declarada por la Corte Suprema de Justicia; haber cumplido la edad de 75 años; y juicio político en los términos establecidos por la Constitución. Es removido por el procedimiento del juicio político. El art. 225 establece la nómina de las autoridades superiores de la República del Paraguay, entre las que figura el Defensor del Pueblo, que sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

V.8.4. Misión

Su misión es la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. En esta tarea, y en este carácter, puede iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos de autoridad, ante el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos inherentes a la comunidad, que violen los derechos humanos.

Lo esencial y determinante de sus facultades, consiste en que puede intervenir de oficio o a petición de parte, en aquellos casos originados por mal funcionamiento; lentitud; falta de respuesta; error; mala prestación, atención o trato; insuficiencia de información; violaciones a los derechos humanos y del consumidor; cuestiones atinentes a la salud y la preservación de la ecología; o incumplimiento de sentencias judiciales, por parte de:

- a) Cualquier repartición de la Administración Pública, en todo el país.
- b) Prestadoras de servicios públicos, aun los privatizados.

Es necesario anotar que el Defensor no puede intervenir en conflictos entre particulares. Del mismo modo, sobre la cuestión planteada cuando se encuentra pendiente de resolución administrativa o judicial.

El Defensor deberá reunir los mismos requisitos exigidos para los diputados, y tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades que las de los magistrados judiciales. Durante su mandato no podrá formar parte de ningún poder del Estado ni ejercer actividad político partidaria alguna. En los países democráticos la institución ha sido la alternativa gratuita y de mediación que se abocaba a resolver los problemas entre la Administración y los ciudadanos.

V.8.5. Rol fundamental del Defensor. El perfil.

Forma de actuación. Cualidades. Actividad partidaria

Los servicios públicos constituyen una prestación vital para la actividad del hombre, en la sociedad actual. Si funcionan mal, todo anda mal; si las tarifas son elevadas, sube el coste de vida y el pueblo empieza a resentirse. Existe una mayoría, en crecimiento, de ciudadanos que, por sus escasos y escuálidos recursos, no pueden pagar o tan siquiera acceder a los servicios públicos fundamentales. Uno de los cometidos del Defensor del Pueblo es el control de los servicios públicos. Una de sus aristas funcionales de gran envergadura. Su mediación entre los entes públicos o las compañías privadas y los particulares, podrá contribuir a buscar soluciones, en uno de los campos más complejos, delicados y técnicos de la Administración.

Lamentablemente, el común de la gente, confunde el rol del Defensor del Pueblo. Tiene la idea errónea, de que éste comisionado parlamentario, tiene como misión exclusiva la defensa de los derechos políticos. Para la defensa de los derechos políticos, existen otras garantías, establecidos en la Constitución y la ley. Para hacer efectivos los derechos consagrados por la Constitución, se determinan procedimientos especiales,

como la *inconstitucionalidad*, *el hábeas corpus*, *el amparo* y *el hábeas data*. El Defensor del Pueblo no controla al Poder Judicial, que tiene su propio sistema procesal de control, ni tampoco al Parlamento, por la naturaleza de sus funciones. Es un medio no tradicional de control del Poder Ejecutivo y sus órganos, que no reemplaza a los medios clásicos y tradicionales, ni se superpone, como son los jueces y Tribunales. La Contraloría General de la República es el órgano de control de las *actividades económicas y financieras del Estado*, de los departamentos y de las municipalidades. Debe cumplir una función, un control, muy diferente al que debe ejercer el Defensor del Pueblo. La Contraloría realiza una auditoría interna de las actividades económicas y financieras, que consiste en el control de la ejecución y de la liquidación del Presupuesto General de la Nación, así como el examen de sus cuentas, fondos e inventarios. Es un control, *a posteriori*, del uso y destino del dinero público.

El futuro Defensor del Pueblo deberá conocer a profundidad el Derecho Público, en especial el Derecho Administrativo y la organización administrativa del Estado. La experiencia, aconseja que, en esta primera etapa, el primer *Ombudsman* o Defensor del Pueblo sea un especialista en Derecho Público, para que pueda hacer frente a la omnipotente burocracia. En la búsqueda de la eficacia deberá actuar con eficiencia, demostrando su capacidad mediadora, su fuerza moral y sobre todo la fortaleza de la persuasión. Su labor puede ser calificada como una magistratura de la persuasión. Éste es el temperamento adoptado por los países europeos y latinoamericanos. De lo contrario, su actuación será sólo una mera representación lírica, un cuento de hadas. El ciudadano, pide a voz en cuello que, algún funcionario defienda sus intereses, que son vitales para el hombre común, pero “insignificantes” para los órganos superiores del Estado. *El defensor se ocupa de problemas pequeños para el Estado, pero grandes para las personas afectadas*. Los *derechos humanos*, no son sino aquellos tradicionales, llamados *de la personalidad o derechos individuales*, cuya trasgresión hacen sucumbir y envilecen al hombre. En Paraguay, el individuo, como ciudadano, integrante de la comunidad política, es “agredido” periódicamente, con las facturas de los servicios públicos, sean estos provenientes de las empresas estatales o de las empresas privadas. Se encuentra descreído, falto de fe, no tiene adonde recurrir. Si el servicio público es por gestión directa del Estado, su reclamo no es atendido debidamente, no le recibe el Gerente, ni siquiera el portero del Ministro del ramo. Si el servicio es por concesión, es probable que conteste una empleada, con porte soberbio —que, mientras habla, ni por educación levanta la vista de la pantalla del ordenador—, diciéndole al quejoso que, está frente a una empresa privada, cuyo patrón no es el Estado, y que si no está conforme con el servicio, lo deje. El futuro usuario, en vista de la necesidad ineludible del servicio, acepta firmar un impreso, que constituye un verdadero contrato de adhesión, un acuerdo leonino, cuyas cláusulas sólo establecen ventajas o ganancias para una de las partes, la empresa prestadora del servicio. Todas las estipulaciones, por lo general, impresas con letra muy pequeña, son únicamente obligaciones para el usuario, y ningún derecho. Las entidades públicas reguladoras del Estado paraguayo, están como ausentes, no ejercen el debido control sobre las concesionarias y, el usuario,

desprotegido, queda abandonado ante las disfunciones administrativas y arbitrariedades de las administraciones estatales y privadas.

Los servicios públicos, prestados por el Estado o por los particulares, en ambos casos, están muy ligados a los derechos humanos. Los derechos del hombre, tema de hoy y de siempre, constituyen el sustento de lo más valioso que el hombre tiene: su dignidad. En el país, se enuncia los derechos humanos, como si existiera solo en el campo de la actividad política, y se olvida su vigencia, en el ámbito social y económico.

El hecho de que el servicio sea prestado por una empresa privada, por el sistema de concesión, no le exonera al Estado de velar porque la calidad y coste de las tarifas sean razonables y accesibles para la gran mayoría del pueblo. El órgano concedente o regulador debe exigir que el servicio, inclusive sea más eficiente y correcto que el que el Estado pueda brindar, cuando es proveedor directo, al través de una empresa pública. Por este motivo, a los servicios públicos, se los vincula, prácticamente, al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Se conecta con el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Sin agua potable, energía eléctrica y las comunicaciones telefónicas y móviles, ya no es posible desarrollar, normalmente, las actividades para el trabajo diario. Son servicios elementales, no un lujo, que hacen a la dignidad humana.

GIL ROBLES³⁹⁷, en conferencia pronunciada en Asunción, siendo Defensor del Pueblo de España, reseñó el rol y el principal ámbito de actuación de la institución. Las conclusiones de GIL ROBLES, son muy valiosas, porque a su experiencia se agrega su formación académica e intelectual. Definen cuál es el tema, el meollo de la defensa de los derechos humanos que, sustancialmente, debe proteger el Defensor del Pueblo. Decía que:

“puede afirmarse por tanto que la razón de ser de esta institución es estar lo más cerca posible del ciudadano de a pie. Asumir sus quejas cotidianas por el mal funcionamiento de las Administraciones o servicios públicos, cuyos efectos sufre muy directamente y en solitario, investigándolas y procurando que le sea reconocido o repuesto en su derecho. En suma, procurar hacer realidad la eficacia directa y cotidiana, de los Derechos Constitucionales de cada persona, reafirmando su condición de ciudadano de un Estado de Derecho, con todo lo que ello significa.”

No es como un profano opinó: que la labor del Defensor consiste en subirse a predicar, en cuanta manifestación popular, recitar el decálogo de los derechos políticos, y recordar el pasado de los gobiernos autoritarios de nuestra reciente historia. No, de ninguna manera, el Defensor no busca culpables del pasado, ni del presente. Por eso, es por lo que, coincidiendo con Jorge CARPIZO, afirma GIL ROBLES: “El consenso, que siempre ha presidido todo cuanto se refiere a la presencia parlamentaria del

³⁹⁷ GIL ROBLES y Álvaro GIL DELGADO, *El valor cotidiano de los derechos fundamentales*, Conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, 25 noviembre de 1991.

Defensor del Pueblo ha sido un bien precioso, que ha permitido a los responsables de la institución actuar hasta el presente con una *auctoritas* imprescindible y que como es obvio, ha de venir acompañada de una *escrupulosa neutralidad política del propio Defensor y sus Adjuntos y de quienes con él trabajan en el ejercicio de sus funciones*". Ésta es la recomendación de conocidos juristas y exponentes del Derecho Público, y de los Defensores de Europa y América.

En Paraguay, algunos meritorios conductores de programas de radiodifusión, han brindado una asistencia de extraordinaria utilidad a los usuarios y beneficiarios de los servicios públicos, que suple en alguna medida al Defensor del pueblo, al que no se ha nombrado hasta la fecha. Es lamentable oír; no debería ocurrir, que los jefes o los responsables de la dirección de las empresas, públicas y privadas, solo se "mueven" de su cómoda silla, cuando un conocido cronista o comunicador, le reclama, o le increpa la falta de atención a los usuarios. Existe una gran indefensión ante la falta de atención y las eventuales arbitrariedades, y recurrir a los Tribunales significa tiempo y dinero. Sin embargo, puedo afirmar que hay funcionarios que por su idoneidad, eficacia y corrección merecen el reconocimiento y el estímulo de la ciudadanía.

Jorge CARPIZO³⁹⁸ ha apuntado algunas cualidades que debe reunir el Defensor del Pueblo. Su experiencia personal como Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, avalan sus palabras. Dice CARPIZO que "el *Ombudsman* es un órgano del Estado, no del gobierno. Es decir, es un órgano público creado por la Constitución o por la ley para que cumpla funciones públicas y cuyas atribuciones están expresamente señaladas por la propia ley, pero no es ni forma parte de ningún órgano de gobierno. Su naturaleza es parecida a la de aquellos tribunales administrativos de última instancia, o sea que sus resoluciones ya no pueden ser recurridas". Seguidamente, expresa el autor: "una regla de oro para el *Ombudsman* es que no debe ni puede ser amortiguador de disputas políticas. *El Ombudsman debe ser apolítico y apartidista* para evitar caer en controversias de carácter político, ya que si cayera en ellas, poco será lo que podría aportar al país y mucho perdería, porque el *Ombudsman* siempre *debe ser imparcial, y la sociedad debe estar segura de que sus recomendaciones son objetivas e imparciales. La imparcialidad es una de las notas más características del Ombudsman. Imparcialidad. Siempre y siempre imparcialidad*". Pero, bien aclara CARPIZO: "Indudablemente que el *Ombudsman* puede pertenecer a un partido político porque tiene derecho a ello, pero es saludable que él y sus principales colaboradores no hayan desempeñado ninguna actividad partidista durante los años anteriores a su designación; y si no son hombres de partido, mucho mejor".

Gordillo³⁹⁹, fue uno de los pioneros en América Latina, que planteó la necesidad de la creación del *Ombudsman*, por la insuficiencia de los controles existentes. Decía que el problema del tiempo y el coste no era con todo el único que tornaba insuficiente el

³⁹⁸ Jorge CARPIZO, *Derechos humanos y Ombudsman*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 54 y 55.

³⁹⁹ Agustín A. GORDILLO, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1981.

contralor jurisdiccional. Señalaba que estaba también la cuestión de la limitación de la revisión judicial a los aspectos vinculados a la legitimidad del acto, lo cual hace que todos los actos administrativos que son inconvenientes, o hasta gravemente inconvenientes, quedan exceptuados de aquel control. *“El particular tendría así tutela contra el acto ilegal, pero no contra el acto inoportuno, contra el ejercicio deficiente o defectuoso de la función administrativa que no alcancen a romper el orden jurídico”*.

QUINZIO FIGUEIREDO⁴⁰⁰, en Chile, contesta para aquellos que argumentan o pueden aducir que sería innecesaria esta institución por existir otros medios administrativos y judiciales para atender y sancionar los reclamos sobre esta materia: “puedo manifestar que si este organismo se hace necesario es, entre otros motivos que se han sugerido, por estar probada la insuficiencia de los otros medios de control. Los medios de control ya existente absorben sólo una fracción de los problemas en relación a todos los casos en que las personas afectadas tienen o creen tener derecho a una justa y equitativa decisión”.

VI. Régimen jurídico de los usuarios de servicios públicos y de interés general en Uruguay

VI. 1. Introducción

El examen del régimen jurídico del usuario de los llamados servicios públicos y de interés público en Uruguay debe comenzar por la delimitación de los dos aspectos que componen el objeto de estudio: la figura del usuario, que es cada persona, y la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta.

Comenzando por la **situación de la persona** frente a la Administración, es habitual hablar de *“administrado”* para designarla aún cuando “este término de administrado es, realmente, poco feliz; como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir una posición simplemente pasiva de un sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo... que llamamos Administración Pública. Sin embargo, esta connotación pasiva que el nombre de administrado evoca inevitablemente es inexacta hoy, tanto política como jurídicamente...”⁴⁰¹.

Por eso, se ha invitado a que “llamemos *persona* al sujeto pasible de tener relaciones con la Administración Pública, eliminando la equívoca expresión administrado”⁴⁰².

Sin embargo, el generalizado uso de la misma impide todavía erradicar su uso, lo que no implica el desconocimiento de la posición —no sólo pasiva, sino también

⁴⁰⁰ Jorge Mario QUINZIO FIGUEIREDO, *El Ombudsman. El Defensor del Pueblo*. Santiago de Chile, 1992, pp. 21 y 22.

⁴⁰¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Civitas, Madrid, 1993), 6ª edición, tomo II, p. 17.

⁴⁰² Daniel Hugo MARTINS, “No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio”, en *Anuario de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1996), tomo V, p. 61 y ss.

activa— en que se encuentra cada individuo (y las asociaciones intermedias posibles) ante las diversas Administraciones.

Por lo tanto, puede decirse que, entendido rectamente, el administrado es “cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración Pública o a sus agentes”⁴⁰³.

Mirado desde la óptica específica de los servicios que brinda la Administración, suele hablarse genéricamente de “usuario” —aunque también de “beneficiario” y de “cliente”, según se verá— para designar a “toda persona física o jurídica, considerada desde su posición privada respecto de la Administración o sus agentes, que ingresa —directa o indirectamente— en una relación concreta con ésta, singularizada por la utilización de un servicio prestado o controlado por la misma”⁴⁰⁴.

Respecto al segundo de los aspectos indicados al principio, el estudio de la variedad de cometidos a cargo de la Administración debe centrarse en la *servicialidad administrativa*. Durante muchos años el debate científico se ha centrado en la opción entre una concepción funcional del Derecho Administrativo, que pone el acento en la función administrativa como elemento definitorio de la disciplina, y una concepción orgánica centrada en la Administración como sujeto⁴⁰⁵.

Sin embargo, este dilema debe ser superado a partir del propio sentido etimológico de la palabra “administrar”, que proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa “servir a”. Quiere decir que la propia génesis de la palabra está poniendo de relieve el carácter servicial de la Administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección⁴⁰⁶.

A partir de dicha significación de base, resulta de lo antedicho que el vocablo “administración” admite dos acepciones:

- a) En sentido objetivo, es una *actividad* que se traduce en las tareas o cometidos direccionados al logro del aludido bien común, expresado generalmente en el Derecho positivo como interés público o interés general.
- b) En sentido subjetivo, es el conjunto de órganos que realizan dicha actividad, o sea, la *organización* que la tiene a su cargo y que suele denominarse como Administración pública (en singular) o Administraciones públicas (en plural) para significar su complejidad actual.

Por tanto, no se trata de puntos de vista contradictorios, sino de dos enfoques complementarios de un mismo objeto, que cuando aluden al concepto funcional escriben la palabra administración con “a” minúscula, mientras que cuando refieren al concepto orgánico lo hacen con “A” mayúscula⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, p. 19.

⁴⁰⁴ Cristina VÁZQUEZ, “El usuario de servicios”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VI, pp. 71 y ss.

⁴⁰⁵ Luciano PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho Administrativo* (Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1984), pp. 71 y ss. y 135 y ss.

⁴⁰⁶ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Uruguayo*, UNAM-Porrúa, México, 2005, p. 7.

⁴⁰⁷ Rolando PANTOJA BAUZA, *Bases generales de la Administración del Estado*, Ediar, Santiago, 1987, pp. 22 y ss.

Siendo así, a partir de la constatación de que el Derecho Administrativo está edificado sobre los pilares fundamentales de la teoría de la organización y de la teoría de la actividad⁴⁰⁸, corresponde destacar que el ámbito de esta última abarca, entre otros temas (como el acto administrativo y los contratos de la Administración), el estudio de las múltiples tareas que el ordenamiento jurídico pone a cargo de la Administración para servir a la colectividad a la que ella se debe (los cometidos).

Dichas tareas o cometidos dependen en su extensión de los fines que se persigan y del momento de la evolución del Estado de Derecho que se considere. Así, no son equivalentes los cometidos desarrollados en el Estado liberal (o Estado juez y gendarme), preocupado preponderantemente por brindar justicia y seguridad, que los asumidos por la Administración de un Estado intervencionista y conformador del orden económico y social. Por eso, ha sido habitual distinguir entre cometidos primarios y secundarios en atención a la variedad que ha traído la asunción de prestaciones propia del Estado social de Derecho que no existían en las etapas anteriores de la evolución estatal⁴⁰⁹.

Frente a la diversidad que plantea la multiplicidad de cometidos estatales en general y de la Administración en particular⁴¹⁰, adquiere singular relevancia la determinación del régimen jurídico correspondiente a cada uno de ellos y, por consecuencia, la situación en que se encuentra el administrado ante cada uno de los mismos.

VI.2. Categorización de los cometidos del Estado

Para caracterizar los denominados servicios públicos y de interés general, es preciso encuadrarlos dentro de las diversas clasificaciones de los cometidos estatales que se han expuesto por la doctrina especializada.

Para ello, se acudirá a los criterios más difundidos⁴¹¹, distinguiendo entre los propuestos por la doctrina comparada y nacional.

VI.2.1. Clasificaciones comparadas

Desde el punto de vista cronológico, corresponde mencionar en primer término el *criterio orgánico* de agrupamiento de los cometidos, coincidente con la distribución ministerial por materias imperante en algunos Estados europeos del siglo XIX, y que llevó a la diferenciación de cinco grandes áreas de actividad estatal⁴¹²: *relaciones exteriores, defensa, justicia, hacienda y fomento*.

En rigor, estos cometidos se corresponden básicamente con los llamados primarios propios del Estado liberal de Derecho.

⁴⁰⁸ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., pp. 10 y 11.

⁴⁰⁹ Carlos E. DELPIAZZO, "Los derechos fundamentales y la libertad económica", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 59 y ss.

⁴¹⁰ Enrique SAYAGUES LASO, "Los cometidos estatales", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XVII, N° 2-3-4, pp. 356 y ss.

⁴¹¹ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Especial*, A.M.F., Montevideo, 2006, volumen 1, p. 17 y ss., y *Derecho Administrativo Uruguayo*, ob. cit., pp. 319 y ss.

⁴¹² Daniel Hugo MARTINS, *Objeto, contenido y método del Derecho Administrativo en la concepción integral del mundo del Derecho*, F.C.U., Montevideo, 2000, pp. 358 y ss.

La insuficiencia del criterio orgánico inclinó a muchos administrativistas europeos, principalmente italianos, a procurar una sistematización de los diversos cometidos en función del fin perseguido.

Conforme a este *criterio teleológico*, se distinguió entre la actividad de *conservación*, comprensiva de la defensa externa y el mantenimiento del orden interno, y la actividad de *bienestar y progreso social*, subdividida a su vez según tuviera por objeto la vida física de la población, la vida económica o el progreso intelectual y moral de los habitantes⁴¹³.

Se trata de un reagrupamiento de los cometidos antes descritos conforme al criterio orgánico ya que la administración exterior, militar, de justicia y financiera hace al fin de conservación, mientras que el fomento dice relación con el fin de bienestar y progreso social.

Teniendo en cuenta el *criterio de los modos de intervención estatal*, de la mano de la doctrina europea de la primera mitad del siglo XX, comenzó a distinguirse entre los cometidos de *policía* y de *prestación* según la actuación administrativa se desarrollará en función del poder de imperio o no, pasándose pronto de esa clasificación binaria a la tripartita constituida por la policía, el servicio público y el fomento⁴¹⁴.

De acuerdo a esta trilogía, se distingue la actividad de *policía* o limitación, caracterizada por el uso de la coacción, del *servicio público*, singularizado por la asunción directa por la Administración de tareas prestacionales, y del *fomento*, abarcativo del resto de la actuación administrativa tendiente a canalizar las iniciativas de los particulares en función de una mayor utilidad general⁴¹⁵.

Se trata de un esquema relativamente sencillo en el que se diferencian tres tipos de cometidos, presididos cada uno de ellos por la idea de limitación (policía), gestión prestacional (servicio público) y estimulación (fomento) respectivamente⁴¹⁶.

En cuanto a la policía en sentido amplio, se la caracterizó precisamente en base a la potestad atribuida a las autoridades públicas para fijar limitaciones a las actividades de los particulares⁴¹⁷.

Respecto al servicio público, los autores de la escuela de Burdeos establecieron un concepto amplio⁴¹⁸, caracterizado esquemáticamente por tres elementos básicos:

- a) Un elemento teleológico, significado porque se tratara de una actividad tendiente a satisfacer necesidades de interés general.
- b) Un elemento subjetivo u orgánico, consistente en que la actividad estuviera a cargo de una entidad estatal.
- c) Un elemento formal, expresado en que la actividad se regule primordialmente por el Derecho Público.

⁴¹³ Guido ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, volumen 1, p. 26.

⁴¹⁴ Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 661 y ss.; y Juan Miguel DE LA CUETARA, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 90 y 91.

⁴¹⁵ Jean RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª edición, Dalloz, París, 1980, pp. 421 y ss.; y Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª edición, tomo II, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 105 y ss.

⁴¹⁶ José BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo*, 5ª edición, *Parte especial*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 58 y ss.

⁴¹⁷ Jean RIVERO, *Droit Administratif*, ob. cit., p. 424.

⁴¹⁸ Jorge SILVA CENCIO, *Servicio público y concesión de servicios*, A.M.F., Montevideo, 1980, pp. 15 y ss.

Con relación al fomento, se lo definió como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”⁴¹⁹.

A las indicadas tres categorías de cometidos, la doctrina española ha agregado otros, referidos a la *gestión económica*⁴²⁰, que agrupa las acciones administrativas de producción directa de bienes y servicios desarrolladas en concurrencia con los particulares, a la *mediación*⁴²¹ entre derechos y pretensiones de particulares, y a la *planificación* o planeamiento y la *preservación*⁴²² de bienes de especial valor, tales como el medio ambiente y el patrimonio artístico, histórico y cultural de la Nación.

Paralelamente, las sucesivas crisis de la noción de servicio público a las que se hará referencia más adelante, desembocaron en nuevas calificaciones —servicio universal o de interés general— abarcativas de distintas prestaciones a los habitantes que la Administración se encarga de regular y garantizar con independencia de quién las brinde.

VI.2.2. Clasificaciones nacionales

La doctrina uruguaya clásica, atendiendo principalmente al *criterio del régimen jurídico* bajo el cual se cumplen las diversas actividades estatales, ha distinguido entre cometidos esenciales, servicios públicos, servicios sociales, actuación estatal en el campo de la actividad privada, y aspectos administrativos de la regulación de ésta⁴²³.

Por lo que refiere a los *cometidos esenciales*, puede decirse que son aquellos inherentes al Estado en su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo, por lo que su régimen jurídico está pautado por la intensidad de las facultades de la Administración en relación al desenvolvimiento de los mismos, que ponen a los integrantes del cuerpo social en la situación de súbditos.

En cuanto a los *servicios públicos*, se entiende por tales aquellos desarrollados por entidades estatales o por terceros mediante su mandato expreso (a través de una concesión), para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de Derecho Público, cuya determinación requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal por cuanto implica sustraer la actividad respectiva del campo de la actividad privada. Sus destinatarios o usuarios se encuentran en una situación estatutaria, por cuanto la utilización del servicio respectivo los ubica en un régimen predeterminado.

⁴¹⁹ Luis JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en *Rev. de Estudios Políticos*, Madrid, 1949, n° 48, pp. 484 y ss.

⁴²⁰ Gaspar ARINO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, p. 244.

⁴²¹ Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, 7ª edición Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁴²² Luciano PAREJO ALFONSO y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 1996, p. 382.

⁴²³ Enrique SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1963), tomo I, pp. 52 y ss.; Julio A. PRAT, *Derecho Administrativo*, tomo I, Acali, Montevideo, 1977, p. 93 y tomo VI, vol. 1; Felipe ROTONDO TORNARIA, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Edit. Universidad, Montevideo, 1985, pp. 22 y ss.; y Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo III, n° 18, p. 345 y ss.

Los *servicios sociales* son aquellos desarrollados por entidades estatales o por particulares (a título de derecho propio) con fines eminentemente sociales, en un régimen que no es íntegramente de Derecho Público, cuyos destinatarios se encuentran en calidad de beneficiarios.

La *actuación estatal en el campo de la actividad privada*, especialmente en materia económica, nos ubica ante las tareas concretas que, en el ejercicio de la función administrativa, la Administración asume directamente, mediante autorización legal, o indirectamente, mediante la nacionalización de empresas o la participación en entidades privadas, en libre competencia (salvo monopolio), bajo un régimen predominante de Derecho Privado (sin excluir al Derecho Público), fundamentalmente en lo que refiere a la faz organizativa, y cuyos destinatarios se encuentran en posición de clientes.

Finalmente, *los aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada* refieren a aquellas tareas concretas de estimulación, constatación, orientación y fiscalización que la Administración realiza complementando la mera formulación de normas reguladoras.

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, el Derecho positivo uruguayo ha tomado en consideración el *criterio de la prestación* de los cometidos estatales, distinguiendo entre la titularidad del cometido y su efectivo desempeño⁴²⁴.

Así, desde la aprobación del Decreto N° 255/995, de 11 de julio de 1995, se ha comenzado a distinguir entre cometidos sustantivos y cometidos no sustantivos o de apoyo. Dicha diferenciación fue recogida por la ley de Presupuesto Nacional N° 16.736, de 5 de enero de 1996, al tenor de cuyo art. 708 “*sólo podrán ser Unidades Ejecutoras aquellas que tengan a su cargo cometidos sustantivos*”⁴²⁵.

En orden a la determinación del alcance de la noción de *cometidos sustantivos*, el art. 17 del Decreto reglamentario N° 186/996, de 16 de mayo de 1996, establece que “*son cometidos sustantivos las actividades referidas a la formulación de políticas, las de regulación y las de control, asignadas al Estado por la Constitución o la ley*”. Agrega que “*la prestación efectiva de los servicios será realizada directamente por el Estado sólo cuando ello esté impuesto por la Constitución o la ley, cuando su ejecución por los particulares no garantice la equidad en el acceso de la población a los mismos o cuando exista una relación adecuada entre el costo del servicio y el resultado obtenido*”.

A su vez, en cuanto a los *cometidos no sustantivos* o de apoyo, el art. 18 del citado Decreto señala, con carácter enunciativo (no taxativo), que no se consideran cometidos sustantivos los siguientes:

- a) Los servicios de talleres, imprentas, limpieza, mantenimiento, vigilancia, transporte de personas y cosas, arquitectura, certificaciones médicas, extensión técnica y científica, investigación asociada a la extensión, laboratorios, cantinas y similares.

⁴²⁴ Mariano R. BRITO, “Las nuevas formas de gestión de los cometidos estatales”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VI, Montevideo, 1998, pp. 9 y ss; y VVAA., *Introducción al estudio actualizado de los cometidos estatales*, F.C.U., Montevideo, 2000.

⁴²⁵ Cristina VÁZQUEZ, “Marco normativo de la reforma del Estado en la ley N° 16.736 y disposiciones reglamentarias”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 1997, N° 11-12, pp. 93 y ss.

- b) los que implican duplicaciones o superposiciones con otras Unidades Ejecutoras del mismo o de otro Inciso.

Para la efectiva prestación de los cometidos estatales, conforme a lo previsto en el art. 13 de dicha ley N° 16.736, “*facúltase al Poder Ejecutivo y a los órganos jerarcas de los demás Incisos comprendidos en el Presupuesto Nacional a contratar con terceros la prestación de actividades no sustanciales o de apoyo, en la forma que establezca la reglamentación*”. Avanzando aún más, la aludida reglamentación establece en su art. 22 que “*será contratada con terceros la prestación de los cometidos no sustantivos... así como la de aquellos cometidos no sustantivos o de apoyo cuya ejecución directa no se justifique*”⁴²⁶.

Por mi parte, antes de ahora y haciendo pie en la tradicional sistematización de los cometidos estatales ya descrita, he distinguido entre servicios esenciales, servicios públicos y servicios de libre prestación atendiendo al *criterio de la accesibilidad de los particulares a su desenvolvimiento*⁴²⁷.

Respecto a los llamados *servicios esenciales*, su régimen jurídico privativo del Estado determina que su prestación sólo pueda ser realizada por el Estado, razón por la cual está vedado su desempeño por terceros.

En cuanto a los denominados *servicios públicos*, a diferencia de los servicios esenciales, no se trata ya de actividad exclusiva de la Administración sino que también puede ser desempeñada por particulares bajo concesión. En nuestro Derecho, la expresión concesión comprende tanto actos como contratos. Así, son actos de concesión los usos privativos de bienes del dominio público, en tanto que son contratos aquellos mediante los cuales la Administración (concedente) acuerda con un tercero (concesionario) la ejecución con plazo de una obra o servicio, bajo su vigilancia y control, por cuenta y riesgo del concesionario, quien percibirá como retribución el precio que pagarán los usuarios.

En tercer lugar, bajo el rótulo de *servicios de libre prestación*, se engloban una serie de actividades diversas que tienen como común denominador la viabilidad de ser desenvueltos por particulares en ejercicio de un derecho propio. En ello radica la diferencia fundamental con los servicios públicos, donde el desempeño por los particulares supone un acto de autoridad concediéndoles la posibilidad de prestarlos.

Los principios que rigen esta categoría de servicios son los de libertad y subsidiariedad. Bajo el manto de los mismos, cabe distinguir tres tipos de servicios de libre prestación, a saber:

- a) Los servicios sociales, a los cuales ya se hizo referencia.
- b) Las actuaciones estatales en el campo de la actividad privada.
- c) Las demás actividades de interés público.

De lo que viene de decirse se desprende que, de acuerdo al criterio en análisis, no cualquier cometido estatal puede ser desempeñado por particulares (no pueden

⁴²⁶ Carlos E. DELPIAZZO, *Normas y principios de la contratación administrativa*, F.C.U., Montevideo, 2002, p. 22.

⁴²⁷ Carlos E. DELPIAZZO, *Manual de Contratación Administrativa*, tomo II, PRONADE-IEEM, Montevideo, 1994, pp. 64 y ss.; y *Contratación Administrativa*, reedición 2004, U.M., Montevideo, 1999, pp. 373 y ss.

serlo los servicios esenciales) y que aquéllos cuya naturaleza y régimen jurídico admite que puedan ser desenvueltos por particulares, presentan rasgos diferenciales. A su vez, también resulta distinta en cada caso la posición del destinatario del servicio de que se trate.

Complementariamente, atendiendo al *criterio de las esferas de acción* resultantes de las relaciones entre el Estado y la sociedad a la que éste se debe, se ha distinguido entre cometidos necesarios y subsidiarios, teniendo en cuenta las respectivas esferas de acción del Estado y de las personas, aisladamente consideradas o formando agrupaciones intermedias⁴²⁸.

Desde esta óptica, se consideran *cometidos necesarios* aquéllos que el Estado y sólo él puede cumplir, incluyendo los concernientes a la conservación (en lo interno y en lo externo) y a la orientación y coordinación de las distintas actividades individuales, sectoriales y sociales.

A su vez, son *cometidos subsidiarios* aquéllos que el Estado debe cumplir en ayuda de las actividades sociales, los cuales pueden revestir tres modalidades principales de acción:

- a) El fomento o estímulo de las actividades cumplidas por los diversos sectores sociales.
- b) La colaboración mediante la integración de esfuerzos con los particulares cuando la actividad social se cumple insuficientemente o deficientemente (en las áreas de salud, vivienda, etc.).
- c) La suplencia cuando falta la actividad social requerida por la comunidad o cuando la actividad de que se trate, por su naturaleza o por el poderío económico que comporta, puede ser perjudicial al interés general.

La Constitución uruguaya recoge este criterio, presidido por el principio de subsidiariedad, cuando dispone que el Estado “velará” por la estabilidad de la familia (art. 40), actuará “procurando” el perfeccionamiento de los habitantes (art. 44), “propenderá” a asegurar vivienda para todos, “facilitando” su adquisición y “estimulando” la inversión de capitales privados para ese fin (art. 45), y “orientará” el comercio exterior (art. 50), entre otras disposiciones.

VI.3. Perspectiva del administrado

La situación del administrado frente a los servicios públicos y de interés general puede ser mirada desde un doble punto de vista: como prestador y como receptor de los mismos.

Aún cuando interesa examinar especialmente la posición del receptor o usuario, se impone examinar cómo ha variado la consideración jurídica de los servicios de que se trata a través del tiempo, con lo que ello ha implicado en orden a la ampliación del campo de prestación de los mismos por sujetos diferentes al Estado.

⁴²⁸ José Anibal CAGNONI, “Estado y sociedad: el principio de subsidiariedad”, en *Rev. del Centro Latinoamericano de Economía Humana*, Montevideo, 1984, N° 29, p. 33 y ss.

VI.3.1. Del servicio público al servicio universal

De las clasificaciones sucintamente descritas se desprende que la noción de *servicio público* —quizás una de las más arduas que se pueda enfrentar en el ámbito del Derecho Administrativo⁴²⁹— ha venido experimentando una reconstrucción histórica y conceptual⁴³⁰.

A comienzos del siglo XX, necesidades prácticas y no meras especulaciones teóricas fueron las que llevaron a la doctrina francesa a intentar superar la ausencia de textos claros que deslindaran la competencia de los tribunales administrativos frente a los tribunales judiciales comunes mediante un principio general que permitiera reconocer cuáles son los litigios de competencia del juez administrativo, trazando las fronteras con la jurisdicción judicial.

En ese contexto, la noción del servicio público caracterizado en base a los señalados elementos teleológico, orgánico y formal se erigió como criterio definidor del Derecho Administrativo y, por ende, de la jurisdicción administrativa.

A mediados del siglo XX, la amplitud de tal noción encerró el germen de su crisis, conduciendo a su posterior acotamiento para designar el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho Público, según la definición que adquirió mayor difusión en nuestro país.

De tal definición ajustada se desprende la vinculación de la noción de servicio público con la de exclusividad (o monopolio en sentido económico) ya que se trata de “actividades desarrolladas por entidades estatales (solución de principio) o por su mandato expreso” (solución de excepción efectivizada a través de concesiones). Aunque no es éste el lugar para profundizar en la distinción entre monopolio y exclusividad⁴³¹, lo cierto es que ambos conceptos traducen la supresión de la libre competencia. Sin embargo, mientras que el concepto de monopolio se asocia a la actividad estatal en el campo de los servicios de libre prestación, la noción de exclusividad se vincula a la exclusión de otros prestadores del servicio público respectivo ya que la *publicatio* apareja su retiro del campo de la libertad de los particulares.

A fines del siglo XX, las restricciones propias del régimen clásico de los servicios públicos —económicamente monopólicos, de mínimos, uniformes— aparejaron su crisis terminal⁴³² y el afloramiento del llamado “nuevo modelo de servicios públicos competitivos”⁴³³.

Es así que en la puerta del nuevo siglo comienza a acuñarse la noción de *servicio universal*, especialmente en los países de la Unión Europea⁴³⁴.

⁴²⁹ Rubén Miguel CITARA, *El servicio público*, Parte I, E.C.A., Buenos Aires, 1995, p. 21.

⁴³⁰ Jorge Luis SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 17.

⁴³¹ Carlos E. DELPIAZZO, *Manual de Contratación Administrativa*, tomo II, Montevideo, 1993, pp. 93 y ss.; y *Contratación Administrativa*, U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004, p. 412 y ss.

⁴³² Julio Rodolfo COMADIRA, “El servicio público como título jurídico exorbitante”, en *Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 2003, N° 10.912, p. 1 y ss.; y Héctor A. MAIRAL, “La ideología del servicio público”, en *Rev. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, Año 5, N° 14, p. 359 y ss.

⁴³³ Gaspar ARINO ORTIZ y otros, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 25 y ss.

⁴³⁴ Ives POULLET y otros, “Servicio universal público en la política europea de telecomunicaciones”, en *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático*, Mérida, 1996, N° 12-15, p. 827 y ss.

Según la misma, el disfrute de las prestaciones propias del mismo por todos los ciudadanos debe ser garantizado sobre la base de principios como la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que estas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho.

Al presente, la apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, confiere exclusividad), se caracteriza básicamente por las siguientes notas⁴³⁵:

- a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino sólo de algunas tareas o actuaciones concretas dentro de aquél, de modo que, en lugar de declarar servicio público al todo, se precisa cuáles son las obligaciones o cargas de servicio universal que hay que garantizar a todos.
- b) El abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (de titularidad de la actividad a favor del Estado).
- c) La sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por un régimen abierto a la entrada en el sector (mediante concesión o autorización) y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas a garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica).

Consecuentemente, lo que define al servicio universal es la ordenación de la actividad de que se trate en procura de tres objetivos⁴³⁶:

- a) Un reparto equitativo de las cargas del servicio entre todos los operadores que actúan en el sistema.
- b) La configuración de un bloque de prestaciones básicas para todos los usuarios, que deben existir sea cual sea el grado de rentabilidad y el interés que puedan tener los operadores por invertir en ellas y mantenerlas.
- c) El establecimiento de normas sobre costes y demás aspectos que sean necesarios para fijar el contenido básico de las prestaciones que debe ofrecer cada operador.

Quiere decir que la prestación de determinados servicios es garantizada por el Estado, el cual, sin embargo, no se reserva la titularidad de esas actividades ni acude a modos de gestión directa, de modo que las actividades consideradas como servicio universal son básicamente privadas, pero están sometidas al control estatal. Dicho control se manifiesta mediante el carácter obligatorio de las actividades consideradas servicio universal, lo que implica que los prestadores están obligados a realizar esas actividades en igualdad de condiciones a todos los usuarios que las requieran. La nota que caracteriza a las actividades consideradas servicio universal es su accesibilidad: trátase de un conjunto definido de prestaciones que deben ser accesibles para

⁴³⁵ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Especial*, ob. cit., volumen I, p. 429 y ss.; y *Derecho de las Telecomunicaciones*, U.M., Montevideo, 2005, pp. 19 y ss.

⁴³⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, tomo II, Civitas, Madrid, 1998, pp. 116 y 117.

todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y de las condiciones económicas desfavorables para el operador.

Ahora bien: la determinación de qué actividades deben ser consideradas servicio universal no es una cuestión sencilla ni susceptible de generalizaciones o traspolaciones de un lugar a otro. Por eso, bien se ha dicho que el de servicio universal es “un concepto popular, pero fugitivo” ya que “se requiere un importante trabajo de análisis e interpretación para traspasar el concepto primario y llegar a determinar exactamente qué es el servicio universal en términos regulatorios y cómo esa definición general se compatibiliza con una implementación práctica específica”⁴³⁷, especialmente cuando el servicio es extremadamente heterogéneo, como ocurre en materia de telecomunicaciones.

En el referido contexto, aparece la noción del *servicio de interés general*, singularizado por tratarse de actividades, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades competentes y sujetas por ello a obligaciones de servicio público, es decir, a que su prestación se realice con continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia⁴³⁸.

Bajo esta perspectiva, lo que importa es cuáles son los servicios que los administrados deben poder usar, garantizando que los mismos sean prestados con igualdad, regularidad, generalidad y eficacia, con independencia de quién sea el prestador.

VI.3.2. Posición del receptor de servicios

Como ya dije en otra ocasión⁴³⁹, se impone como punto de partida la extensión del concepto de usuario. Es decir, cualquier persona que se sitúe frente a un servicio público (independientemente de quien se los preste) como receptor del mismo es un “usuario”.

Ya no se trata exclusivamente del usuario de los servicios públicos en el sentido clásico⁴⁴⁰ sino que, independientemente de éstos, refiere a todo sujeto que recibe una prestación en la que prima una actividad de servicio por encima del suministro de bienes (aunque puede implicarlo accesoriamente) y que lo ubica en una relación concreta como consecuencia de un servicio prestado por la Administración o bajo su control.

Con ese alcance, comprende —en expresiones que han ido ganado espacio⁴⁴¹— al “beneficiario” de los servicios sociales y al “cliente” de los servicios comerciales e

⁴³⁷ Andrés M. CERISOLA, *Las telecomunicaciones en un mundo en competencia*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pp. 121 y ss.

⁴³⁸ L. MARTÍN REBOLLO, “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro de homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 640; G. MARCOU, “De l’ idée de service public au service d’ intérêt general”, en *L’ idée de service public dans le Droit des Etats de l’ Union Européenne*, Harmattan, París, 2001, pp. 375 y ss.; y Diego ZEGARRA VALDIVIA, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 229 y ss.

⁴³⁹ Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, U.M., Montevideo, 1998, p. 92.

⁴⁴⁰ Enrique SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., tomo I, p. 74 y ss.

⁴⁴¹ León CORTIÑAS PELÁEZ, “Teoría general de los cometidos del poder público”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo II, N° 13-14, p. 12 y ss, y N° 15, p. 150 y ss.

industriales, además del clásico “usuario” de los servicios públicos tradicionales. Terminológicamente, se opone al “consumidor” de bienes o cosas.

La aludida *expansión conceptual* puede considerarse consecuencial de los procesos de reforma en los que nos encontramos inmersos, orientados por la libre concurrencia en lo económico (tanto a nivel interno como regional y mundial) y por el principio de subsidiariedad de la acción estatal en lo jurídico, en los que se pone el énfasis más que en el productor (de bienes) o en el prestador (de servicios), en el consumidor de aquéllos o en el usuario de éstos⁴⁴².

Ello conduce a superar enfoques privatistas de protección del usuario (preocupados por la responsabilidad del fabricante, las cláusulas abusivas y de adhesión, etc.) para poner el acento en la generación de marcos regulatorios públicos capaces de dar seguridad jurídica a las partes en la relación jurídica emergente del servicio de que se trate, superando lo que se ha dado en llamar las imperfecciones del mercado (vinculadas a la posición dominante del proveedor, el déficit de información del usuario, etc.).

Podría hablarse de una nueva etapa de la “edad administrativa”⁴⁴³ singularizada por la presencia de un Estado regulador y controlador más que un Estado prestacional. Como bien se ha dicho, la irrenunciable presencia del Estado como gestor del bien común se traduce hoy en que el Estado no protagoniza la escena económica decidiendo como productor, comerciante o industrial, sino fijando las reglas de un nuevo comportamiento comunitario y controlando que ellas se cumplan⁴⁴⁴.

Por eso, los procesos de transformación estatal no pueden ser una mera reducción del tamaño del “Estado aparato”, sino que implican necesariamente repensar las relaciones entre la sociedad y el Estado, fortalecer a éste en lo que le es propio (particularmente, la fijación de políticas sectoriales y la regulación y control de la actividad privada), y encarar el desafío de la integración.

VI.4. Conclusiones

En la medida que los servicios públicos actuales, aún cuando son prestados por particulares, continúan siendo cometidos del Estado que éste está obligado a garantizar en su continuidad, regularidad, igualdad y eficacia, la presencia estatal no se manifiesta actualmente tanto en la gestión directa cuanto en la fijación de reglas y el control de su cumplimiento⁴⁴⁵.

Mientras que en el pasado, el sistema que rigió se caracterizó por la concentración de los poderes regulatorios y de fiscalización en las propias entidades estatales a cargo de los servicios, con el advenimiento de lo que ha dado en llamarse “nuevo servicio público”, se produce la aparición de Unidades reguladoras, que operan un

⁴⁴² Hernán CELORRIO, “Monopolios y exclusividades”, en *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*, I.E.E.M., Montevideo, 1993, pp. 116 y ss.

⁴⁴³ León CORTIÑAS PELAEZ, “Estado democrático y Administración prestacional”, en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXII, N° 1-4, pp. 87 y ss.

⁴⁴⁴ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss.

⁴⁴⁵ Carlos E. DELPIAZZO, “Regulación y control de los servicios públicos”, en *Rev. de Derecho Público*, Montevideo, 2004, N° 26, pp. 31 y ss.

sensible impacto sobre la organización y la actividad de regulación y control de los servicios públicos⁴⁴⁶, tanto con carácter general como en nuestro Derecho positivo.

Desde el punto de vista estático o de la teoría de la organización, algunos países han optado por la configuración de “entes” reguladores y de control personificados —como es el caso brasileño⁴⁴⁷ o argentino⁴⁴⁸— mientras que otros han establecido simplemente “órganos” reguladores y de control dentro de entidades estatales ya existentes, como acontece en el caso uruguayo⁴⁴⁹.

Desde el punto de vista dinámico o de la teoría de la actividad, una primera aproximación al examen de estos entes u órganos revela su inserción en un marco de reparto de competencias, en el que corresponde diferenciar:

- a) La planificación y fijación de políticas a cargo del Poder Ejecutivo.
- b) La regulación y el control a cargo de entes u órganos con especialización y autonomía técnica, organizados según distintos modelos posibles.
- c) La prestación de la actividad concreta, tanto por operadores públicos como privados.

En ese marco, como consecuencia de la toma de conciencia por el Estado de la lógica de los mercados, han comenzado a desarrollarse instrumentos de tutela específicos direccionados a proteger y garantizar al “usuario” de los servicios, entendida la expresión en su sentido más amplio.

Los mismos responden a la nueva óptica de privilegiar al usuario frente al prestador, cualquiera sea éste, considerando no sólo al “efectivo”, sino también el “eventual”, en orden a la previsión de mecanismos que posibiliten su acceso al servicio.

Desde tal perspectiva, corresponde señalar la importancia de los *marcos regulatorios* de los distintos servicios, dictados con el objetivo de establecer reglas claras, estables y apropiadas, que ofrezcan a los interesados certeza y pluralidad de opciones⁴⁵⁰.

En íntima conexión con lo anterior, se hace necesaria la previsión de *mecanismos de control* que deben estar separados de las autoridades concedentes. Así como el que legisla no ejecuta ni juzga la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella, y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, el que concede u otorga un servicio no debe ser el que lo controle; se trata de una actualización del principio de división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos.

Tal fiscalización debe confiarse a órganos dotados de cierta independencia —en nuestro Derecho, se ha utilizado reiteradamente la calificación de “autonomía técnica”— con funciones de regulación en aspectos técnicos, y que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, con sujeción al necesario control jurisdiccional.

Asimismo, cabe destacar la instrumentación de *procedimientos administrativos adecuados* de reclamación en caso de defectos en la prestación del servicio o denegación

⁴⁴⁶ Carlos E. DELPIAZZO, *Desafíos actuales del control*, F.C.U., Montevideo, 2001, pp. 16 y 19 y ss.

⁴⁴⁷ Paulo Roberto FERREIRA MOTTA, *Agencias Reguladoras*, Manole, Curitiba, 2003, pp. 95 y ss.

⁴⁴⁸ Nidia Karina CICERO, *Servicios públicos. Control y protección*, E.C.A., Buenos Aires, 1996, pp. 67 y ss.

⁴⁴⁹ Carlos E. DELPIAZZO, *Desafíos actuales del control*, ob. cit., p. 30 y ss.

⁴⁵⁰ Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo Especial*, ob.cit., volumen 1, p. 433 y ss., y volumen 2, pp. 204 y ss.

de los mismos, así como procesos jurisdiccionales abreviados que permitan obtener la prestación pretendida. Obvio resulta señalar que la previsión de tales procedimientos administrativos en sede de los órganos reguladores nos ubica ante actos y trámites típicamente administrativos regidos por las normas respectivas y susceptibles de impugnación conforme al régimen general.

De modo particular, interesa señalar la revitalización de la audiencia pública como procedimiento idóneo para el control de determinados aspectos de los servicios privatizados.

Finalmente, se impone hacer caudal de las reglas de *defensa de la competencia* ya que el nuevo Derecho Público de la competencia se traduce en una más efectiva tutela de consumidores y usuarios al permitirles adquirir mejores productos y servicios a menores precios.

VII. La participación de los usuarios en los servicios públicos desde el Derecho Administrativo venezolano

VII.1. Introducción

El régimen jurídico de los consumidores y usuarios queda comprendido, en parte, dentro del Derecho Administrativo, evidenciándose la evolución que esta disciplina ha tenido, muy especialmente, al socaire de la cláusula del Estado social. De un régimen propio de Derecho Privado, el estatuto de los usuarios pasa a estar regulado también por normas de Derecho Administrativo, a partir de tres aristas que convendría distinguir: la *protección y defensa* de los usuarios frente a los proveedores; la *garantía de acceso* de los usuarios a bienes y servicios considerados esenciales y, por último, la *participación* de los usuarios en los servicios públicos. Reconocimiento de las *situaciones subjetivas* de los particulares, incluso, en su condición de consumidores y usuarios⁴⁵¹.

Nuestro estudio versará sobre la tercera de las aristas indicadas: participación de los usuarios en los servicios públicos. Tal participación deriva de un derecho de mayor amplitud, que es el derecho de los particulares a participar en actividades y tareas propias de la Administración. En efecto, particularmente a partir de mediados del siglo pasado, luego de la Segunda Guerra Mundial, la participación de los administrados en el desarrollo de la actividad administrativa se convirtió en realidad de forzoso estudio para el Derecho Administrativo. La doctrina insistentemente llamó la atención sobre este particular. Gastón JEZE explicaba, así, que para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, los agentes a cargo de ellos solicitan

⁴⁵¹ La evolución de la protección jurídica de las situaciones subjetivas de los particulares frente a las Administraciones públicas, como signo propio del Estado de Derecho, ha avanzado hasta reconocer también la protección del *status* de los particulares en su condición de consumidores y usuarios. Véase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 297 y ss.

frecuentemente el auxilio y colaboración de los particulares, con lo cual éstos, en palabras de ALESSI, fungen como auténticos sujetos auxiliares de la Administración Pública, pero sin llegar a identificarse subjetivamente con ella. La complejidad de la labor de la Administración —Marienhoff— es demasiado pesada para que ella, por sí sola, pueda llevarla a buen fin⁴⁵².

SANTOFIMIO GAMBOA, más recientemente, ha sostenido que no puede entenderse una concepción social del Estado sin la intervención activa de la comunidad en sus principales decisiones: esa participación es, entonces, una forma de presencia institucional de los particulares. Se habla, así, de una *Administración impropia* —SANTAMARÍA PASTOR— para aludir a las múltiples formas de participación ciudadana en el desarrollo de actividades administrativas. Participación ciudadana que propende, también, al mayor control sobre la Administración (GORDILLO). Dentro de esta línea Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ subrayan que la participación de los administrados es una herramienta útil para implementar controles sobre el ejercicio de potestades discrecionales, aun cuando advierten que dicha participación en modo alguno legitima el actuar de la Administración: tal legitimación ha de provenir de la Ley⁴⁵³.

El fenómeno no es, en absoluto, desconocido en Venezuela. Allan BREWER-CARÍAS ha apuntado que el progresivo e inflacionario aumento de la intervención del Estado choca frontalmente contra el dogma de la acción unilateral de la Administración. De allí que, en su opinión, la participación de los administrados debe propugnarse sólo desde el prisma de la defensa *personal* de sus derechos e intereses; antes por el contrario, es la defensa de los llamados *intereses difusos y colectivos* la que reclama una participación más amplia en las tareas que asume la Administración. De igual manera, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ ha señalado que el derecho de participación ante las Administraciones Públicas puede hacerse efectivo a través de dos formas básicas: mediante la facultad del administrado de entrar en conocimiento de los documentos relativos al procedimiento y mediante la intervención del administrado en la adopción de la decisión final⁴⁵⁴.

Es desde esta perspectiva que asumiremos el tema de nuestro estudio. El servicio público ha sido, tradicionalmente, una actividad inherente a la Administración, al extremo que suele incluirse dentro del contenido de la actividad administrativa, como la *actividad administrativa de servicio público*. Tal concepción del servicio público relegaba a los usuarios a la mera situación de beneficiarios de los servicios públicos

⁴⁵² Véanse Renato ALESSI, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 56 y ss.; Gastón JEZÈ, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 87 y ss., así como MARIENHÖFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 34 y ss.

⁴⁵³ Véanse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 85 y ss.; Agustín GORDILLO, *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss. y Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, Universidad Externado, Bogotá, 2003, pp. 156 y ss.

⁴⁵⁴ Véanse Allan BREWER-CARÍAS, "El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas", en *Revista de Derecho Público número 22*, Caracas, 1985, pp. 5 y ss., y Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Cuatro temas álgidos de la Constitución venezolana de 1999*, Ex Libris, Caracas, 2004. Nos remitimos a lo que hemos expuesto en José Ignacio HERNÁNDEZ G., "La participación de los administrados en la actividad y funciones administrativas", en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 185 y ss.

y luego, tímidamente, a una posición más activa, hasta reconocer la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la prestación debida del servicio público, lo que permitió la extensión de la tutela judicial frente a la inactividad de la Administración, muy especialmente, frente a la inactividad prestacional⁴⁵⁵. En Europa, se llegó a reconocer el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, en la Carta de los Derechos Fundamentales⁴⁵⁶.

La protección jurídica de los usuarios frente al servicio público avanzó incluso más, a fin de reconocer no ya su derecho de acceso a tales servicios, sino además, su derecho a participar en la ejecución misma del servicio de diferentes formas: directamente (cuando los usuarios asumen la gestión de los servicios); en el control del servicio público y en la participación en la regulación del servicio público. Ello responde a lo que Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ ha denominado la “centralidad” de los usuarios: el Derecho Administrativo no pivota ya sobre el concepto de prerrogativa o potestad, sino sobre el ciudadano y su posición jurídica activa que es reconocida y tutelada, afirmándose que “la posición jurídica de los usuarios es una cuestión medular del nuevo Derecho Administrativo de los servicios públicos y de los servicios de interés económico general”⁴⁵⁷. De manera similar, Domenico SORACE ha sostenido que “el ciudadano no debe ser considerado como un súbdito, constreñido a sufrir la imposición unilateral de reglas que limitan su autonomía y libertad de comportamiento, sino como un usuario de servicios (*usager*) y como tal beneficiario de la acción del Estado, que debe ya tomar parte activamente en las actividades económicas y sociales”⁴⁵⁸. Hasta tal punto que, entre nosotros, al catálogo de principios generales del servicio público se ha acuñado el de participación (ARAUJO-JUÁREZ)⁴⁵⁹.

Lo anterior va de la mano de la noción vicarial de Administración Pública que asume el artículo 141 de la Constitución de Venezuela. Que la Administración esté al servicio de los ciudadanos supone una especial vinculación de la Administración a los derechos e intereses de los particulares, especialmente en lo que respecta a la prestación de aquellas actividades consideradas servicios públicos. Esta noción servicial, además, debe ser interpretada en el contexto de la cláusula del Estado social, lo que implica una permanente vocación orientada a la promoción de condiciones reales y efectivas de igualdad y libertad (artículo 21.1 de la Constitución)⁴⁶⁰.

La noción vicarial de la Administración envuelve, al menos, tres principios inherentes a tal concepto. Según el *primero*, la Administración es, ante todo, una Administración subordinada, obediente: afirmación conceptual del principio de legalidad, bajo la tesis

⁴⁵⁵ Por todos, véase Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 56 y ss.

⁴⁵⁶ Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 677 y ss.

⁴⁵⁷ *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 154

⁴⁵⁸ *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Palestra, Lima, 2006, p. 16.

⁴⁵⁹ *Derecho administrativo. Parte general*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 423 y ss.

⁴⁶⁰ Es de advertir la notable influencia de la Constitución de España de 1978 en la redacción de los artículos 21.2 y 141 de la Constitución de Venezuela de 1999, precitados. Puede verse sobre estas normas, en España, a ob. cit. Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, ob. cit., pp. 155 y ss.

desarrollada por A. MERKL. El *segundo* principio implica el carácter instrumental de la Administración: ella es el vehículo por medio del cual el Estado entra en relación con los particulares para la gestión del interés público, que es la nota distintiva aportada por un sector de la doctrina, como BONNARD y ZANNOBINI. Por último, y en *tercer lugar*, encontramos la nota de *objetividad*: la Administración sirve a los ciudadanos, lo que es igual que decir que ella sirve al interés general y no a determinada parcialidad política. Como resume Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos”⁴⁶¹.

El artículo 141 de la Constitución de 1999, dentro del contexto marcado por la cláusula del Estado social⁴⁶², permite establecer que el régimen de los servicios públicos —con las precisiones conceptuales debidas que haremos más adelante— pivota en torno a la situación subjetiva de los usuarios, no sólo en cuanto a la garantía de atención de los derechos prestacionales sino también, garantizando la activa participación de esos usuarios en la regulación, control y gestión de las actividades consideradas servicios públicos.

VII.2. Una difícil aproximación al objeto de nuestro estudio: Usuarios y servicio público

Pero antes abordar las formas de participación de los usuarios en los servicios públicos, debemos asumir una tarea incómoda: definir el objeto de nuestro estudio y, por ello, entrar en el engorroso tema del servicio público como concepto jurídico. De inmediato advertimos que nuestra intención, en esta primera sección, es bastante modesta: la definición de servicio público y consumidores se realizará, *exclusivamente*, de cara a precisar el objeto de nuestro estudio, cual es la participación de los usuarios en los servicios públicos, desde la perspectiva del Derecho venezolano.

VII.2.1. El concepto de servicio público en Venezuela: *El abandono de cualquier categoría formal y la preeminencia de una noción sustantiva, propia del Estado social*

Decir que no ha habido nunca un concepto jurídico preciso de servicio público es ya lugar común en el Derecho Administrativo. Se trata, en todo caso, de una innegable realidad. Desde la primigenia decisión *Blanco* hasta nuestros días, el servicio público ha transcurrido por un largo devenir, en el cual ha pasado varias crisis, unas, conceptuales; otras, de fondo, por la llamada crisis del Estado social, que es otro tópico de uso común. Al punto que, como advierte CHEVALLIER, plantear la crisis

⁴⁶¹ *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 88.

⁴⁶² En general, sobre el impacto de esta cláusula en el Derecho venezolano, nos remitimos a lo tratado en José Ignacio HERNÁNDEZ G., “Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Tomo I*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2006, pp. 261 y ss.

del servicio público es, cuando menos, un planteamiento un tanto retórico⁴⁶³. Largo transcurrir del servicio público en el cual, para ahondar la imprecisión conceptual, al término se le han adosado innumerables calificativos: propio, impropio, virtual, comercial e industrial. De reciente data, y dentro de la complejidad del Derecho de la Unión Europea, ha proliferado el uso de la expresión servicios de interés económico general que, sin excesivo pudor, ha sido trasladada sin más a Latinoamérica, como ha sucedido en Venezuela⁴⁶⁴.

Todo este complejo panorama —cuyo estudio excede, obviamente, el ámbito de nuestro estudio— puede resumirse, en apretada síntesis, en las dos *visiones* que el servicio público ha tenido en Venezuela: una formal y la otra material. Según la primera visión, el servicio público supone siempre una restricción a la libertad económica, en especial, por la *publicatio* inherente a su concepto. Que una actividad sea declarada servicio público supone que ella ha sido asumida por el Estado restringiéndose en consecuencia la libertad económica. No se trata ya de una actividad privada, sino de una actividad propia de la Administración, de una actividad administrativa. Otra visión coloca el acento, no en las técnicas de regulación del servicio público —que como tales, además de intercambiables, pueden variar notablemente— sino en un aspecto sustancial: el servicio público engloba al conjunto de actividades prestacionales que satisfacen necesidades colectivas esenciales, básicas para el desarrollo de derechos fundamentales y para la convivencia social. Que tales actividades estén o no reservadas al Estado o que ellas sean prestadas por particulares o por la propia Administración no deja de ser una cuestión, si se quiere, accidental⁴⁶⁵. Lo relevante es que existen una serie de servicios cuya prestación debe *asegurar* la Administración como consecuencia directa de los mandatos positivos derivados de la cláusula del Estado social de Derecho, contemplada en el artículo 2 de la Constitución venezolana, réplica del artículo 1 de la Constitución de España de 1978. Servicio público interpretación en estrecha relación con la tesis de la *procura existencial* de FORSTHOFF⁴⁶⁶, y frente al cual la Administración asume, como primera obligación, la de garantizar su prestación en condiciones de igualdad, mutabilidad, generalidad

⁴⁶³ Cfr. Jacques CHEVALLIER, “Regards sur une évolution”, en *Le Service Public. Unité et diversité*, número especial de *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, de 20 de junio de 1997, París, pp. 8-15.

⁴⁶⁴ Nos remitimos a lo exponemos, sobre este punto, en José Ignacio HERNÁNDEZ G., *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 273 y ss. Hemos sido críticos en cuanto a la posibilidad de trasladar a Venezuela, sin más, el concepto de servicios de interés económico general, pues él surge en Europa como medida para lograr el consenso conceptual en un tema —el del servicio público— tan dispar en los ordenamientos de los Estados miembros de la hoy Unión Europea. Se trata, para nosotros, de un concepto *exclusivamente* europeo, que puede ser de referencia en el resto de iberoamérica, pero que mal podría trasladarse sin más a nuestro Derecho interno, como se pretendió en Venezuela con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000.

⁴⁶⁵ Con razón, por ello, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ ha apuntado que el servicio público es una técnica más a la que puede acudir la Administración. Véase “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, pp. 59 y ss.

⁴⁶⁶ La cláusula del Estado social de Derecho ha sido interpretada, en Venezuela, a la luz de la doctrina de la procura existencia de FORSTHOFF. El planteamiento de Forsthoff sobre la *Administración aportadora de prestaciones* y la *procura existencial* está contenido en *Tratado de Derecho Administrativo*, Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 35 y 63 y *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 76 y 77. Véase también, sobre este tema, a Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en “La configuración jurídica de la Administración Pública y el Concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, *Revista de Administración Pública número 38*, Madrid, 1962, pp. 37 y 38.

y, en fecha más reciente, universalidad. Es decir, que ha de garantizarse el acceso a tales servicios a todos los usuarios, con independencia de su ubicación geográfica, y a un precio asequible⁴⁶⁷.

Nosotros nos hemos inclinado siempre por la segunda posición, aun cuando, en el Derecho venezolano, prevalece la primera⁴⁶⁸. Así, entendemos que toda restricción a la libertad económica debe ser de texto expreso, no bastando la mera calificación de una actividad como servicio público para derivar, implícitamente, la existencia de limitaciones e, incluso, de la propia reserva sobre la actividad⁴⁶⁹. Frente al servicio público la Administración asume una obligación específica, jurídicamente tutelable: ella ha de garantizar la efectiva prestación de este servicio, muy especialmente si él se orienta a asegurar la eficacia de derechos prestacionales, que son típicos derechos de igualdad. A fin de garantizar la prestación de estas actividades, la Administración asumirá las dos técnicas de actuación tradicionales estudiadas en Alemania por Bachof y Wulff, y brillantemente desarrolladas por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: actividad de prestación o actividad de limitación⁴⁷⁰. Así, frente al servicio público, la Administración puede asumir directamente su prestación o limitar la conducta de los particulares que han asumido la gestión de tal servicio. Se insiste, que tal actividad esté o no reservada al Estado no deja de ser baladí. Como entendiera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, no toda actividad declarada servicio público está reservada al Estado ni toda actividad reservada al Estado es servicio público (sentencia de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González Sosa*).

La imprecisión conceptual del servicio público, junto a la tradicional confusión en torno a su relación con la *publicatio*, nos han llevado a sostener la inutilidad de ese concepto de cara al ordenamiento positivo venezolano. Calificar a una actividad económica como servicio público, sin ningún elemento adicional, es una declaración vacía, inútil. Ha de preferirse, pues, un concepto sustancial, relacionado con necesidades básicas y esenciales, en especial, vinculadas con la satisfacción de derechos prestacionales, frente a las cuales la Administración, de cara a garantizar su efectiva atención, asume dos actividades: limitación y prestación⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Nos referimos al concepto de servicio universal, recogido en Venezuela en la ordenación sectorial de las telecomunicaciones. Nos remitimos a lo que exponemos en José Ignacio HERNÁNDEZ G., *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 17 y ss.

⁴⁶⁸ Nuestra posición ha sido desarrollada en José Ignacio HERNÁNDEZ G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano”, publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 82, Caracas, 2002, pp. 47 y ss. La tesis contraria puede verse en LINARES BENZO, Gustavo, “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 914-920. Una posición intermedia es la asumida por Allan R. BREWER-CARÍAS, para quien el servicio público entraña, siempre, restricciones a la libertad económica (“Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1981, pp. 65-71).

⁴⁶⁹ Con lo cual el concepto de servicio público no es incompatible con la libertad económica. En Venezuela, puede verse a Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 313 y ss.

⁴⁷⁰ *Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 300 y ss.

⁴⁷¹ En similar sentido, véase Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, ob. cit., 162 y ss. Forzosa es la remisión al clásico trabajo de Luis MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública número 100-102, Tomo II*, Madrid, 1983, pp. 2.529-2.531 y 2.538-2.542.

VII.2.2. El concepto de usuario y status dentro del Derecho Administrativo

El concepto de usuario es propio del Derecho Mercantil. Con él se alude a quien demanda la prestación de servicios, junto con el *consumidor*, que demanda la provisión de bienes. El régimen entre el proveedor de servicios y el usuario respondía, pues, a una típica relación jurídico mercantil. La *publicización* del Derecho Mercantil y muy en especial, el advenimiento del Derecho de protección de los consumidores y usuarios luego de la Segunda Guerra Mundial dieron un nuevo giro a esa situación. A partir de su consideración como *débil jurídico*, el usuario pasa a ser objeto de especial tutela por parte de la Administración. Asimismo, la aparición de derechos prestacionales en la Constitución reforzó la tutela judicial de los usuarios, asegurándose así el acceso efectivo a las prestaciones necesarias para la satisfacción de tal derecho.

Frente al servicio público, el usuario es entonces el sujeto que recibe la prestación, cuya tutela asume la Administración bajo los dos cauces antes trazados: protección en su condición de débil jurídico; también, protección para garantizar la afectiva satisfacción de los derechos prestacionales en juego. Esa tutela es asumida por el Derecho Administrativo, primero, mediante el régimen general de los consumidores y usuarios: es común, así, la previsión de reglas especiales para los usuarios de servicios públicos, muy especialmente, de aquellos servicios domiciliarios, como sucede en Venezuela⁴⁷². También, esa tutela es desarrollada de manera sectorial, mediante el diseño de reglas que conforman los ordenamientos jurídicos sectoriales a los que se someten determinadas actividades, como sucede por ejemplo en el sector bancario.

La tutela de los usuarios frente a las actividades consideradas servicios públicos responde, pues, a la actividad administrativa de limitación, en tanto se parte de la *posición pasiva* del usuario. Pero cabe también la tutela de la *posición activa*, esto es, la participación del usuario en la gestión, control y regulación del servicio público, que será el punto tratado en este estudio.

Cabe advertir por último que la protección de la situación jurídico-subjetiva del usuario es ajena a la problemática conceptual del servicio público. Desde la Constitución es posible afirmar que la Administración está emplazada a asegurar no sólo el acceso de los usuarios a prestaciones esenciales y básicas, sino que, además, ella debe garantizar también la activa participación de los usuarios en la gestión, control y regulación del servicio público. Garantía de acceso a los servicios públicos que incluye, en los términos del artículo 117 constitucional, la garantía de la libre selección de los servicios de calidad, pues no debe perderse de vista que la tutela de la situación subjetiva de los usuarios de los servicios públicos es garantizada en la Constitución de 1999 en el marco del sistema de economía social de mercado que

⁴⁷² La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en Venezuela, ha desarrollado muy parcamente el régimen de protección de los derechos de los usuarios frente a los servicios públicos domiciliarios. Véase Faustino FLAMARIQUE, "Protección de los consumidores en las operaciones de crédito al consumo y en los servicios públicos domiciliarios", en *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Caracas, 2005, pp. 96 y s. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario sigue, de cerca, a la legislación argentina. Sobre ello, véase a Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 265 y ss.

recoge ese Texto fundamental. Economía social de mercado, es decir, los usuarios tendrán derecho a la selección del proveedor de su preferencia, lo que implica, por ende, concurrencia de operadores, incluso, en la prestación de servicios públicos, dado que la exclusiva en su gestión ha sido prevista con un marcado carácter excepcional en el artículo 113 constitucional⁴⁷³.

VII.3. La participación de los usuarios

VII.3.1. La participación de los usuarios en la gestión de los servicios públicos

La primera modalidad de participación de los usuarios en los servicios públicos es a través de su gestión. La gestión de las actividades prestacionales declaradas servicio público es confiada a los propios usuarios, en una suerte de “autoprestación” del servicio. Tal gestión se llevará a cabo a través de los títulos habilitantes mediante los cuales pueda llevarse a cabo la prestación de tal actividad, lo que a su vez dependerá de la existencia de una reserva expresa. Si tal reserva ha sido declarada, la gestión se llevará a cabo a través de concesión; en caso contrario, el título habilitante será la autorización.

La participación de los usuarios en la gestión de los servicios públicos es común en el ámbito local, como mecanismo de “descentralización” de los servicios públicos hacia la comunidad organizada. Así lo ha previsto la Constitución de Venezuela de 1999 en su artículo 185, que regula la transferencia a las “comunidades y grupos vecinales organizados” de los servicios gestionados por los Estados y Municipios, previa acreditación de su capacidad para prestarlos. Se ha previsto, en tal sentido, el principio de corresponsabilidad en la gestión de los gobiernos estatales y locales, en tanto la responsabilidad en cuanto a la prestación de los servicios públicos no es, constitucionalmente, exclusiva función del Estado, sino también de la comunidad organizada. Aun cuando la norma que se comenta no establece la forma a través de la cual la comunidad prestará tales servicios, sí hay una clara intención de estimular formas empresariales autogestionarias y cogestionarias, denominadas genéricamente “empresas de la economía social” (artículo 185.4).

El precepto ha tenido un desarrollo bastante tímido, destacando la regulación de los modos de gestión de los denominados servicios públicos locales, esto es, las actividades prestacionales cuya ordenación es competencia del Municipio, dentro de los que ubicamos a los servicios públicos domiciliarios. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, reformada en 2006, ha establecido que los Municipios deben propender a estimular la creación de “empresas de la economía social” para la gestión de los servicios públicos, norma que, sin embargo, no precisó el régimen aplicable a tal gestión. De igual manera, y más en especial, la Ley promueve la gestión de los

⁴⁷³ Ello conecta directamente a los usuarios con el derecho de libertad económica, reconocido en el artículo 112 de la Constitución de 1999. En todo caso, la Constitución, aun cuando reconoce que la provisión de bienes y servicios ha de responder a la concurrencia de operadores económicos (públicos y privados) que permitan la libre selección de los usuarios, también impone límites precisos a la libertad económica y a la libertad de selección de los usuarios en el contexto de la cláusula del Estado social de Derecho.

servicios públicos locales por la comunidad organizada, de acuerdo a lo establecido en la Ley local (Ordenanza) y en la Ley estatal (artículo 278).

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal ha puesto especial énfasis en regular el procedimiento a través del cual la comunidad organizada acreditará su capacidad para la gestión de los servicios públicos, exigiéndose que, a tal efecto, la comunidad presente el programa de gestión del servicio demostrando su capacidad técnica, legal y financiera para asumir esa gestión (artículo 278). Una vez acreditada tal capacidad, la gestión a través de la comunidad organizada se instrumentalizará a través de un convenio (artículo 279)⁴⁷⁴.

Rige por ello el principio de libertad de organización, en tanto la comunidad podrá adoptar la forma que estime más pertinente para asumir la gestión del servicio público. Puede optarse, pues, por la constitución de cualquier forma asociativa, aun cuando se promueve la conformación de empresas de la economía social. Recientemente, ha cobrado fuerza la gestión a través de los *Consejos Comunales*, esto es, asociaciones que agrupan a los integrantes de determinada comunidad de cara a fomentar su participación en asuntos propios del ámbito local.

Esta figura aparece, por vez primera, como una forma de participación ciudadana en el *Consejo Local de Planificación Pública*, que es el órgano colegiado de concertación de la planificación en el ámbito local, pero posteriormente comienza a tener un desarrollo notable como “instancias de participación” ciudadana en asuntos públicos, hasta su formalización en la Ley de los Consejos Comunales, de 2006. En la práctica, estos Consejos tienden a concentrar todos los canales de participación ciudadana en el ámbito local, previéndose con carácter especial su participación en la gestión de los servicios públicos (artículo 21.7 de la Ley de los Consejos Comunales).

Sin embargo, ni la Ley Orgánica del Poder Público Municipal ni la Ley de los Consejos Municipales desarrollaron el régimen aplicable a la gestión de los servicios públicos por la propia comunidad beneficiaria de éstos, con lo cual resultará aplicable el régimen general que rija a tal servicio. Como principio general, aplicará el mecanismo de la concesión, en el entendido que la gestión del servicio por la comunidad organizada responde a un modelo de gestión *privada* del servicio público⁴⁷⁵. Ello debilita, notablemente, la eficacia de las normas comentadas, que no pasan de ser normas en exceso amplias, que no garantizan una participación efectiva de los propios usuarios en la gestión de los servicios públicos, muy en especial, en el ámbito local.

A lo anterior hay que agregar que, en el caso específico de los Consejos Comunales, se aprecia un control relevante por parte del Presidente de la República, en tanto los Consejos, para adquirir personalidad jurídica, deberán inscribirse en la *Comisión*

⁴⁷⁴ Véase lo que exponemos en José Ignacio HERNÁNDEZ G., “El régimen de los servicios públicos municipales”, en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 291 y ss.

⁴⁷⁵ Debe aclararse que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal sólo permite la gestión de los servicios públicos por particulares mediante concesión, aun cuando no existe reserva expresa sobre todas las actividades consideradas servicios públicos locales. Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado, acertadamente, que tal concesión reviste en realidad naturaleza autorizatoria, en tanto, al no haber reserva expresa, ella ordena un derecho propio y preexistente, cual es la libertad económica (sentencia de 16 de marzo de 2005, caso *Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal*).

Presidencial del Poder Popular. Ello desdibuja no sólo el carácter esencialmente local de esa organización sino muy en especial, su carácter de *organización privada*. Los Consejos Locales deben ser, conceptualmente, asociaciones que agrupan a los vecinos que conforman a determinada comunidad y, como tal, ellos se integran dentro del sector privado. El excesivo control sobre estas asociaciones por parte del Poder Nacional no sólo puede afectar su eficacia —ante la ausencia de relación directa con el Poder Local— sino que, además, coloca a los Consejos en una suerte de “zona gris”, en cuanto a su inclusión en el sector público o el sector privado⁴⁷⁶.

VII.3.2. La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos: Especial atención al denominado “control social”

La segunda modalidad de participación de los usuarios en los servicios públicos es a través del *control* en cuanto a su ejercicio. Pueden los usuarios participar mediante el control sobre la gestión del servicio público, muy en especial, en lo que respecta al control de su gestión y, también, el control de los recursos públicos involucrados en su prestación. El Derecho venezolano ha desarrollado, en tal sentido, el concepto de *control social*, en alusión a la supervisión que los ciudadanos realizan sobre actividades de interés general, en especial, desplegadas por la propia Administración. Caben, aquí, varias modalidades de control que convendría diferenciar:

- En *primer* lugar, encontramos el control que los usuarios ejercen participando como miembros del órgano o ente a quien la Ley encomienda la supervisión del servicio público. Es el típico caso de la participación *orgánica* de los ciudadanos en órganos y entes de las Administraciones. La incorporación de los usuarios a esos órganos y entes se realiza, advertimos, en su condición de representantes del interés suprapersonal de los usuarios.
- En *segundo* lugar, los usuarios pueden llevar a cabo el control sobre los servicios públicos directamente, a fin de supervisar su efectiva prestación. Aquí aplica el concepto de *control social* desarrollado antes, que encuentra cobertura en la Ley de los Consejos Comunales, al encomendarse a tales Consejos el control sobre la prestación de los servicios públicos.
- Por último, y en *tercer* lugar, en la medida que la gestión del servicio público implique el uso de recursos públicos, los usuarios podrán participar, también, controlando el uso de tal recursos, tanto en lo que respecta a la legalidad del gasto realizado como en lo que atañe al control sobre su adecuada gestión. En tal sentido, el Derecho venezolano ha incluido al control social de los ciudadanos dentro de las modalidades de control fiscal previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

⁴⁷⁶ Véase la crítica que, en este sentido, ha desarrollado Allan BREWER-CARÍAS, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 633 y ss.

VII.3.3. La participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos

Por último, los usuarios pueden participar también en la regulación de los servicios públicos, mediante las *audiencias públicas* que suelen articularse en el procedimiento previo a la promulgación de esa regulación, en especial, en el ámbito de las Administraciones Públicas. La participación de los usuarios en la regulación administrativa sobre los servicios públicos coadyuva a la consagración del principio de *Buena Administración*, en tanto permite a ésta valorar los intereses de los usuarios para la adopción de la mejor decisión posible.

En Venezuela, la Ley Orgánica de la Administración Pública ha previsto con carácter preceptivo la audiencia pública a los interesados dentro del procedimiento para la adopción de reglamentos (artículo 136)⁴⁷⁷. Este sistema, sin embargo, no garantiza que la Administración, al adoptar la decisión de regulación, valore efectivamente las observaciones presentadas por los usuarios, que es, en realidad, la garantía sustancial del derecho de participación en este ámbito.

VII.4. El régimen jurídico aplicable a los usuarios en su participación en la gestión de los servicios públicos

Como hemos visto, los usuarios pueden participar de muy distintas maneras en los servicios públicos: desde la prestación del servicio por los propios usuarios hasta su participación en la adopción de las medidas de regulación, el Derecho Administrativo tutela la posición jurídica activa de los usuarios. No se trata sólo de garantizar la eficacia del sistema de prestaciones a favor de los usuarios. Además, el Derecho Administrativo garantiza la activa participación de los usuarios en los servicios públicos pues, de esa manera, se propende a alcanzar el principio de eficacia que ha de informar a la prestación de las actividades declaradas o consideradas servicio público, con el alcance precisado en este estudio.

Un aspecto central a resolver es cuál es el régimen jurídico aplicable a los usuarios con ocasión de su participación en los servicios públicos. Al determinarlo debe recordarse que los servicios públicos no se someten a un régimen uniforme; muy por el contrario, son cuatro las hipótesis que pueden plantearse: servicios públicos reservados al Estado y prestados por éste; servicios públicos reservados al Estado pero gestionados por particulares a través de la concesión; servicios públicos no reservados al Estado prestados por la Administración y, por último, servicios públicos no reservados al Estado prestados por los particulares. La *penetración* del Derecho Administrativo en estas cuatro modalidades es graduable, pues mientras en los dos primeros casos el servicio público se regirá, preponderantemente, por el Derecho Administrativo, en los otros supuestos el servicio público se someterá, preponderantemente, a Derecho Privado.

⁴⁷⁷ Véase Rafael CHAVERO GAZDIK, "La participación social en la gestión pública", en *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

En todo caso, frente a la participación de los usuarios en los servicios públicos, se plantean algunas dudas que conviene resolver en esta sección última de nuestro estudio.

VII.4.1. Participación de usuarios y pluralismo político. La necesaria neutralidad política del servicio público

Una de las preocupaciones generalmente asociadas a las actuaciones de las Administraciones Públicas es asegurar su nota de objetividad, en tanto ellas son instrumentos de acción del Gobierno. La figura de las *Administraciones Independientes* pretenden garantizar tal objetividad, aun cuando ellas no resuelven el fondo del problema tratado, pues en realidad, la nota de objetividad es predicable a la actuación de todas las Administraciones —y no sólo de las llamadas agencias independientes— por así disponerlo el artículo 141 constitucional. Principio de objetividad imbricado con la noción vicarial de las Administraciones: ellas están al servicio de *todos* los ciudadanos, es decir, del interés general.

La neutralidad política de las Administraciones Públicas debe reflejarse también en el régimen de participación de los usuarios en los servicios públicos. Participación que deberá desenvolverse en estricto apego al principio de *pluralismo político* que el artículo 2 del Texto de 1999 sitúa como valor superior de la Constitución, con toda la fuerza normativa que ello implica. La participación de los usuarios en los servicios públicos no puede pervertirse a fin de derivar en un sistema de *participación política* manejada por el Gobierno, en el cual sólo se admitirán como “usuarios” a aquellos partidarios del Gobierno de turno.

Se trata, obviamente, de una patología que no responde a una deficiencia del sistema de participación expuesto en este estudio, sino más bien, de la tendencia —muy común entre nosotros— a manipular políticamente los cauces de participación ciudadana. La preocupación ha sido despertada, en Venezuela, con ocasión del funcionamiento de los *Consejos Comunales*, en tanto ellos dependen de la organización y promoción del Presidente de la República⁴⁷⁸. Insistimos, esta crítica no deriva del concepto de los Consejos Comunales, sino más bien, de algunas distorsiones derivadas de su implementación, que deben ser por supuesto corregidas. La participación de los usuarios en los servicios públicos, en el marco del Estado democrático, ha de responder estrictamente a una iniciativa privada y no a una iniciativa partidista de determinada tendencia política.

VII.4.2. Participación de los usuarios en los servicios públicos y libertad económica

Servicio público y libertad económica, tradicionalmente, se han ubicado conceptualmente en un plano de contradicción, en tanto la declaratoria de una actividad

⁴⁷⁸ En este sentido, véase Manuel RACHADELL, *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 97 y ss.

como servicio público suele aparejar limitaciones —mayores o menores— a la libertad económica. De allí la célebre apreciación de P. DELVOLVÈ, para quien el servicio público implica siempre una amenaza a las libertades públicas. Tal contradicción tiende a superarse en algunos sistemas —sucede así como la figura de los servicios de interés económico general en Europa— y con la noción objetiva que defendemos en este trabajo. Lo relevante es que la Administración debe garantizar la adecuada prestación de actividades que satisfacen necesidades de interés social, con independencia que tales actividades puedan ser prestadas en ejercicio de la libertad económica⁴⁷⁹.

Al margen de cualquier discusión teórica, lo cierto es que la gestión de los servicios públicos ha de insertarse dentro del sistema de economía social de mercado que recoge la Constitución de 1999, en el cual se garantizan la libertad económica y la propiedad no sólo como derechos subjetivos, sino también como instituciones (artículos 112 y 115). En función de ello, la Constitución garantiza la existencia de condiciones efectivas de competencia (artículo 113), así como el derecho de los usuarios a seleccionar los servicios de su preferencia (artículo 116). La libertad de selección de los usuarios tiene, pues, rango constitucional. En el marco del sistema de economía social de mercado, tal libertad se vincula, necesariamente, con el reconocimiento y garantía de la libertad económica así como con el reconocimiento de la iniciativa pública. En pocas palabras, los usuarios tienen derecho a seleccionar al proveedor del servicio de su preferencia, lo que implica la concurrencia de operadores —públicos y privados— en la gestión de tales servicios, siendo excepcional las situaciones de monopolio de gestión (artículo 113).

La libertad de selección de los usuarios no tiene, sin embargo, alcance absoluto. Como precisa la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 6.2), tal libertad queda subordinada a las condiciones propias de cada mercado. Además, esa libertad puede ser ordenada y restringida por el Estado a fin de asegurar la satisfacción de necesidades esenciales que no pueden tener cabida, adecuadamente, en un esquema de competencia. Recuérdese que la Constitución no reconoce el sistema de *economía de mercado*, sino de *economía social de mercado*, lo que justifica la modulación de la libertad económica, propiedad privada y libertad de selección a fin de asegurar el cumplimiento de los mandatos derivados de la cláusula del Estado social. Es por ello que la Constitución reconoce que el Estado podrá no sólo limitar el ejercicio de actividades económicas (artículo 112) sino que, también, podrá reservarse ciertas actividades, incluso, en condiciones de exclusividad pero sólo por tiempo limitado (artículos 113 y 302). En cualquier caso, estas restricciones

⁴⁷⁹ La posición de Delvolvé a la que se hace referencia en el texto principal puede verse en “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss. La conclusión central de ese estudio se compeadece con la situación existente en Venezuela. El servicio público —escribe Delvolvé— constituye una amenaza para las libertades públicas; la noción de servicio público, en ella misma, constituye tal amenaza. De nuevo conviene insistir en que las críticas que formulamos se basan, principalmente, en el nexo causal que se pretendió erigir entre el servicio público y la reserva. Véase también a RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo constitucional*, cit., pp. 165 y ss. Antes nos hemos referido, con mayor extensión, a la aparente antinomia entre el servicio público y la libertad económica en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, pp. 351 y ss.

a la libertad económica deberán adecuarse a un *sistema de garantías jurídicas*, basadas en la consideración de ese derecho como manifestación general de la libertad general del ciudadano (sentencia de la Sala Constitucional de 19 de mayo de 2005, caso *Festejos Mar*)⁴⁸⁰.

La discusión del proyecto de reforma de la Constitución de 1999 por la Asamblea Nacional en Venezuela, entre agosto y noviembre de 2007, a resultas del Anteproyecto presentado por el Presidente el 15 de agosto, puso en evidencia la importancia del análisis de los derechos de los usuarios en el contexto del sistema económico constitucionalizado. El proyecto finalmente aprobado por la Asamblea el 2 de noviembre de 2007 —y rechazado popularmente en el referendo realizado el 2 de diciembre— pretendió imponer un modelo económico único y excluyente, a saber, el modelo económico socialista de transición (artículo 112), al punto que toda actividad económica debía subordinarse a tal modelo económico (artículos 113 y 299). Bajo ese marco, el derecho a la libertad de selección de los usuarios quedaba desnaturalizado, pues ellos sólo tendrían derecho a seleccionar servicios públicos gestionados conforme al modelo económico socialista. Muy especialmente en el ámbito local, en tanto el artículo 168 del proyecto obligaba al Municipio a incorporar modos de producción socialista.

Frente a lo anterior, resulta pertinente recordar que la libertad de selección del usuario no es derecho que deriva, exclusivamente, del sistema económico constitucionalizado. Aun cuando es dentro de ese sistema que tal derecho cobra realce, lo cierto es que esa libre selección es consustancial a los principios democráticos del Estado venezolano, reconocidos como valores superiores en el artículo 2. La libertad de selección a la que alude el artículo 117 es, en realidad, parte de la libertad de elegir libremente, que es la base misma del sistema democrático. La participación de los usuarios en los servicios públicos tiene que partir, por ello, de esa visión plural y democrática, cónsona con el sistema de economía social de mercado reconocido, con bastante flexibilidad, en la Constitución de 1999.

VII.4.3. Participación de los usuarios en los servicios públicos y el ejercicio de la actividad administrativa

Hay un principio clásico que rige a la participación de los usuarios en los servicios públicos: tal participación no entraña ejercicio de potestades administrativas ni permite equiparar a los usuarios como funcionarios públicos sujetos, por ende, preponderantemente, al Derecho Administrativo. Tal participación, por el contrario, se desarrolla precisamente a partir de la consideración de los usuarios como particulares diferenciados, por ello, de las Administraciones Públicas.

La realidad actual del Derecho Administrativo es, sin embargo, mucho más compleja, como se evidencia del estudio del tema en Venezuela. Por un lado, pues la Ley reconoce a los particulares el derecho a participar en los servicios públicos a través de actividades similares a las realizadas por las Administraciones. Nos referimos, en

⁴⁸⁰ Esa es la tesis que desarrollamos, precisamente, en nuestro trabajo *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, ob. cit., pp. 155 y ss.

concreto, a la participación de los Consejos Comunales en el control de las actividades de importación, producción, comercialización y acopio de productos sujetos a control de precio, actividades consideradas servicios públicos por la *Ley de Defensa Popular contra el Acaparamiento*. Participación que incluso alcanza a la realización de inspecciones en los establecimientos encargados de la gestión de tales actividades de servicio público. Lo propio cabría afirmar respecto del control social previsto, en general, en la Ley de los Consejos Comunales o en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. ¿Estamos ante el ejercicio de actividad administrativa sujeta a Derecho Administrativo y, lo que es relevante, al control de la justicia administrativa?

El Derecho venezolano no ofrece una respuesta decisiva en este punto. La jurisdicción contencioso administrativa, por vía jurisprudencial, ha venido ampliando su ámbito al control de la actividad comercial de empresas —públicas o privadas— que desarrollan actividades económicas consideradas servicios públicos, aun cuando no están reservadas al Estado⁴⁸¹. Este mismo criterio —todavía en formación— podría trasladarse al ámbito de la participación de los usuarios en los servicios públicos. Incluso si tal participación no entraña el ejercicio de potestades administrativas —que será lo usual— ciertamente los usuarios están participando en la definición, precisión y concreción del *interés general* como fundamento del Derecho Administrativo según el propio artículo 141 de la Constitución. Por ende, la ampliación del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a esa participación permitiría el mejor control judicial sobre la determinación del interés general. En definitiva, la participación de los usuarios en los servicios públicos responde a la existencia de relaciones jurídico-administrativas frente a las cuales cabría afirmar el ejercicio de la pretensión procesal administrativa.

Lo propio cabe afirmar respecto de la participación de los usuarios en los servicios públicos mediante el manejo de recursos públicos. La Ley contra la corrupción ha diseñado un completísimo sistema de control fiscal sobre el patrimonio público que pretende evitar la “huida del patrimonio público”. Con lo cual, la Ley precisa técnicas de control aplicables siempre en relación con el patrimonio público, con independencia que tal patrimonio sea manejado por particulares o por funcionarios públicos en estricto sentido. A tal punto llega el alcance de esta Ley, que los usuarios que se relacionen con la administración de recursos públicos con ocasión de su participación en los servicios públicos, serán considerados funcionarios públicos, sólo en lo que respecta a la aplicación de las técnicas de control fiscal (artículo 4).

VII.4.4. A modo de recapitulación: La participación de los usuarios en los servicios públicos y el nuevo Derecho Administrativo

En el estado actual del Derecho Público venezolano, como acaba de resumirse, la participación de los usuarios en los servicios públicos ha adquirido relevantes matices,

⁴⁸¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela*.

en tanto tal participación se predica en relación con el estímulo que a la participación ciudadana dio la Constitución de 1999, incluso, en lo que respecta a la gestión de actividades propias de los Estados y Municipios, según la técnica del artículo 185 constitucional, cuyo alcance práctico es más bien tímido. Dentro de este contexto comienzan a surgir formas de asociación de usuarios que, sobre la base de su arraigo comunitario, se posicionan junto con la Administración en la definición y concreción del interés general. La noción vicarial de la Administración cobra, pues, un nuevo sentido: no se trata de afirmar, simplemente, que la Administración ha de satisfacer las necesidades de los usuarios; hay también el reconocimiento de situaciones subjetivas activas, pues los usuarios también participarán en la materialización de esa función vicarial a fin de llevar a cabo el ideal trazado en el artículo 21.1 constitucional, esto es, asegurar que las condiciones de libertad e igualdad sean reales y efectivas. En palabras de Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, las Administraciones no se definen ya en función a su posición de privilegio a través de la cual definen unilateralmente el interés general. Por el contrario, tal definición se llevará a cabo desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario⁴⁸².

Todo ello impacta, como es lógico esperar, en las bases mismas del Derecho Administrativo. Su definición a partir del *estatuto de las Administraciones Públicas* presenta, cuando menos, varias interrogantes no resueltas en el nuevo contexto que se expone, pues *junto* a la Administración (y no, nótese bien, *frente* a ésta) los ciudadanos se ubican también en una especial posición constitucional que les permite participar en la definición del interés general. El servicio público deja de ser concebido entonces como actividad propia de la Administración (al margen de la imprecisión, ya señalada, de esta frase) para pasar a ser una actividad propia también de los particulares, pero en especial, de los usuarios, cuya situación subjetiva activa, a través de la tesis del *interés difuso o colectivo*, asume igualmente la Administración. Algunos ejemplos de este cambio hemos presenciado en Venezuela, al extenderse el Derecho Administración a la actividad comercial de empresas —públicas o privadas— en la gestión del servicio público, con independencia de su régimen jurídico.

En este cambio del Derecho Administrativo venezolano han asomado algunas patologías. La mayor participación ciudadana, paradójicamente, no se acompaña de una mayor descentralización, sino por el contrario, de un acusado proceso de centralismo, en el cual la Administración Nacional Central asume la promoción y control de estas formas de participación, como sucede en especial con los Consejos Comunales, al punto que ellos tienden a plantearse en oposición al Municipio, como se evidenció en el fallido proyecto de reforma constitucional. Muy distinta había sido el proceso de reforma de la Administración local iniciado entre nosotros en 1989, pues la participación ciudadana se desarrolló *desde* el Municipio, fortaleciendo por ende su autonomía. También se ha denunciado la politización de estas formas de participación ciudadana, lo que en cierto modo deriva de su control burocrático directo a la Administración Nacional Central. Politización de la participación de

⁴⁸² Aproximación al Derecho Administrativo constitucional, ob. cit., p. 158.

los usuarios en los servicios públicos a la que debe agregarse, además, la ausencia de sistemas claros de control fiscal sobre el patrimonio público administrado por estas organizaciones. La figura del control social sobre tal patrimonio público se ha fortalecido, pero sin que se haya aclarado antes cuál es el régimen jurídico aplicable, todo lo cual puede crear condiciones favorables a la corrupción.

Se trata, sin embargo, de algunas patologías derivadas de la ejecución del sistema, lo que no debe llevarnos a cuestionar —al menos, por esas mismas razones— al sistema mismo. Todo lo contrario, fomentar la participación *efectiva* de los usuarios en los servicios públicos, en el marco del pluralismo y libertad de selección propias del Estado democrático y social de Derecho, es, a no dudarlo, una de las reformas más ambiciosas que puede acometerse para asegurar la efectividad de los servicios públicos y su progresiva humanización. Hasta ahora, la reforma de los servicios públicos en Venezuela se ha centrado —por razones pragmáticas o políticas— en su régimen jurídico: nacionalización de los servicios públicos; liberalización de los servicios públicos y vuelta a su nacionalización en fecha reciente. La gestión del servicio público por la empresa pública o la privatización de la empresa pública gestora del servicio no pasan de ser técnicas de intervención que, como tales, siempre serán mutables e intercambiables.

Frente a lo anterior, parece necesario acompañar la reforma de los servicios públicos en Venezuela de un sistema de participación efectiva de los usuarios, se insiste, dentro del marco de pluralismo y libertad (o mejor, *libertad solidaria*)⁴⁸³ que es el sistema garantizado por el artículo 2 de la Constitución, el cual recoge los valores superiores del ordenamiento jurídico, todo ello con el propósito último de asegurar a todos los ciudadanos condiciones vitales de existencia digna, en condiciones reales y efectivas de igualdad. Un objetivo que muy difícilmente podrá alcanzarse en un sistema en el cual el interés general es definido unilateralmente por el Gobierno, en el marco de un modelo socioeconómico único que, como tal, es siempre, y por definición, excluyente, que era el sistema derivado —al menos, en su primera interpretación literal— del proceso de reforma constitucional rechazado popularmente el pasado 2 de diciembre de 2007.

⁴⁸³ La frase la emplea, acertadamente, RODRÍGUEZ-ARANA, *Aproximación al Derecho Administrativo constitucional*, ob. cit., pp. 153 y ss.

CAPÍTULO 5

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO MERCANTIL

FERNANDO DÍEZ ESTELLA¹

SUMARIO

- I. Introducción. La defensa del consumidor.
- II. La legislación de defensa de los consumidores y usuarios.
- III. Justificación de la legislación existente en el ámbito del Derecho Mercantil en materia de protección de consumidores y usuarios.
- IV. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- V. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- VI. Los contratos sometidos a condiciones generales.
- VII. La regulación de las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.
- VIII. La regulación de la Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos.
- IX. Las vías de reclamación efectiva.
- X. Valoración final.

¹ Quiero agradecer la valiosa colaboración de una serie de alumnos de 5º de Derecho y EBS del C. U. Villanueva, quienes con su trabajo de investigación y sus comentarios y sugerencias han contribuido a la redacción de este capítulo: Ignacio Cárdenas, Teresa Sánchez, Isabel Iglesias, Belén Casero y Julio Acinas.

I. Introducción. La defensa del consumidor

El Derecho considera como valor digno de protección jurídica la libertad de elección del consumidor en sus compras. Es conocido que, en este ámbito del Derecho Mercantil, se habla hoy en día de la “soberanía del consumidor”. Esta libertad siempre ha existido y existe aún hoy desde un punto de vista formal. La estructura de distribución de bienes y servicios en una sociedad económicamente avanzada merma la libertad real de elección del consumidor porque éste no puede conocer todas y cada una de las particularidades de los productos y servicios que se le ofrecen. Además de la dificultad de elección en libertad, el consumidor se ve obligado a contratar con empresas concretas en situación de monopolio u oligopolio (servicios de electricidad, teléfono, etc.).

Además de esta falta de libertad real en la elección, el consumidor se encuentra indefenso ante el suministro deficiente de un servicio o ante la adquisición de un producto defectuoso, por el desequilibrio de poder que existe entre productores y consumidores.

El artículo 51 CE es consciente de la situación descrita. Este artículo establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la salud, seguridad y legítimos intereses económicos. La insuficiente regulación en el Código de Comercio y en el Código Civil hizo necesaria la aparición de leyes que defendieran al consumidor final, siendo la norma básica la LCU. Como complemento de dicha norma, se promulgaron además algunas otras leyes:

- a) La Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Ley 29/1991, de 21 de noviembre) que se aplicaba a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor (según resulta definido en la LCU) fuera del establecimiento mercantil del empresario, en la vivienda o centro de trabajo del consumidor o en un medio de transporte público.
- b) La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos que adaptaba a nuestro Derecho la Directiva CEE/85/374, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil de los fabricantes.
- c) La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que incorporaba la Directiva CEE/87/102 y su posterior modificación por la Directiva CEE/90/88.
- d) Recuérdese, además, que en materia de condiciones generales de la contratación rige la Ley 7/1998, de 13 de abril, que incorpora la Directiva CEE/93/13.

Sin embargo, toda esta normativa, además de dispersa, se ha demostrado insuficiente para una efectiva protección de los intereses de los consumidores y usuarios. De esta forma, y con la notoriedad pública que han ido adquiriendo ciertos abusos llevados a cabo impunemente (redondeo en los parking, en las tarifas de telefonía móvil, las dificultades para darse de baja en contratos de suministro eléctrico, la falta de información documental en determinadas compraventas, etc.) llevó al legislador a promulgar la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Este texto ha introducido en España importantes reformas legislativas en materia de protección de los derechos de los consumidores, ampliándolos y salvaguardando a los ciudadanos de prácticas abusivas.

En particular, se abordan tres demandas repetidamente requeridas por los ciudadanos en los últimos años: el derecho a darse de baja de los contratos suscritos con prestadores de servicios con las mismas facilidades con las que se dan de alta; la facturación por tiempo real de estancia en los aparcamiento y, en general, la eliminación de los redondeos al alza en el precio de productos y servicios. El texto normativo que se propone recoge, además, a propuesta del Consejo de Consumidores y Usuarios y del Consejo de Estado, una regulación detallada de las organizaciones de consumidores.

Asimismo, da cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de facultar a los tribunales de justicia u órganos competentes para prohibir, como medida preventiva, una cláusula que se considere abusiva en términos generales en contratos todavía no celebrados. Ello no obsta para que, como contempla la actual legislación española, las cláusulas oscuras incluidas en un contrato individual ya firmado por un consumidor se interpreten de forma favorable a éste.

También en cumplimiento de la mencionada sentencia se garantiza la protección del consumidor en todos los contratos que suscriba con un profesional, independientemente de que haya elegido, como derecho aplicable al contrato, el vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea. Asimismo, dicha Ley realiza algunas modificaciones en las competencias sancionadoras de las autoridades estatales y autonómicas de consumo, y anuncia un nuevo régimen sancionador en este ámbito.

Finalmente, debe señalarse que la Disposición Adicional 5ª de esta Ley habilitaba al Gobierno para que, en el plazo de 12 meses, procediera a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

Esto se ha llevado a cabo con la reciente promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LCU).

Para abordar el estudio de la protección —en el ámbito del Derecho Mercantil— de los intereses de los consumidores y usuarios, habremos por tanto de referirnos principalmente a la LCU, según la redacción final otorgada por el RDLeg 1/2007. Para poder analizar dicha norma legal en su contexto adecuado haremos previamente, en el Apartado II, una referencia general a la legislación española en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Este breve análisis se completa, en el Apartado III, con una mención expresa a la justificación que, en la Exposición de Motivos que las tres principales leyes que tratan de esta cuestión incorporan, ha hecho el legislador.

Seguidamente, en el Apartado IV, se lleva a cabo un somero análisis del precedente inmediato de la nueva LCU, cual es la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

El estudio del texto del RDLeg se lleva a cabo, con carácter general en el Apartado V. De este análisis hemos extraído una serie de temas que, por su especial importancia, merecen unos capítulos específicos: la cuestión de las condiciones generales y las cláusulas abusivas, y la comparativa de la nueva regulación de las garantías en la venta de bienes de consumo y la responsabilidad civil por productos defectuosos. Estas cuestiones son analizadas en los Apartados VI, VII y VIII, respectivamente, de este estudio.

Toda esta serie de derechos sería totalmente “ineficaz” si el consumidor no dispusiera de mecanismos para ejercerlos que garantizaran su tutela efectiva; a ello dedicamos, en una vertiente muy práctica, el Apartado IX. Finalmente, en el Apartado X se ofrecen una serie de conclusiones. Se ofrecen igualmente, a modo de Anexos, un modelo de “hoja de reclamación”, y una relación de jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, en la que dichas altas instancias judiciales han ido perfilando el alcance y contenido del concepto de “consumidor” en el Derecho Mercantil español.

II. La legislación de defensa de los consumidores y usuarios

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fue dictada en 1984 para satisfacer el mandato del artículo 51 CE. La ley, en su versión inicial, no podía ser calificada como un acierto de técnica legislativa, pues unía un estilo ampuloso y reiterativo, claras contradicciones (cfr. arts. 25 y 26), un ámbito subjetivo incierto y un contenido de lo más variopinto: principios generales de buena intención (art. 19), asociacionismo de consumidores (art. 20), normas administrativas (art. 4.2.), todo ello aderezado con normas fundamentales para el Derecho Privado como la regulación de las condiciones generales contenida en el art. 10 y 10 bis.

Además, diversas CC.AA. (Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia, Navarra...) tienen competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor y han promulgado diversas leyes (Estatuto del Consumidor Vasco; Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana...), que por supuesto han desembocado en los correspondientes recursos de inconstitucionalidad (cfr. STC 71/82 de 30.11 y 62/91 de 22.3.). En estas sentencias el TC ha sentado que las CC.AA. tienen competencias exclusivas en las materias administrativas que inciden en la defensa del consumidor, mientras que al Estado le corresponde el Derecho sustantivo que regula las relaciones entre particulares, incluyendo las condiciones generales.

De ahí que la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 merezca una valoración —inicial— muy favorable, que luego habremos de matizar. Siguiendo un orden cronológico, examinaremos en primer lugar la Ley 44/2006, de mejora de la

protección de los consumidores y usuarios, y a continuación, en el epígrafe siguiente la versión final de la LCU. Antes, y como hemos anunciado, se llevará a cabo una breve mención a la “justificación” que el propio legislador hace en esta materia.

III. Justificación de la legislación existente en el ámbito del Derecho Mercantil en materia de protección de consumidores y usuarios

En fechas recientes la legislación sobre Protección de Consumidores y Usuarios ha experimentado importantes reformas, que afectan al *corpus legal* que en nuestro ordenamiento tutela los intereses de un colectivo que, tradicionalmente, se ha considerado especialmente débil e indefenso frente a los abusos de las grandes empresas comerciales.

Prácticas como el “redondeo” por parte de las operadoras móviles o los *parking*, la dificultad de darse de baja o cambiar de proveedor en servicios como el suministro eléctrico o la banda ancha, el cobro injustificado de comisiones bancarias, la falta de claridad en los contratos de adhesión, etc., han creado un clima social de cierta “alarma”, y llevado al legislador a tomar medidas drásticas, algunas de ellas, como veremos en las conclusiones de esta investigación, carentes de justificación y desproporcionadas para conseguir el fin que persiguen.

Se detalla, a continuación, la Justificación esgrimida por el legislador en las tres principales leyes que articulan nuestro sistema de protección de consumidores y usuarios: la Ley 6/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de los consumidores y usuarios.

III.1. Ley 6/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 de julio

La justificación de esta Ley es, como ha quedado dicho, dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 51, contenido en el Capítulo III del Título I, es decir, nos encontramos ante un principio rector de la política social y económica, lo que dota a esta materia de gran trascendencia para nuestra sociedad.

El artículo dice así:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Esta ley, pretende atender, por tanto, a la necesidad de instaurar procedimientos eficaces que permitan hacer efectivo este principio, esa defensa de consumidores y usuarios, así como garantizar sus derechos de información y educación respecto a esta materia. Para conseguir este objetivo pretende también una proclamación de principios, criterios, derechos y obligaciones que conformen un marco claro y seguro que permitan al consumidor ejercer sus derechos con seguridad, lo que beneficia a todos, tanto a los propios consumidores como a las empresas, puesto que si el consumidor se siente seguro, probablemente tienda a repetir el acto de consumo.

Otro de los motivos que impulsaron la creación de esta ley fue la necesidad de incentivar el desarrollo del movimiento asociativo, imprescindible para equilibrar la posición desventajosa en la que se encuentra el consumidor respecto de empresas, comercios, etc. (debido a su escaso poder de negociación, entre otros aspectos a tener en cuenta).

En conclusión, esta ley fue un primer paso hacia el objetivo de llevar a la realidad este principio proclamado en la Constitución Española, y que tanta trascendencia tiene en nuestros días debido a las características de nuestra sociedad.

III.2. Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril

Esta ley pretende por un lado hacer efectiva la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 y por otro, mejorar las condiciones de los consumidores que la Ley 6/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establecía.

Así, las modificaciones más destacadas van encaminadas a la necesidad de suprimir cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación también abusivas y proteger la igualdad de las partes contratantes.

Un primer paso para poner fin a este problema, y que esta ley realiza de forma efectiva, es distinguir entre las condiciones generales y las cláusulas abusivas; respecto a las primeras, se consideran como tales aquéllas que están predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tienen por qué ser abusivas. Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general.

Estas cláusulas y condiciones no tienen por qué darse exclusivamente entre consumidor y profesional, sin embargo, este es el único ámbito al que se limitan los efectos de esta ley con el fin de centrar la protección únicamente en los consumidores y usuarios.

Por otro lado, esta ley atiende a la reclamada necesidad de incrementar el nivel de protección de los consumidores en este aspecto, y utiliza para ello instrumentos que constituyen los principales motivos por los que esta Ley ha sido creada: la inclusión de requisitos para que una cláusula general sea considerada ajustada a derecho, sanciona con nulidad las que no lo son, crea un Registro de Condiciones Generales de

contratación, regula las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley (acción de cesación, retractación...), ampliación del concepto de consumidor, reforma de la Ley Hipotecaria para dirigir la protección de los Registradores de la Propiedad también en este sentido, etc.

En conclusión, vemos cómo la principal pretensión de esta ley es la de impedir abusos en los consumidores derivados de las condiciones generales de contratación ante las cuales se encuentran totalmente desprotegidos e inferioridad de condiciones. Sin embargo, tendríamos que plantearnos la efectividad de esta ley dados los numerosos casos que seguimos encontrando de consumidores aquejados de desprotección en este sentido.

III.3. Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios, de 29 de diciembre

En relación con la justificación de esta Ley (su análisis más detallado se aborda en el epígrafe siguiente), con ella se pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección.

En aras a reforzar la protección de los consumidores y la leal competencia se introducen en materia de contratos con los consumidores, diversas modificaciones destinadas a regular aspectos esenciales de las relaciones jurídico privadas con los consumidores. Para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, y en tal sentido deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, se prohíben las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin. Para evitarlas, se introducen reformas para que quede claramente establecido, tanto en la fase previa de información como en la efectiva formalización contractual, el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho y se asegura que pueda ejercitarlo en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas.

Estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada.

De otro lado, estableciendo la necesidad de que la información precontractual obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales. Esta previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo supone costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica.

Se refuerza, asimismo, la protección del consumidor adquirente de vivienda al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que les trasladen gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, tales como enganche del suministro de agua, alcantarillado, etc., con el fin de evitar prácticas desleales que trasladan dichos gastos al consumidor por cláusulas no negociadas.

Esta Ley pretende, igualmente, dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.

En materia contractual, por último, se clarifica en el artículo 10 bis 1 la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios.

Por otro lado, también se ha constatado la ineficacia del artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo. Esto justifica la modificación que ahora se realiza, suprimiendo este precepto y reconduciendo, en el artículo 31, los pactos de sumisión al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia.

Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor. La tipificación de su vulneración, como infracción de consumo, se deduce claramente del artículo 34, apartado 11, según la modificación efectuada por esta norma, en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Se aclara, asimismo, la eficacia de esta previsión en todos los sectores, incluido el de seguros, a cuyo efecto es preciso introducir una ligera modificación en el artículo 61, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

IV. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios

Esta Ley, cuyo origen está en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 21 de noviembre de 2005, por la que, a raíz de una denuncia de la OCU (*Organización de Consumidores y Usuarios*) se condena a las operadoras de telefonía móvil a la supresión del redondeo, además de habilitar al Gobierno para la elaboración del texto refundido de la LCU, aborda, básicamente, los siguientes aspectos:

1) *Agilización del proceso para darse de baja en los servicios*

La nueva Ley obliga a que las altas y las bajas en la contratación de servicios se den en iguales condiciones, sin trabas adicionales, y exige a los prestadores de todos los servicios que informen sobre el derecho del usuario a darse de baja y sobre el procedimiento a seguir.

El incumplimiento de estas obligaciones se tipifica como infracción y pasan a considerarse cláusulas abusivas las trabas al ejercicio de ese derecho o la imposición de requisitos injustificados, como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado.

2) *Prohibición de los redondeos al alza e implantación del cobro por minuto en los aparcamientos*

Se prohíbe el redondeo al alza tanto en el tiempo utilizado como en el precio, así como cualquier cláusula que prevea el cobro por servicios o productos no consumidos.

En los aparcamientos, en concreto, los consumidores pagarán por el tiempo real, en minutos, lógicamente sin posibilidad de redondeo al alza, con lo que se elimina el pago por “hora o fracción” u otras modalidades temporales (quince minutos, diez minutos, etc.). Del mismo modo, se exige que la información sobre el precio, horarios y normas de uso se facilite con carácter previo. Estas medidas afectarán a todas las actividades de estacionamiento realizadas, tanto en los aparcamientos públicos, como en aquellos en los que el aparcamiento no es la actividad principal, como es el caso, por ejemplo, de las grandes superficies.

3) *Más protección al consumidor en la compra de vivienda*

La Ley refuerza la protección del consumidor a la hora de adquirir una vivienda. Entre otras cosas, se prohíbe penalizar al comprador que no se subrogue en el crédito hipotecario del promotor o trasladarle las tasas o impuestos que corresponden al vendedor, como, por ejemplo, las plusvalías. Del mismo modo, también se considera abusiva la imposición al comprador de los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, tales como el enganche del suministro de agua, gas, alcantarillado, etc., cuando éstos deben estar integrados en el precio de venta.

4) *Contratos y cláusulas abusivas*

Se equipara el tratamiento entre cláusulas abusivas y prácticas abusivas. Estas últimas, que responden a comportamientos generalizados que no se reflejan en el contrato, no estaban reguladas. En general, según el nuevo texto legal, no puede exigirse al consumidor el cumplimiento de obligaciones sobre las que no se le haya informado previamente.

Por otra parte, sólo se podrá pactar la sumisión a otros arbitrajes diferentes del de consumo cuando el consumidor conoce que se le va a reclamar, en contra de la situación anterior en la que se permitía pactar la sumisión previa a cualquier arbitraje.

Las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados al ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato (imponer trámites innecesarios o abonar gastos desproporcionados) quedan prohibidas. De esta forma, se corrige la falta de limitación legal a prácticas que, de hecho, impedían en ocasiones el ejercicio de derechos adicionales reconocidos en el contrato, como el derecho a devolver los productos adquiridos, entre otros.

El cobro de la información precontractual obligatoria, imponiendo, por ejemplo, la utilización de números de tarificación adicional, también queda prohibida. La Ley establece la obligación de facilitar esta información de forma gratuita.

5) *Legitimación ante los Tribunales de las Administraciones*

Se legitima al Instituto Nacional del Consumo (dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo), a las Comunidades Autónomas y a los municipios para demandar el cese de prácticas contrarias a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Hasta ahora, las Administraciones Públicas no tenían legitimación para el ejercicio de todas las acciones en defensa de los consumidores en casos como infracciones de etiquetado, fraudes en la prestación de servicios, etc.

6) *Legitimación de las asociaciones de consumidores*

También estaban sin definir las asociaciones de consumidores representativas que podían ejercer tales acciones. La Ley establece que pueden hacerlo las que están representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, y las autorizadas por las legislaciones autonómicas en su ámbito territorial.

También se aclara que las asociaciones constituidas conforme a la legislación general pueden representar a la asociación y a sus asociados, pero no los intereses generales de los consumidores. Sólo las asociaciones de consumidores que se hayan constituido de acuerdo con la legislación específica de consumo, estatal o comunitaria, pueden representar los intereses generales de los consumidores.

A este respecto, la nueva norma establece las obligaciones de independencia y transparencia que deben reunir las asociaciones para acceder a la denominación de “Asociación de Consumidores y Usuarios” y ejercer los derechos reservados a éstas, que también son regulados en el texto que se presentará a las Cortes Generales. Entre estas obligaciones figuran, por ejemplo, el estar inscritas en el Registro Nacional, no tener ánimo de lucro ni dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios, mantener la independencia en sus actuaciones, no realizar comunicaciones comerciales de bienes y servicios o no percibir ayudas económicas o financieras de las empresas que suministran bienes o servicios a los consumidores o usuarios, entre otras.

7) *Seguridad de productos*

Se refuerzan las competencias de las Administraciones Públicas para evitar que productos inseguros puedan llegar a manos de los consumidores. Las

Administraciones podrán adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas para hacer desaparecer el riesgo, incluida la intervención sobre las cosas y la compulsión sobre las personas.

8) *Adaptación a la legislación europea*

La nueva Ley adapta la normativa nacional a la europea para evitar que subsistan en el mercado cláusulas abusivas como en algunos casos todavía podía ocurrir. Así, se posibilita la eliminación de las cláusulas dudosas que puedan ser perjudiciales para el consumidor, como aquéllas por las que un empresario puede eludir su responsabilidad escudándose, por ejemplo, en la huelga como causa de fuerza mayor para no cumplir.

V. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

V.1. Introducción

Como ya hemos señalado en la introducción, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha supuesto una profunda reforma de la legislación española en esta materia, no tanto por el alcance de su contenido —no hay cambios materiales sustanciales, salvo algunas notables excepciones— como por el hecho de disponer, por primera vez en nuestro ordenamiento, de una regulación sistemática y unificada de las diversas disposiciones que afectan a la defensa de los consumidores y usuarios.

Así pues, la primera valoración ha de ser favorable, en el sentido de que se han reunido disposiciones y normas que antes estaban dispersas; sin embargo, la técnica legislativa empleada —un RDLeg que deroga o da nueva redacción a un total de cinco leyes ordinarias— es reprochable.

De esta forma, mientras que parte de nuestra legislación queda ahora armónicamente integrada (por ejemplo, la regulación del régimen de garantías y servicios postventa, que antes estaba “repartida” entre la antigua Ley 26/1984 y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo), otra parte queda descompuesta (por ejemplo, la regulación sobre contratos a distancia: si interviene un consumidor, es aplicable la nueva LCU, si interviene un empresario, sigue siendo de aplicación la Ley de Ordenación del Comercio Minorista).

Igualmente, nos parece loable reunir en un único cuerpo legal las cuestiones *sustantivas* (delimitación de las figuras y tipos legales) como las *procesales* (acción de cesación, Sistema Arbitral de Consumo, procedimiento sancionador, etc.).

Como se indica en la propia exposición de motivos, la finalidad de este Real Decreto Legislativo es múltiple, y se resume en cumplir la previsión de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que

habilitaba al Gobierno para refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tiempo que se trasponían una serie de Directivas comunitarias en esta materia, ocasión que se ha aprovechado para integrar en el texto refundido otras leyes complementarias (a las que hemos hecho antes referencia, en la introducción, y que quedan, por tanto, derogadas):

- La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 48 y 65.1, letras n) y ñ) y la disposición adicional primera).
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.
- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados.
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

V.2. Estructura de la LCU

El texto refundido de la LCU se estructura en cuatro libros.

El *Libro primero* aborda, en sus cinco títulos, cuestiones diversas: el primero es relativo a disposiciones generales; el título II contiene la regulación del derecho de representación, consulta y participación e incorpora el régimen jurídico básico de las asociaciones de consumidores y usuarios; en el título III se incorpora la regulación en materia de cooperación institucional; el título IV contiene las disposiciones en materia de procedimiento sancionador e infracciones y sanciones; el título V, último del libro, articula el acceso a la justicia de los consumidores y, en particular, incorpora la regulación de las acciones de cesación frente a las conductas contrarias a la regulación contenida en la nueva LCU y el Sistema Arbitral de Consumo.

El *Libro segundo*, que regula relaciones jurídicas privadas, se estructura igualmente en cinco títulos. El título I, en el que se contienen las disposiciones generales de los contratos con los consumidores, se establece el régimen común del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho; el título II establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas; los títulos III y IV se destinan, respectivamente, a regular los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles; el título V, último del libro segundo, regula el régimen de garantías y servicios posventa.

El *Libro tercero* armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Este libro se divide en tres títulos: el título I en el que se contienen las disposiciones comunes en materia de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos, el título II en el que se regula la responsabilidad civil causada por productos defectuosos y el título III en el que se regula la responsabilidad causada por el resto de los bienes y servicios.

En el *Libro cuarto*, por último, se incorpora la regulación específica sobre viajes combinados. Este libro se divide en dos títulos, el primero sobre disposiciones generales y el segundo sobre resolución del contrato y responsabilidades.

V.3. Cuestiones más relevantes

No se trata aquí de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la nueva regulación de la defensa de los consumidores y usuarios, sino de señalar las cuestiones más novedosas o relevantes introducidas por el RDLeg 1/2007. En particular, se examinará el texto legal en relación con las cuestiones que más modificaciones experimentan, tratando de señalar las diferencias con la antigua regulación de esta materia. Así mismo, en este análisis vamos a incidir en las cuestiones sustantivas, dejando fuera —por razones de espacio— los temas de procedimiento. Éstos, la regulación de las asociaciones de consumidores, y el efectivo acceso de los consumidores y usuarios a la justicia, la organización de las Juntas Arbitrales, etc., son cuestiones procesales y prácticas que escapan al ámbito de este trabajo.

Pese a ello, y dado que de nada serviría una adecuada regulación de derechos sin el correspondiente establecimiento de cauces para ejercerlos, se dedica el siguiente epígrafe de este trabajo (el apartado VII) al examen del estado de la cuestión. Es de esperar que, también en este aspecto concreto, las mejoras introducidas en la LCU por el R. D. Legislativo 1/2007 supongan un paso adelante en la efectiva protección de los consumidores y usuarios.

V.3.1. Definición de conceptos y terminología

Sin duda uno de los aspectos más relevantes de esta nueva regulación es que aporta —por primera vez en nuestro Derecho Mercantil— una delimitación precisa de los conceptos y la terminología que se ha de emplear, y especialmente de qué se entiende por consumidor (a los efectos de aplicación de la LCU).

En efecto, el texto refundido pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario. Por ello, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las “personas jurídicas”.

El *consumidor y usuario*, definido en la ley, “*es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*” (art. 3). Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Dado que son dos palabras distintas (“consumidor” y “usuario”), quizá hubiera sido deseable distinguir su contenido, o si significan lo mismo, eliminar directamente la distinción.

Se incorporan, asimismo, las definiciones (son las contenidas en las normas que se refunden) de empresario, productor, producto y proveedor al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto:

- *Empresario* es “*toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial*” (art. 4).
- *Productor* es “*el fabricante del bien o el prestador de servicio o su intermediario, o el importador del bien o servicio en el territorio de la UE*” (art. 5).
- *Producto* es “*todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil*” (art. 6).
- *Proveedor* es “*cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado*” (art. 7), distinguiéndose del vendedor que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.

V.3.2. Derechos básicos de los consumidores y usuarios

Aunque de forma un tanto desordenada, se establecen en los artículos 8 a 21 de la nueva LCU los que se consideran “derechos básicos” de los consumidores y usuarios, que además serán irrenunciables (art. 10). Se mezclan en estos cuatro capítulos del Libro Primero cuestiones sustantivas y procesales, que podemos agrupar diciendo que los consumidores y usuarios tienen, básicamente, derecho a:

- a) *Protección frente a los riesgos* que puedan afectar a su salud o seguridad (el criterio de cuándo un bien es “seguro” es el que da el art. 11, cuando establece que no debe suponer riesgo, en “condiciones de uso normales o razonablemente previsibles”).
- b) *Información correcta y adecuada* sobre los diferentes bienes y servicios (art. 17), lo que, en ocasiones, puede exigir la publicación de reglamentos (art. 14), dar cuenta específica de los riesgos en que incurren (art. 12), y las cuestiones sobre etiquetado y presentación de los bienes y servicios (art. 18).
- c) *Actuación por parte de las administraciones competentes* que garantice una adecuada protección de sus intereses, o ante situaciones de riesgo para su salud o seguridad (art. 15) en casos de urgente necesidad (art. 16). Se incluyen aquí la participación en el procedimiento de elaboración de leyes que les afecten directamente, así como la representación de sus intereses a través de las asociaciones de consumidores y usuarios (estos derechos y el régimen jurídico de las asociaciones se recogen en el Título II del Libro primero, artículos 22 a 39).
- d) *Protección de sus legítimos intereses económicos y sociales* (art. 19), en el ámbito de las promociones, sorteos, etc. (art. 20), en lo relativo a la comprobación y servicios de atención al cliente (art. 21), y en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (el tema de las condiciones generales y las cláusulas abusivas se regula específicamente en el Título II del Libro segundo, nos referiremos a ello más adelante).
- e) *Exigir de los empresarios el cumplimiento de sus obligaciones* (art. 13) en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores, en lo relativo a respetar la

regulación específica, los locales, el transporte y almacenamiento, el control de los productos inseguros, las peculiaridades de la venta de bebidas y alimentos, uso de ingredientes nocivos, control de los productos importados, etc.

V.3.3. Disposiciones generales sobre contratos con consumidores

Como ya hemos indicado en la introducción, el texto refundido de la LCU dedica su Libro segundo a los contratos y garantías. Veremos en este epígrafe las disposiciones generales, y en los siguientes el resto de cuestiones tratadas.

Se establece (art. 59) el ámbito de aplicación de este Libro segundo, señalando que “*son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”. Se regirán, en todo lo no expresamente establecido por la LCU o en leyes especiales por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

En este apartado las novedades introducidas por el RDLeg 1/2007 no son muchas, ya que se limita a sistematizar una serie de cuestiones que ya se venían observando en la práctica contractual con los consumidores y usuarios. A este respecto, señalar simplemente que se regula con profusión el tema de la información previa al contrato (art. 60) y la confirmación documental de la contratación realizada (art. 63).

Se crean, “nuevos derechos”, cuyo contenido y alcance desde luego que tendrá que ser precisado por la jurisprudencia, ya que la redacción de los preceptos legales no nos parece muy afortunada, pues introduce conceptos que, si bien no son del todo ajenos a nuestra tradición jurídica, entrañan por lo menos algunas dificultades de cara a su correcta interpretación:

- La *integración* de la oferta, promoción y publicidad en el contrato (art. 61): establece que la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad, y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
- Se prohíben (art. 62) las cláusulas que establezcan plazos de duración “excesivos” o limitaciones que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato; sin mayor precisión sobre cuáles sean estas cláusulas o qué alcance preciso tienen.
- En relación con la integración del contrato (art. 65), se establece que los contratos con los consumidores —se olvida el artículo de incluir también a los usuarios— se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de la *buena fe objetiva*. Suponemos que el legislador, cuando habla de “integrar” se refiere a “interpretar”; lo que desde luego no se explica bien es en qué consiste el principio de la buena fe objetiva. No se entiende la relación entre este precepto y las reglas sobre la interpretación de los contratos mercantiles contenidas en los arts. 1281 y 1289 del Código Civil y 57 a 59 del Código de Comercio.
- Finalmente, y como ya recogía el art. 12 de la antigua Ley 26/1984, en la contratación con consumidores y usuarios no se podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares (art. 66). Se trata de una suerte de “derecho a no tener que ir personalmente” a hacer las gestiones.

V.3.4. Derecho de desistimiento

Recogido en el Capítulo II del Título I del Libro Primero, se trata de una de las novedades más radicales —no porque antes no existiera, sino por el alcance que ahora se le otorga— de la LCU, ya que se crea una facultad para el consumidor y usuario aplicable a todo tipo de contratos que, si bien en su esencia es conveniente como derecho subjetivo (por la conocida y pacíficamente aceptada necesidad de protección del consumidor, la parte débil en la relación contractual, y por tanto susceptible de ser sometida a abusos), tal como ha quedado configurada, nos parece excesiva, injusta —en términos de equilibrio contractual— y perjudicial para el empresario.

Esta facultad, heredera del “derecho de arrepentimiento” establecido por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, adquiere ahora unas proporciones y un alcance que excede con mucho el fin perseguido —la protección del consumidor— para dejar al empresario en situación de franca desventaja e indefensión, ya que:

- Otorga al consumidor y usuario la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, ¡sin necesidad de justificar su decisión! (art. 68.1).
- Elimina la posibilidad, contemplada en nuestro derecho (art. 56 C.Com.), de introducir cláusulas penales, al declarar “nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento” (art. 68.1, *in fine*).
- El ejercicio de este derecho no está sujeto a formalidad alguna (art. 70).
- No establece un “mínimo” de cuantía del contrato (recordemos que la Ley 26/1991 no se aplicaba a compras inferiores a 8.000 pts.).
- Por supuesto, su ejercicio no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario (art. 73), pero es que ¡“la imposibilidad de devolver la prestación del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento”! (art. 75). Sólo cuando dicha imposibilidad le sea imputable —cosa que ¿tendrá que demostrar el empresario?— responde el consumidor y usuario del valor de mercado de la prestación.
- El consumidor y usuario que ejercite este derecho no tiene, en ningún caso, obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (art. 79).
- Maneja alegremente conceptos jurídicos indeterminados, como eximir de responsabilidad al consumidor si usa de la “*diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*” (art. 75.2), o la obligación del empresario de devolver las sumas abonadas “*lo antes posible*” (art. 76).
- Finalmente, y como veremos más adelante, se regula aquí este derecho con carácter general, y luego se reitera en Títulos posteriores de la LCU para contratos especiales (fuera de establecimiento mercantil, a distancia, etc.), con las consiguientes disfunciones legislativas que esta técnica de remisión provoca.

En la parte que es “réplica” del derecho de arrepentimiento previsto para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la regulación es correcta y no le es achacable ninguno de los excesos anteriormente descritos, ya que se limita a recoger lo que estaba ya previsto en la Ley 26/1991:

- La obligación del empresario de informar por escrito al consumidor y usuario, de forma clara, comprensible y precisa, de su derecho de desistimiento (art. 69).
- El plazo de revocación es de un mínimo de 7 días hábiles (art. 71).
- En el caso de ejercicio del derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil, sin coste alguno para el consumidor y usuario (arts. 73 y 74).

V.3.5. Condiciones generales y cláusulas abusivas

Aunque la LCU aporta su propia regulación de esta materia, la contenida en el Título II del Libro Segundo, el texto se remite (art. 59.3) además a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), en aquellos casos en los contratos con consumidores y usuarios incorporen este tipo de cláusulas. En este aspecto no nos parece acertada la técnica legislativa empleada, ya que con ella no avanza hacia lo que pretendidamente quiere conseguir: la existencia de una única regulación de las materias que aborda.

Por la importancia práctica de esta cuestión, en el conjunto de medidas legislativas del derecho mercantil orientadas a la protección de los consumidores y usuarios, el tema de las condiciones generales y cláusulas abusivas se examina en el epígrafe siguiente.

V.3.6. Contratos celebrados a distancia

Se regulan en el Título III de este Libro segundo, y se entienden como tales “los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario” (art. 92).

La redacción de este Título, y los diferentes Capítulos que lo integran, tiene un claro carácter garantista y protector del consumidor, estableciendo multitud de obligaciones para el empresario, como la de suministrar la información precontractual (art. 97), confirmar por escrito la información (art. 98), prohibición de envíos no solicitados (art. 100), etc.

Nos parece deficiente —por lo escueta y genérica— la remisión que hace a la “normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico” (art. 94) para el caso de contratación a distancia por medios electrónicos, habida cuenta de la importancia creciente y la existencia de leyes concretas sobre esta materia, y la importancia jurídica de precisar cuándo se perfecciona un contrato

celebrado entre ausentes. En este punto —una vez más— la LCU no soluciona el problema de diferentes cuerpos legales regulando las mismas materias.

Finalmente, y como ya hemos señalado, se reitera el derecho de desistimiento (arts. 101 y 102) que asiste a los consumidores y usuarios, y en cuanto a la regulación de la ejecución del contrato, hemos de celebrar la inclusión de una previsión específica para el pago mediante tarjeta (art. 106), hasta ahora —sorprendentemente— ausente de nuestra regulación en esta materia.

V.3.7. *Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales*

Se regulan en el Título IV de este Libro segundo, derogando explícitamente la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (nótese la precisión gramatical de nuestro legislador, que he reemplazado el término “mercantiles” por el de “comerciales”), lo que incluye por expresa previsión legal (art. 107) los celebrados en la vivienda de los consumidores y usuarios o también los celebrados en un medio de transporte público.

Aquí sí que se recoge, dentro del catálogo de excepciones (art. 108), los contratos en los que la prestación total a cargo del consumidor y usuario sea inferior a 48,08 euros (es decir, traducción matemática y precisa de las antiguas 8.000 pts), y una vez más, el derecho de desistimiento (arts. 110 y 111).

V.3.8. *Garantías y servicios posventa*

Este Título V del Libro segundo, aunque no lo diga expresamente en ningún sitio, es directo heredero de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y en consecuencia incorpora a la LCU el principio rector de esta ley (que, recordemos, fue resultado de la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo), el llamado *principio de conformidad*: “el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto” (art. 114).

En su afán de “renombrar”, habla nuestro legislador a lo largo de todo este Título V de garantía de los *productos* de consumo (en vez de los *bienes* de consumo), y regula con profusión cuestiones como la reparación y sustitución del producto (arts. 119 y 120), la rebaja del precio y la resolución del contrato (arts. 121 y 122), el ejercicio de derechos —a través de las correspondientes acciones— por los consumidores y usuarios (arts. 123 y 124), etc.

El Capítulo IV, último de este Título, bajo la rúbrica “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa” lo que hace es desmembrar el artículo 11 de la antigua Ley 26/1984, que trataba de todas estas cosas, y pensamos que ahora quedan más claramente separadas y reguladas. Se recoge la posibilidad —voluntaria, adicional— de ofrecer una garantía comercial adicional (art. 125), cuestión que, vista la insuficiencia de la regulación legal de los vicios (véanse, los

deficientísimos arts. 336 y 342 C.Com.) está a la orden del día. Se regulan las obligaciones en relación con los productos de naturaleza duradera (art. 126). Finalmente, se recogen las cuestiones de reparación y servicios posventa (art. 127), en relación con el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo (también a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse).

V.3.9. Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos

A esta cuestión dedica la LCU todo el Libro Tercero, con derogación expresa de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (nótese, no obstante, las diferencias terminológicas: antes, donde decía “bienes” han puesto “productos”; ahora, justo lo contrario...). Como se ha señalado en la introducción, dedicamos a esta cuestión un apartado específico, con lo que nos limitamos aquí a reseñar brevemente las novedades más relevantes.

Recordemos que dicha Ley recepcionaba en nuestro Derecho la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, y por ello utilizaba unos conceptos y un ámbito de protección totalmente diferentes a los de la Ley 26/1984 (por otro lado, es de justicia señalar que la Ley 22/1994, de responsabilidad por Productos Defectuosos estaba, además, mucho mejor redactada que la Ley 26/1984). El resultado de esta superposición de ordenamientos es que la regulación jurídica no podía ser más confusa y, para más caos en esta materia, la Ley 26/1984 era particularmente defectuosa (recuérdese, por ejemplo, la flagrante contradicción entre los arts. 25 y 26 en materia de responsabilidad objetiva por daños).

Por tanto, el mero hecho de haber reformado la anterior regulación y haberla integrado en un único texto legal, la LCU, ya es en sí mismo meritorio, y mejor cauce procesal para asegurar la efectiva protección, y que se cumpla que *“todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”* (art. 128).

Esta parte se estructura en dos Títulos, el primero relativo a las disposiciones comunes en materia de responsabilidad (arts. 128 a 134), y el segundo relativo a disposiciones específicas (arts. 135 a 149). Entre éstas últimas, cabe señalar que se reiteran algunos conceptos y definiciones legales, como el de producto (art. 136) o productor (art. 138); se recoge el concepto de “producto defectuoso” (art. 137), y el principio general de que los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen (art. 135).

Finalmente, señalar que queda mucho más clarificado el régimen de atribución de responsabilidad, al detallarse la obligación de prueba por parte del perjudicado (art. 139), las causas de exoneración del productor (art. 140), y el aminoramiento o incluso no existencia de responsabilidad si concurre culpa del perjudicado (art. 145).

V.3.10. Regulación de los viajes combinados

Se regulan en el Libro cuarto de la LCU, el más breve (sólo se compone de dieciséis artículos, del 150 al 165), estructurado en dos títulos: el primero, relativo a

disposiciones generales (ámbito de aplicación, información precontractual y formalización del contrato, derechos —en este ámbito concreto— del consumidor y usuario y modificación del contrato); y el segundo, con disposiciones relativas a la resolución del contrato y responsabilidades.

Como en cualquier otra materia, es loable que se aporte, a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación, una definición de “viaje combinado”, el cual se entenderá (art. 151) como la combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia.

Los elementos a que se refiere el párrafo anterior son: i) transporte, ii) alojamiento, y iii) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado. Se definen igualmente los conceptos de “organizador”, “detallista”, “contratante principal”, “beneficiario”, “cesionario”, “consumidor o usuario” y “contrato”.

Las cuestiones que se regulan son la información contractual contenida en el programa-oferta que el organizador debe poner a disposición de los consumidores y usuarios (art. 152), y que es vinculante (art. 152); la forma y contenido del contrato (art. 154); y otros derechos de los consumidores y usuarios, como pueden ser la cesión de la reserva que hayan hecho a otra persona (art. 155) o la exigencia de información adicional (art. 156).

Es evidente que, en este aspecto concreto, la LCU se hace eco de las continuas quejas y reclamaciones que los consumidores y usuarios han venido interponiendo estos últimos tiempos contra las Agencias de Viajes, empresas Tour-operadoras, etc., por los abusos a que eran sometidos (cambios de fechas, calidad de los alojamientos sensiblemente distinta —inferior, naturalmente— a la pactada, retrasos en los viajes, etc.).

Así, en el supuesto de que el consumidor y usuario opte por resolver el contrato, al amparo de lo previsto en el artículo 158 (modificación significativa de algún elemento esencial llevada a cabo por el organizador, antes de la salida del viaje), o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no sea imputable al consumidor y usuario, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas, con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo (art. 159).

Igualmente, en el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o el detallista deberán reembolsar al consumidor y usuario, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato.

En línea con el tenor un tanto “sobrepoteccionista” al que venimos haciendo referencia en este comentario, se establece (art. 160) que en todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero —menos mal, algo se establece también para proteger al empresario— deberá

indemnizar al organizador o detallista en las cuantías relativas a los gastos de gestión, los de anulación, etc.

Finalmente, y en este sentido, el último Capítulo de este Libro IV, el relativo al régimen de responsabilidad y garantías, para caso de incumplimiento por parte del organizador de un viaje combinado, prevé una serie de soluciones (arts. 161 a 165) que, en nuestra opinión, pueden llevar seriamente a replantearse el ejercicio de actividades económicas en el sector turístico a más de uno, por lo gravosas de las mismas.

VI. Los contratos sometidos a condiciones generales

VI.1. La contratación mediante cláusulas predispuestas

En la actualidad mercantil hay gran cantidad de contratos que no pueden ser discutidos individualmente, tanto porque las partes no tienen de hecho la misma capacidad para la discusión de las cláusulas contractuales como porque carecen de tiempo preciso para esta negociación, cuando la contratación es en serie o en masa. De ahí que desde hace tiempo se ha generalizado la conclusión de contratos sometidos a condiciones generales que han sido redactadas previamente por una de las partes.

Esta nota de la redacción previa y unilateral del contenido del contrato, en todo o en parte, es una característica importante de este tipo de contratación, regulada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la cual modificó a su vez la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con el objetivo de transponer la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Como ha quedado señalado anteriormente, precisamente la “modernización” del régimen de las cláusulas abusivas en los contratos fue uno de los principales motivos de la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y a él se dedica el Título II del Libro Segundo de la LCU, según redacción otorgada por el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.

Veremos a continuación cuáles son los principales conceptos en este ámbito, cómo estaba regulado anteriormente, y qué modificaciones principales introduce el legislador en la reciente reforma.

VI.2. Concepto y características

La LCGC define las condiciones generales diciendo que son “las cláusulas contractuales predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (art. 1.1).

Los contratos a los que se incorporan las condiciones generales se considera que son contratos de adhesión, siendo una de las partes calificada como *predisponente* (un profesional, sea empresario o no, siempre que actúe en el marco de su actividad profesional) y la otra como *adherente* (cualquier persona física o jurídica, empresario, profesional o consumidor).

La LCGC establece, además de un régimen especial para el ejercicio de acciones colectivas referentes a la utilización de condiciones generales contrarias a la Ley, un control de las mismas por medio de la creación de un Registro de condiciones generales de la contratación, así como ha impuesto a los Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y a los Corredores de Comercio determinadas obligaciones.

VI.3. Las cláusulas abusivas frente a los consumidores

La entrada en vigor, en 1998, de la LCGC modificó la Ley 26/1984, de defensa de los consumidores, dando una nueva redacción a su artículo 10, regulando las cláusulas contractuales no negociadas individualmente con los consumidores. Pese a que podía haberse aprovechado la reciente reforma para integrar la LCGC en la LCU, como se ha hecho con otros cuerpos legales, no ha sido así, y el RDLeg 1/2007 no hace de la LCGC objeto de refundición.

El entonces artículo 10 bis de la Ley 26/1984 daba una noción de cláusulas abusivas diciendo que son “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Habrá que tenerse en cuenta, además, las circunstancias que concurren en la celebración del contrato. Son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

VI.4. La regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas

Como ha quedado dicho, se recogen en el Título II del Libro Segundo; este Título comprende los artículos 80 al 91, y se estructura en dos Capítulos: el primero a las condiciones generales y el segundo a las cláusulas abusivas. Como veremos a continuación, este aspecto concreto de la reforma operada por el RDLeg 1/2007 no puede, desde luego, calificarse como un acierto de técnica legislativa.

Así, el Capítulo I, que trata de las condiciones generales (aunque las califica con la rúbrica de “Cláusulas no negociadas individualmente”, de forma que no se sabe si crea un nuevo concepto, o ha de asimilarse al contenido en la LCGC), parte —sin definirlo— directamente de esa figura, y señala (art. 80) qué requisitos deben cumplir: concreción, claridad y sencillez en la redacción (o sea, lo que ya dice el art. 5.4 LCGC); accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (o sea, lo que ya ha dicho el texto de la propia LCU previamente, en el art. 60); buena fe y

justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (es decir, los elementos cuya falta caracteriza a las cláusulas abusivas), lo que en todo caso —dice la LCU con admirable reiteración— “excluye la utilización de cláusulas abusivas” (art. 80.1.c).

Pese a esta deficiente técnica legislativa con la que hemos comenzado, es de agradecer que el Capítulo II, el que regula las cláusulas abusivas, no incurra en las mismas reiteraciones, y recoja de modo sistemático y claro lo que antes se contenía en el artículo 10 de la Ley 26/1984.

Empieza dando un concepto de cláusulas abusivas (art. 82), estableciendo su nulidad (art. 83.1) y la del contrato en el que estaban insertas, por lo menos en la parte afectada por ellas (art. 83.2). Tras el mandato a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles de que no las autoricen ni inscriban (art. 84), la LCU lleva a cabo una acertada enumeración de los diferentes tipos de cláusulas abusivas, siempre dando una categoría general de las mismas, y luego una enumeración —no exhaustiva— de posibles ejemplos.

Así, y recogiendo las pautas de la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la LCU instaura la siguiente tipología, estableciendo que serán abusivas las cláusulas:

- Por vincular el contrato a la voluntad del empresario, en cuanto al plazo, interpretación, etc. (art. 85).
- Por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86).
- Por falta de reciprocidad en el contrato (retención de cantidades abonadas por el consumidor, sin previsión equivalente en el caso de renuncia del profesional), contraria a la buena fe (art. 87).
- Por imponer garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88).
- Que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89).
- Sobre sumisión a fuero y derecho aplicable (art. 90).

VII. La regulación de las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo

El Título V del Libro segundo de la LCU, artículos 114 a 127, es heredero directo de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la cual queda explícitamente derogada². No obstante, sus disposiciones han sido recogidas en este Título V prácticamente sin modificaciones, salvo algunos retoques que se señalarán a continuación. La fidelidad mostrada a la anterior regulación es asombrosa, y la mayoría de los cambios dispuestos obedecen a intenciones aclaratorias o necesidades de armonización con el resto de preceptos de la Ley, o al afán de “renombrar” de nuestro legislador. Pero su contenido esencial y su estructura son muy similares a los de

² En la Exposición de motivos se afirma que en este Título se armonizan las disposiciones de la Ley 23/2003 y de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo referente a “garantías y responsabilidades”. En este último caso, se refiere al Capítulo VIII de dicho cuerpo legal (artículos 25 a 31), aunque también se debería incluir el artículo 11 (garantía comercial y productos duraderos).

la Ley 23/2003, e incluso los preceptos siguen un mismo orden sistemático, y poseen el mismo título e idéntica redacción. Eso sí, el Título V se divide en cuatro capítulos, mientras que la Ley 23/2003 no constaba de división alguna.

El Capítulo I trata de las disposiciones generales. El artículo 114 está dedicado a los principios generales, y ya en este primer precepto aparece la referencia al que era el principio rector de la Ley de Garantía: la falta de *conformidad*³. La falta de conformidad era mencionada en la Ley de Garantía en el artículo 4, dedicado a “la responsabilidad del vendedor y los derechos del consumidor”. Igualmente, se han eliminado las definiciones de “vendedor” y de “bien de consumo”, pasando éste último a ser un “producto”, que es un concepto ya definido en el artículo 6. No parece acertada la eliminación de la definición de “vendedor”, pues no está recogida en ningún otro lugar de la nueva LCU (deberemos remitirnos a la legislación civil), y éste se distingue de la figura del proveedor, que sí aparece definida en el artículo 7.

El artículo 115, referente al ámbito de aplicación de este Título, tiene un contenido más claro que el de su análogo en la Ley 23/2003 (antiguo artículo 2). Así, se recoge el aspecto positivo (el precepto establece que están incluidos en el ámbito de aplicación “los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”) y el negativo del ámbito de aplicación (“no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que consumidores y usuarios puedan asistir personalmente”). En la Ley 23/2003 únicamente se señalaba quiénes quedaban excluidos y, al final, se mencionaba únicamente la inclusión expresa de los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.

El novedoso artículo 117 establece que “*el ejercicio de las acciones que contempla este Título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa*”. No obstante, en el párrafo siguiente afirma el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado, en todo caso, conforme a la legislación civil y mercantil por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

El Capítulo II, referente a la “responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario”, artículos 118 a 122, no ofrece novedades o cambios importantes respecto de la legislación anterior (artículos 4 a 8 de la Ley 23/2003). Por lo tanto, se mantiene el mismo régimen de responsabilidad del vendedor en caso de falta de conformidad. Cabe destacar que el artículo 118 reincide en el error de enumerar los diferentes derechos del consumidor y usuario, pudiendo parecer que éste podrá optar entre todos ellos (a pesar de la frase “de acuerdo con lo previsto en este título”), cuando en verdad sólo podrá solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato cuando no pueda exigirse o no se hubiera llevado a cabo

³ Resultado de la transposición a nuestro ordenamiento de la directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo.

adecuada y satisfactoriamente la reparación o sustitución del producto. Por otro lado, en el artículo 119 se añade un párrafo acerca de un criterio determinante de cuando los costes de reparación y sustitución no son razonables. Así, para que no sean razonables “los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento”.

El Capítulo III trata del ejercicio de derechos por el consumidor y usuario. En el artículo 123 se regulan una serie de plazos: el de responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del producto (2 años), de presunción de existencia de falta de conformidad en el momento de la entrega del producto (6 meses, desde la entrega), de prescripción de la acción para reclamar (3 años), y el plazo máximo para informar al vendedor de la existencia de la falta de conformidad (2 meses, desde que el consumidor tenga conocimiento de ella). Se trata de los mismos plazos contemplados por el artículo 9 de la Ley de Garantía. También es idéntica la regulación de la acción contra el productor (artículo 124), con la salvedad de que se ha eliminado la definición de “productor”, ya que ésta aparece en el artículo 5.

El capítulo IV lleva por rúbrica: “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa”. Lo que se hace aquí es desmembrar el artículo 11 de la antigua Ley 26/1984, que regulaba todas esas materias que, con la separación en varios preceptos, quedan más claramente reguladas. En el artículo 125⁴, se recoge la posibilidad de ofrecer —de forma voluntaria, opcional— una garantía comercial adicional al consumidor y usuario, lo cual, vista la insuficiencia de la regulación legal de los vicios (artículos 336 y 342 del Código de Comercio), está a la orden del día. En dicho precepto se elimina el que era el punto quinto del artículo 11 de la Ley de garantía, pues se refería a los productos de naturaleza duradera (“bienes” en la Ley de garantía), que pasan a tener un precepto propio e independiente (el artículo 126). El artículo 127 está dedicado a regular las cuestiones de reparación y servicios posventa, en relación con el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo de 5 años, a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse. El artículo 12 de la Ley 23/2003 no ha sido reflejado en la LCU, si bien su ausencia es un acierto pues versa sobre la acción de cesación, ya contemplada y regulada en el Capítulo I del Título V del Libro primero (artículos 53 a 56).

Por último, destacar que las Disposiciones Transitorias Primera (acerca de la garantía comercial) y Segunda (acerca de qué productos deben entenderse duraderos) de la LCU se corresponden con las de la Ley de Garantía. No obstante, en la Disposición Transitoria primera se añade una referencia a las obligaciones del productor, o en su defecto, el vendedor, en relación con los bienes de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003.

⁴ Su título es “garantía comercial adicional”, más acertado que el del artículo 11 de la Ley de garantía: “garantía comercial”.

VIII. La regulación de la Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos

La LCU dedica todo su Libro tercero a esta cuestión, derogando expresamente la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (en adelante LPD). Aquí se armonizan las disposiciones sobre responsabilidad por los daños que los bienes o servicios han ocasionado, durante su consumo. Es decir, la mencionada Ley 22/1994 y el Capítulo VIII de la antigua Ley 26/1984, en lo referente a responsabilidad, lo cual es de agradecer, dada la gran confusión que provocaba esta superposición de ordenamientos (e incluso había lugar para contradicciones, como las del artículo 25 y 26 de la antigua Ley 26/1984). Llama la atención que, en este caso, el legislador opte, en su ya comentado afán por renombrar, por llamarlos “bienes y servicios defectuosos”, en lugar de “productos defectuosos”, máxime cuando en el Título V del Libro II hace lo contrario (cambia “bienes de consumo” por “productos de consumo”) y existe una definición de “producto” tanto en el artículo 5, como en el 136 (perteneciente a este libro). Asimismo, paradójicamente, los “fabricantes e importadores” pasan a ser los “productores”.

El libro tercero, artículos 128 a 149, está dividido en dos Títulos (a su vez divididos en dos capítulos cada uno): el primero trata acerca de las disposiciones comunes para todos los productos defectuosos, y el segundo acerca de disposiciones específicas (distinguiéndose la responsabilidad que recogía la LPD y la que recogía el capítulo VIII de la antigua Ley 26/1984).

A pesar de darse numerosos cambios en el orden sistemático de los artículos, consecuencia del ímpetu del legislador en dar cuanta más claridad mejor a esta materia, tampoco hay aquí grandes cambios en el régimen jurídico. Así, se mantiene el ámbito de protección del artículo 10 de la LPD: “los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”. Este ámbito de protección es aplicable también a los casos de responsabilidad por daños causados “por otros bienes o servicios” (en referencia a la regulación de la antigua Ley 26/1984). Asimismo, se mantiene la ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (artículo 14 LPD); la responsabilidad solidaria (artículo 7 LPD); los conceptos legales (artículos 2 a 4 LPD) de producto, producto defectuoso y productor (antes “fabricante o importador”); las causas de exoneración de la responsabilidad del productor (artículo 6 LPD); la franquicia para los daños materiales (al final del artículo 10.1 LPD), ahora de 390,66 Euros y antes de 65.000 pesetas; el límite de la responsabilidad global (artículo 11 LPD), ahora cifrado en 63.106.270,96 euros; antes en 10.500 millones de pesetas; la posibilidad de reducir o suprimirse la responsabilidad del productor en caso de concurrir culpa del perjudicado (artículo 9 LPD); y la prescripción de la acción de reparación de los daños y perjuicios ocasionados por productos defectuosos a los tres años (artículo 12 LPD).

También se mantienen los regímenes de prueba que contemplaban tanto la LPD (artículo 5 de dicho cuerpo legal), como la antigua Ley 26/1984 (artículos 26 y 28). Así, en el primer caso sigue existiendo la necesidad de que el perjudicado demuestre el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos; mientras que en los otros dos casos continúa existiendo un régimen general (con inversión de la carga de la prueba, hacia el productor) y uno especial (de responsabilidad objetiva, para daños producidos en el “correcto uso”). Respecto a este último caso, llama la atención que se haya reducido la lista de productos y servicios que “en todo caso” se consideran sometidos a dicho régimen especial de responsabilidad objetiva. De hecho, sólo abarca a los servicios, eliminándose de la lista lo referente a cosméticos y productos de limpieza, juguetes y productos dirigidos a niños, etc. El artículo 148 se refiere exclusivamente a daños originados “en el correcto uso de los servicios”, mientras que el artículo 28 de la antigua Ley 26/1984 habla de “correcto uso y consumo de bienes y servicios”. El único producto al que se le aplica dicho régimen especial es la vivienda (“que se construya o se comercialice”, es decir, de primera o de segunda mano), por medio del artículo 149.

Por razones de claridad y armonización, el artículo 128, en su párrafo segundo, dispone que: *“Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que pueda tener el perjudicado a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes y servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”*. Con ello lo que hace el legislador es unificar el contenido de los artículos 10.2 y 15 de la LPD, así como declarar compatible las acciones reconocidas aquí con las relativas a la falta de conformidad del producto con el contrato (Título V del Libro II).

Por último, destacar que se añaden dos preceptos cuyo antecedente legislativo se encuentra en la Disposición Final de la LPD: el artículo 131, relativo a la posibilidad de que el Gobierno establezca, previa audiencia de los interesados y las asociaciones de los consumidores, “un sistema de seguro obligatorio” para estos casos de responsabilidad, y un “fondo de garantía” que “cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales”; y el artículo 142, que declara que “los daños materiales producidos en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo”.

IX. Las vías de reclamación efectiva

El consumidor o usuario, ya sea persona física o jurídica (asociaciones de consumidores), puede obtener la tutela efectiva de los derechos o intereses legítimos que considere lesionados a través de tres instrumentos: la vía judicial, el arbitraje y los procedimientos de mediación. Los tres, que serán objeto de análisis aquí, tienen como punto de partida la llamada “hoja de reclamación”.

Debemos partir de la base de que no se trata sólo de una opción que puedan realizar dichos consumidores y usuarios, sino que es una obligación de los poderes

públicos tal y como dispone el ya citado art. 51.1 de la Constitución. Estos procedimientos son la consecuencia final del descontento de los consumidores ante los posibles abusos de los que sean objeto en el desarrollo de la actividad comercial.

IX.1. La hoja de reclamación

En un momento inicial la mayoría de los consumidores tienden como medida de protesta a presentar una hoja de reclamación, que es el instrumento por el cual se pone de manifiesto al organismo competente la práctica irregular que ha cometido el comercio, solicitando el esclarecimiento de los hechos. Se ofrece, en el Anexo III, un modelo de hoja de reclamación.

Mediante la presentación de la hoja de reclamación, el consumidor no recibe ningún tipo de compensación económica por los daños sufridos, sin perjuicio, de que pueda recaer sobre el establecimiento comercial denunciado una multa o sanción, siempre y cuando los servicios de consumo encuentren pruebas para ello.

No todos los establecimientos están obligados a tener a disposición del público hojas de reclamación, sólo aquellos que en caso de no tenerlas estén violando el LCU. Esta ley impone que deberán facilitar el impreso a todos los clientes que lo soliciten los siguientes establecimientos: *bares, restaurantes, hoteles, discotecas, gasolineras, tintorerías, empresas de transporte de viajeros, agencias de viajes, empresas de espectáculos, talleres de reparación de vehículos, panaderías, locales de juegos de azar, talleres de reparación de electrodomésticos y autoescuelas*. Sin embargo, la normativa específica de determinadas comunidades autónomas y municipios amplían este listado a otros comercios. Como por ejemplo, en Madrid y Andalucía.

Esta diversidad de normativa puede producir desconcierto entre los consumidores, por lo tanto, cuando no quede muy claro si el establecimiento está obligado o no a tenerlas, se recomienda consultar la Oficina Municipal de Información al Consumidor o a las asociaciones de consumidores.

También es importante saber que en caso de que el establecimiento estando obligado, no facilite o no disponga en ese momento de hojas de reclamación, se podrá interponer una denuncia en la Comisaría de Policía o en las dependencias de la Guardia Civil.

Para poder interponer correctamente la queja por medio de la hoja de reclamación, se deben seguir las siguientes indicaciones:

- En el impreso de la hoja existe un espacio reservado para especificar los motivos de la queja. Este punto se plantea de forma genérica, y no hay ninguna fórmula que guíe al usuario en su exposición. Los motivos que han provocado su insatisfacción deben de exponerse de manera clara y concisa, así como la actuación que solicita de la administración competente.
- Es de vital importancia para su comprobación posterior, que se indique la fecha y la hora en la que sucedieron los hechos.
- El impreso de la hoja de reclamación cuenta con tres copias de diferentes colores. El consumidor debe guardar dos copias: la de color verde y la blanca ya que la rosa corresponde al propietario. La hoja blanca es el documento original y el consumidor será el responsable de enviarla al organismo competente.

- Hay que guardar todos los documentos que sirvan como prueba de la reclamación: factura, el resguardo de la compra, folletos publicitarios, garantía, etc.
- Se debe hacer llegar lo más pronto posible la hoja correspondiente al organismo competente. Si en las instrucciones no se indica cuál es el servicio al que se debe dirigir, se podrá saber a través de la OMIC o de las asociaciones de consumidores dónde debe mandarlo. Siempre será competencia del organismo público de la comunidad autónoma donde se encuentre el establecimiento.
- La manera más eficaz de hacer llegar la hoja de reclamación es personarse en las oficinas pertinentes. De esta forma, podrán sellar la copia quedando constancia de que se ha entregado la reclamación. Si no fuera posible realizarlo de esta manera, por entre otros motivos encontrarse en una comunidad autónoma diferente de la que se produjeron los hechos, se podrá utilizar el servicio de fax público que ofrece Correos, denominado buró fax, con el que queda constancia de forma fehaciente del contenido.
- Para que puedan servir como prueba se pueden adjuntar todos los documentos de que se disponga, siendo preferible entregar una fotocopia y guardar los originales hasta el momento en el que los requiera el organismo competente.
- Si el establecimiento no está obligado a tener hojas de reclamaciones, se deberá escribir la queja en una carta, indicando los datos personales y la identificación del establecimiento, aportando las pruebas y facturas correspondientes.
- Una vez que la hoja de reclamación haya llegado a su destino, la resolución del organismo competente tardará entre cuatro y seis meses en producirse. Aunque la Administración correspondiente se suele poner en contacto con el reclamante para notificarle si el establecimiento ha sido sancionado o no, es recomendable pedir información sobre el estado del expediente si en un plazo de seis meses no se ha recibido ninguna comunicación.

Como ya se ha mencionado, presentar una hoja de reclamación, no beneficia al consumidor en materia de compensación económica por daños y perjuicios, por lo tanto en caso de que se quiera obtener una indemnización se tendrán que iniciar los trámites para llevar la reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo o iniciar el procedimiento por vía judicial.

IX.2. El procedimiento judicial

Para poder explicar como se inicia un procedimiento judicial, primero debemos tener claro que pueden estar legitimados, tanto el consumidor individual, como una pluralidad de consumidores.

En efecto, el artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece la legitimación del consumidor perjudicado individualmente. Este artículo plantea la duda sobre la existencia o no de legitimación, en el caso de que un consumidor individual solicite el ejercicio de una acción colectiva. El ordenamiento jurídico aclara la duda estableciendo que sólo se atribuye esta legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley sean representativas (art. 11.3 LEC), al

Ministerio Fiscal y a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea (art. 11.4 LEC), sobre esta materia se pronuncia la SAP de Barcelona, de 3 de noviembre de 2003.

En este caso, en el que se trata de proteger intereses colectivos o difusos, el ordenamiento jurídico español permite interponer acciones colectivas. El fin de estas acciones no sólo es proteger los intereses individuales de cada uno de los perjudicados, sino también evitar posibles daños en consumidores potenciales disuadiendo al empresario imputado para que cese esa actividad perjudicial. Por tanto, están legitimados:

- Los grupos de consumidores afectados.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios.
- Las entidades legalmente constituidas para la defensa y protección de los consumidores y usuarios.
- Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de la acción de cesación.

IX.3. La mediación y conciliación

La mediación es un sistema de solución de conflictos de intereses que busca poner fin al conflicto, por medio de un acuerdo entre las partes. Al acuerdo se intentará llegar tras una fase de negociación, en la que se busca aproximar las posiciones de ambas partes, e incluso proponer posibles soluciones. Si se llega a un acuerdo, este tendrá carácter de privado entre el consumidor y el empresario. Es una de las dos formas para llevar a cabo la resolución de las quejas o reclamaciones planteadas por los consumidores ante las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 4 RD 636/1993).

La otra forma es la conciliación (art. 12.4 RD 636/1993), en la que la junta arbitral puede impulsar la consecución de un acuerdo que ponga fin a la controversia existente entre el consumidor que reclama y el empresario frente al que se dirige la reclamación.

El 30 de marzo de 1998, la Comisión de la UE aprobó una Comunicación sobre la solución extrajudicial de los conflictos de consumo, que se incluye en la Recomendación 1998/257/CE. Además, y a estos efectos, los consumidores podrán consultar el formulario europeo de reclamación del consumidor en la pına web <http://europa.eu.int.comm/dg24>.

IX.4. El arbitraje

Para finalizar la última vía de solución de conflictos que surjan entre consumidores y usuarios, es el arbitraje. La asistencia a este procedimiento es estrictamente voluntaria, requiriéndose en todo caso convenio arbitral. Por lo tanto, deberá constar la voluntad expresa del consumidor a través de la solicitud de arbitraje. Existen diversos modos de formular la solicitud: por escrito, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, siempre que garanticen su autenticidad.

La exigencia de la voluntad del consumidor o usuario se plasma en la SAP de Barcelona, de 25 de julio de 1996, y en la SAP de Madrid, de 4 de abril del 2000.

Otro de los requisitos necesarios es la voluntad del profesional o empresario que represente la otra parte de la relación conflictiva. La materia objeto de arbitraje debe de ser de libre disposición por las partes conforme a derecho. En consecuencia, no podrán ser objeto de arbitraje las materias que no se puedan separar de otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. Esto ha sido reconocido por la SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 2003.

Para concluir este apartado, podemos señalar —resumidamente— las características del arbitraje:

- Carácter *voluntario*: como ya se ha dicho es necesario que el acuerdo entre las partes se plasme en un convenio arbitral.
- Es *administrativo*: las entidades encargadas de la gestión son las Juntas Arbitrales de Consumo, que dependen de las Administraciones Públicas.
- Es *rápido y sin formalidades especiales*: se debe de respetar unos principios básicos, dado que la solución adoptada va a tener fuerza vinculante entre las partes de forma similar a las propias resoluciones jurisdiccionales.
- Es *gratuito*: con ello se busca dar posibilidad a las partes para que puedan acudir por sí mismas (consumidor individual, por un grupo de individuos o por una asociación de consumidores y usuarios) o por medio de un representante sin que éste necesariamente tenga la condición de abogado. Sin embargo, los gastos derivados de la práctica de las pruebas que solicite cualquiera de las partes correrán a su cargo, mientras que las pruebas solicitadas por ambas se pagarán a mitad.
- Es de *equidad*: salvo que las partes al formalizar el convenio arbitral, pacten que se someten a un arbitraje de derecho, los árbitros emitirán su laudo sin sujetarse a derecho positivo.

X. Valoración final

Como conclusión a este análisis y estas reflexiones sobre la nueva regulación de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducida en nuestro ordenamiento por el RDLeg 1/2007, simplemente reiterar algunas observaciones que ya se han ido apuntando a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, en su conjunto la reforma es positiva, ya que introduce claridad y sistemática en un régimen legal que antes estaba peligrosamente disperso y brillaba por su falta de claridad y confusión. Pese a que la protección de la libertad de elección del consumidor se consideraba como un valor digno de protección jurídica, y el artículo 51 de la Constitución Española prevé que los poderes públicos garantizarán esta defensa de los consumidores y usuarios, en la práctica, la maraña legislativa que regulaba esta materia, con abundantes ejemplos de reiteraciones, solapamientos y —en ocasiones— franca contradicción entre diversos textos legales provocaban indefensión.

En segundo lugar, y en relación a la técnica legislativa empleada, es necesario señalar también las deficiencias de esta nueva regulación, como las reiteraciones en

su articulado, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o ajenos a nuestra tradición jurídica, la remisión a otros cuerpos legales que no se han integrado en la LCU con motivo de la reforma, etc.

Así, se da una definición conjunta de “consumidor y usuario” sin distinguir entre uno y otro concepto; se hace una enumeración un tanto asistemática y deslabazada de los llamados “derechos básicos” de los consumidores y usuarios; se acude con relativa frecuencia al uso de conceptos vagos como la de plazos “excesivos” de duración o la obligación de devolución de cantidades “lo antes posible”; se acude al concepto de la “buena fe objetiva” como elemento de interpretación de los contratos; se reiteran los conceptos de condiciones generales y cláusulas abusivas; etc.

Finalmente, señalar que esta legislación parece confirmar la tendencia observada ya hace años en nuestro ordenamiento de la llamada “soberanía del consumidor”.

En efecto, cuestiones como el alcance y la configuración que se otorga en la LCU al ejercicio del derecho de desistimiento (sin necesidad de justificar la decisión, sin someterlo a formalidad alguna, sin límite de cantidad respecto al bien o servicio afectado, exonerando a los consumidores y usuarios de la obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva, etc.) han recogido las reclamaciones y las reivindicaciones de los consumidores, pero no han tenido en cuenta —al menos suficientemente— que el empresario es también digno de protección. En efecto, tal como han quedado reguladas ahora las obligaciones de uno y otro en relación con los contratos de consumo, el empresario parece quedar en situación de franca indefensión.

Por ello, y dado el carácter —en nuestra opinión— en ocasiones excesivamente garantista y sobreprotector de esta nueva regulación de la defensa de los consumidores y usuarios, esperemos que nuestro derecho positivo y la ulterior interpretación jurisprudencial no consagren una especie de “tiranía del consumidor”.

Anexo 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de “consumidor” en el Derecho español

- STS 1079/2006, de 3 de noviembre.
- STS 994/2006, de 16 de octubre.
- STS 303/2006, de 29 de marzo.
- STS 1033/2005, de 30 de diciembre.
- STS 963/2005, de 15 de diciembre.
- STS 426/2005, de 7 de junio.
- STS 251/2005, de 22 de abril.
- STS 1108/2004, de 17 de noviembre.
- STS 891/2004, de 21 de septiembre.
- STS 63/2003, de 31 de enero.
- STS 1152/2002, de 29 de noviembre.
- STS 844/2002, de 24 de septiembre.
- STS 556/2002, de 10 de junio.
- STS 277/2002, de 20 de marzo.
- STS 748/2001, de 23 de julio.
- STS 642/2001, de 19 de junio.
- STS 493/2001, de 22 de mayo.
- STS 1033/2000, de 15 de noviembre.
- STS 1026/2000, de 31 de octubre.
- STS 958/2000, de 25 de octubre.
- STS 922/2000, de 16 de octubre.
- STS 595/2000, de 15 de junio.
- STS 550/2000, de 1 de junio.
- STS 1181/1999, de 30 de diciembre.
- STS 803/1999, de 5 de octubre.
- STS 770/1999, de 30 de septiembre.
- STS 568/1999, de 18 de junio.
- STS 774/1998, de 20 de julio.
- STS 667/1998, de 18 de junio.
- STS 207/1998, de 17 de marzo.
- STS 35/1998, de 31 de enero.
- STS 664/1997, de 5 de julio.
- STS 429/1997, de 12 de mayo.
- STS 981/1996, de 22 de noviembre.
- STS 762/1996, de 3 de octubre.
- STS 540/1996, de 25 de junio.
- STS 793/1994, de 22 de julio.
- STS 530/1993, de 29 de mayo.

Anexo 2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de “consumidor” en el Derecho español

- STC 219/2005, de 12 de septiembre.
- STC 157/2004, de 21 de septiembre.
- STC 73/2004, de 19 de abril.
- STC 124/2003, de 19 de junio.
- STC 208/1999, de 11 de noviembre.
- STC 155/1996, de 9 de octubre.
- STC 146/1996, de 19 de septiembre.
- STC 147/1996, de 19 de septiembre.
- STC 313/1994, de 24 de noviembre.
- STC 169/1994, de 6 de junio.
- STC 284/1993, de 30 de septiembre.
- STC 264/1993, de 22 de julio.
- STC 227/1993, de 9 de julio.
- STC 228/1993, de 9 de julio.
- STC 202/1992, de 23 de noviembre.
- STC 148/1992, de 16 de octubre.
- STC 133/1992, de 2 de octubre.
- STC 14/1992, de 10 de febrero.
- STC 136/1991, de 20 de junio.
- STC 62/1991, de 22 de marzo.
- STC 211/1990, de 20 de diciembre.
- STC 13/1989, de 26 de enero.
- STC 15/1989, de 26 de enero.
- STC 80/1988, de 28 de abril.
- STC 69/1988, de 19 de abril.
- STC 88/1986, de 1 de julio.
- STC 87/1985, de 16 de julio.

Anexo 3. Modelo de hoja de reclamación

Hoja de Quejas y Reclamaciones

PERSONAS FÍSICAS:

Nombre y Apellidos: _____ D.N.I.: _____

Domicilio: _____

Población: _____

Provincia: _____ C.P.: _____ Teléfono: _____

En caso de representación:

Nombre y Apellidos de la persona representada: _____

El representante lo hace en calidad de: _____

PERSONAS JURÍDICAS:

Razón social: _____

C.I.F.: _____ Domicilio: _____

Población: _____ Provincia: _____

C.P.: _____ Teléfono: _____

Datos del registro público de la entidad: _____

Datos de la persona que presenta la queja o reclamación:

Nombre y Apellidos: _____

D.N.I.: _____ Actúa en calidad de: _____

IDENTIFICACIÓN DEL DEPARTAMENTO U OFICINA A LA QUE SE REFIERE LA QUEJA:

Nombre de la sociedad: _____

Departamento: _____

QUEJA O RECLAMACIÓN:

Describa los hechos y motivos de la queja o reclamación que presenta ante el Servicio de Atención al Cliente de la sociedad:

PETICIÓN QUE REALIZA A LA SOCIEDAD:

Describa la petición que realiza a la Sociedad en relación a los hechos anteriormente descritos:

En _____ a _____ de _____ de 200 _____

Firma del reclamante:

CAPÍTULO 6

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA,
ESTHER MONTERROSO CASADO

SUMARIO

TÍTULO PRIMERO: LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS CIVILES

- I. Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos civiles.
- II. El contrato de compraventa: Especial referencia a la compraventa de viviendas.
- III. El contrato de préstamo hipotecario.
- IV. El control de las cláusulas abusivas: Especial referencia al registral.

TÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN AL PERJUDICADO EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS

- I. Régimen aplicable a los daños por productos defectuosos.
- II. Ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad derivada de la LCU.
- III. Ámbito subjetivo de la responsabilidad derivada de la LCU.

TÍTULO PRIMERO: LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS CIVILES

I. Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos civiles

Las condiciones generales de la contratación, como ya se han definido en el capítulo anterior, son cláusulas predisuestas y pre-redactadas por una de las partes intervinientes en el contrato —la más fuerte—, mediante las cuales se da solución a la llamada contratación en masa, evitando la dificultad que supondría contratar con un elevado número de clientes en los mismos términos, formalizando con todos ellos los llamados contratos de adhesión.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), las define como “aquellas cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos”.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se refiere a los contratos celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—. Este concreto ámbito subjetivo, diferente del de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios (LCU), que se limita a proteger los contratos celebrados por un consumidor, no impide que puedan existir, también en los contratos civiles, condiciones generales. En efecto, la propia LCGC en el art. 2 señala que se aplicará a los contratos celebrados entre un profesional y una persona física o jurídica, por lo que, al hablar de persona física, entran de lleno los contratos civiles, celebrados entre un profesional y un particular, o incluso entre dos profesionales siempre que, como pasa en la compraventa, la compra sea un producto de consumo final, pues en ese caso, la persona jurídica es considerada como consumidor, tal y como recoge el art. 3 de la nueva LCU¹. Es más, tal y como dispone el art. 59 LCU, la nueva Ley se aplicará a los contratos celebrados entre un consumidor o un usuario y un empresario y, por tanto, según el concepto de consumidor que se maneja, esta Ley es de plena aplicación a una pluralidad de contratos civiles como compraventa, préstamo hipotecario, o incluso, ciertos arrendamientos, típico en los arrendamientos de obra, o fianzas.

Luego, que en los contratos civiles pueden existir condiciones generales de la contratación es evidente, tal y como se deduce de la propia LCGC y de la continua práctica y realidad del tráfico.

Como también ya se ha adelantado, las condiciones generales de la contratación serán nulas, tal y como dispone el art. 8 LCGC, cuando contradigan dicha Ley

¹ El art. 3 LCU 2007 considera que el consumidor es “la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

o cuando sean consideradas como abusivas conforme a lo dispuesto en la LCU. Centraremos nuestro estudio, fundamentalmente, en el examen de las cláusulas abusivas que sean a la vez condiciones generales —por tanto nulas— de la contratación en el ámbito civil.

El art. 10 bis de la Ley 26/1984, introducido a raíz de la LCGC, definía de manera amplia las cláusulas abusivas: “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley”; y en la disposición adicional primera de la misma Ley, introducida también por la Ley de Condiciones Generales, se establecía un elenco no taxativo de cláusulas que pueden considerarse abusivas.

El nuevo texto refundido de la LCU, de 16 de noviembre de 2007², en términos muy parecidos a la anterior Ley, define las cláusulas abusivas, en el art. 82, de la siguiente forma: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. A continuación, en los artículos 85 a 91 LCU se establece una relación de aquellas cláusulas que pueden ser abusivas, agrupándolas en seis grandes grupos:

1. Las que vinculan el contrato a la voluntad del empresario (art. 85).
2. Las que limitan los derechos básicos del consumidor (art. 86).
3. Las que carecen de reciprocidad (art. 87).
4. Las que suponen una sobre garantía (art. 88).
5. Las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato;
6. Las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

La relación de cláusulas que establece la nueva Ley, se encuentran agrupadas en los 4 mismos sectores que lo hacía la antigua, si bien, añade como tipos especiales las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución de los contratos y las que vulneren la competencia y derecho aplicable, asimismo, elimina el apartado de “Otras”. En general, la lista de cláusulas abusivas es muy similar a la de la anterior Ley, y no corresponde en este epígrafe hacer un estudio detallado sobre la regulación de las mismas, pues ya se ha explicado suficientemente en el capítulo anterior.

Pues bien, a continuación, y en las siguientes líneas, pretendemos poner de relieve cuáles son los contratos civiles más típicos en los que podemos encontrar condiciones generales de la contratación, centrándonos en dos de ellos: la compraventa y el préstamo hipotecario y, a continuación, analizar, dentro de ellos, cuáles son las condiciones

² La publicación del texto refundido de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, ha coincidido en el tiempo con la redacción de este artículo, por lo que me he visto obligada a introducir la nueva normativa de forma rápida, limitándome a dejar constancia de la misma. Por eso, todas las referencias jurisprudenciales, y los comentarios sobre la LCU que aparecen en ese análisis son anteriores a la publicación del texto refundido.

generales y las cláusulas abusivas más importantes y frecuentes en la práctica. Por último, examinaremos a quién corresponde el control de dichas cláusulas abusivas, deteniéndonos en una perspectiva nueva, como es el posible control por los Notarios y Registradores de las mismas, cuando se presenta a inscripción una escritura que contenga alguna de estas cláusulas abusivas.

II. El contrato de compraventa: Especial referencia a la compraventa de viviendas

II.1. La protección al consumidor en la compraventa

La compraventa celebrada entre particulares tiene un carácter claramente civil, pero, de igual modo, tiene ese carácter la celebrada entre un profesional y un particular (venta tradicional de consumo), o incluso la celebrada entre un profesional, y un “comerciante” cuando compra mercancías para su consumo propio (veanse SSTs 7 junio 1969, 14 diciembre 1970; 16 junio 1972; 14 de mayo 1979; 12 diciembre 1983), que pasa a ser consumidor.

Y dentro de estas compraventas civiles, las celebradas entre profesional y consumidor (sea persona física o jurídica), quedan dentro del ámbito de protección de los consumidores y al amparo de la LCU. Además, dentro de las mismas, la contratación puede hacerse en masa; pues hoy es muy difícil que los vendedores de determinados bienes puedan contratar individualmente las condiciones de venta con sus compradores, lo que convierte, a veces, estas compraventas en verdaderos contratos de adhesión, o al menos en contratos mixtos, en los que se incluyen condiciones generales de la contratación. Baste pensar, por ejemplo, en la venta de mercaderías por grandes almacenes, o establecimientos mercantiles, a los consumidores finales, y sobre todo en las compraventas de viviendas realizadas por el promotor-constructor a favor de destinatarios finales, o consumidor (sea persona física o jurídica), donde la protección al adquirente (consumidor) se hace imprescindible al ser esta compra, probablemente, la mayor adquisición que realice un consumidor en su vida, con las implicaciones que, incluso, en su esfera personal, dicho negocio produce.

Estas características hacen que en el contrato de compraventa civil se haga indispensable la protección al consumidor, y se vigile la redacción de sus clausulados poniendo especial atención a todas aquellas estipulaciones que puedan considerarse abusivas.

La protección al consumidor en el contrato de compraventa se pone de relieve en distintas fases:

1. En primer lugar, antes de contratar, en el deber de información que debe suministrarse al consumidor, pues esta información puede llevarle a cerrar la contratación o no. Esto conlleva la necesidad de que la oferta publicitaria se adecúe y plasme correctamente en las estipulaciones posteriores. En concreto, para la compraventa de vivienda, existe una minuciosa regulación estatal y

autonómica³ que trata de conseguir que se ofrezca al comprador el mayor número posible de datos sobre calidades, situación, y características de la vivienda y que trata de velar porque éstos coincidan con la realidad y sean los que efectivamente se van a reflejar en el contrato posterior de venta⁴.

2. En segundo lugar, la protección al consumidor en la compraventa se pondrá de relieve en la necesidad de que, si existen condiciones generales de la contratación, éstas estén redactadas de forma clara y precisa, que su interpretación sea favorable al adherente y que si entre ellas existen cláusulas abusivas, puedan declararse nulas, otorgando al comprador todas las acciones individuales y colectivas previstas para ello. En definitiva, que se cumpla lo establecido en la LCGC y LCU.
3. Una tercera y última fase en la que es fundamental la protección al comprador es en la entrega de la cosa por parte del vendedor. La obligación de entrega del vendedor implica que se entregue exactamente aquello, no sólo que se pactó, sino que se ofertó, y en buenas condiciones tanto materiales como jurídicas, derivando la especial responsabilidad del saneamiento tanto por evicción como por vicios o defectos ocultos. Todo esto genera una especial responsabilidad por producto, que será estudiada en la segunda parte de este capítulo.

II.2. Las cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda

Como ya hemos dicho, la compraventa de vivienda por el destinatario final es uno de los contratos civiles que, por su trascendencia, parece que exige una mayor protección al comprador. A la vez, al tratarse, hoy en día, muchas veces de contratos de adhesión, predispuestos por el promotor-constructor, incluyen un gran número de condiciones generales de la contratación, sobre todo en cuanto a estipulaciones relativas a la forma y condiciones de pago, obligaciones que se imponen al comprador, exoneración de responsabilidad, forma y condiciones de entrega de la vivienda, etc.

Si alguna de esas estipulaciones es nula, por contradecir la propia LCGC, o por ser considerada abusiva según lo establecido en la LCU (art. 8 LCGC), habrá que declarar su nulidad y suprimirla del contrato tipo.

¿Qué cláusulas han sido declaradas abusivas y por tanto nulas en el contrato de compraventa de vivienda?

En primer lugar, dentro del elenco de cláusulas abusivas que establece la nueva LCU en los artículos 85 a 90, el art. 89.3 recoge aquellas cláusulas que se consideran abusivas en la compraventa de vivienda, repitiendo así lo que ya determinó la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

³ Véase, por ejemplo, el RD 515/1989, de 21 de abril (RCL 1989, 1091) de protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas. Y entre la legislación autonómica, podemos resaltar la Ley 24/1991, de 29 de noviembre (RCL 1991, 389 y LCAT 1991, 25), de Cataluña, la Ley 3/2001, de 26 de abril (RCL 2001, 1534 y LEXT 2001, 123), de Extremadura, la Ley 4/2003, de 29 de julio (RCL 2003, 2370 y LG 2003, 265), de Galicia y la Ley 8/2004, de 20 de octubre (RCL 2004, 2395 y LCV 2004, 352), de la Comunidad Valenciana.

⁴ Sobre la protección de los consumidores en la compraventa de vivienda, véase: A. DÍAZ MARTÍNEZ, "Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda", en *Aranzadi Civil*, num. 14/2005; y M. J. REYES LÓPEZ, *Derecho de consumo*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1993.

En concreto, este artículo señala lo siguiente:

“Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

Pero, además de las expresamente contempladas en el art. 89.3 LCU, para la compraventa de viviendas, podemos encontrar en el texto legal otras estipulaciones que también pueden encontrarse en un contrato de compraventa de vivienda y que, asimismo, pueden considerarse abusivas. Entre otras, son plenamente aplicables a este contrato, las cláusulas recogidas en los artículos 85.4, 5, 7, y sobre todo las que

aparecen en los párrafos 8, 10 y 11. Igualmente las que recoge el artículo 86.5 y 6, y las referidas en los arts. 89.1 y 90.1.

Analicemos ahora, qué cláusulas concretas corresponden a esas categorías de abusivas y así han sido declaradas por los Tribunales⁵.

Siguiendo a DÍAZ MARTÍNEZ⁶ y en consonancia con lo que se acaba de exponer, podemos encontrar varios grandes grupos de cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda:

1. Cláusulas que recogen obligaciones de contenido económico del comprador

En este primer grupo, nos estamos refiriendo, sobre todo, a las cláusulas abusivas recogidas en el art. 89.3 LCU, que proceden de la Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios y que son básicamente: (a) obligación al comprador de hacerse cargo de los gastos de documentación y titulación que correspondan al empresario; (b) la obligación del comprador de subrogarse en el préstamo hipotecario concertado por el profesional, o que penalice el no hacerlo, y (c) obligación de pago de impuestos correspondientes al vendedor.

a) El primer tipo de cláusula abusiva ya se había recogido en la cláusula 22 de la disposición adicional de la derogada Ley 26/1984, General para la Defensa e los Consumidores y Usuarios, donde se establecía el carácter abusivo de la estipulación que obligara al consumidor a cargar con los gastos derivados de la preparación de la propiedad horizontal, obra nueva, hipotecas etc. Se ha mantenido como tal, a partir de la Ley 44/2006 de mejora de protección al consumidor, y así ha llegado a la actual Ley.

b) La cláusula abusiva que consiste en obligar al comprador a subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor, es una novedad de la Ley 44, que recoge la nueva LCU, tal y como hemos dicho. Su condición de cláusula abusiva se explica por el hecho de la imposición al comprador de la subrogación, obligando al comprador a aceptar unas condiciones y gastos de la hipoteca que, a lo mejor, son más onerosas para él que las que hubiera podido negociar individualmente con su acreedor hipotecario. La jurisprudencia ya había declarado la nulidad de ciertas cláusulas, por ser abusivas, que imponían a los compradores los gastos de constitución de la hipoteca suscrita por la promotora, como ocurre con las SSTs, 1 de junio 2000 y 24 julio 2002, que, si bien no establecen directamente la imposición de la subrogación, sí trasladan al comprador la obligación de pago de los gastos derivados de un préstamo hipotecario ajeno a los mismos. Sin embargo, existen sentencias en las que se rechaza el carácter abusivo de estas cláusulas, cuando el comprador elige libremente subrogarse en el préstamo hipotecario ya concertado y previamente explicado (STS, 7 junio 2005, y SAP Valencia, de 28 febrero 2006). A partir de la nueva LCU,

⁵ Sobre las cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de vivienda véanse: A. DÍAZ MARTÍNEZ, "Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda", ob. cit.; M. J. REYES LÓPEZ, *Derecho de consumo*, ob. cit.; J. MARTÍNEZ ROSADO, "La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado", en *RDBB*, núm. 106, abril-junio 2007, pp. 134- 165.

⁶ Se ha recogido en este punto la clasificación que la autora hace de las más importantes cláusulas abusivas existentes en el contrato de compraventa de vivienda, modificando sólo en una pequeña parte dicha clasificación. Por eso, para su estudio completo nos remitimos a A. DÍAZ MARTÍNEZ, "Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda", ob. cit.

no cabe duda de que la cláusula que imponga la subrogación es abusiva, y considero que es plenamente acertada tal afirmación, desde luego cuando se ofrece como alternativa única y obligada al comprador, sin la posibilidad de buscar otras financiaciones que le resulten menos onerosas.

- c) Obligación del pago de los tributos que corresponden al profesional. Se trata también de una novedad consecuencia de la Ley 44/2006, y que aparece de nuevo recogida por primera vez en el art. 86.3 LCU. Será abusiva la cláusula que imponga el pago de la “plusvalía municipal” (Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana) al comprador, pues el sujeto pasivo de dicho impuesto es el vendedor. Es de agradecer esta nueva consideración, pues existían últimamente varias sentencias⁷ que se inclinaban por el carácter no abusivo de las mismas, y que señalaban la licitud del pacto en el que el comprador asumía tal gasto. Las sentencias que no consideraban abusivas estas cláusulas se basaban, como afirma MARTÍNEZ ROSADO⁸, en que los gastos de dicho impuesto no podían considerarse incluidos dentro de la enumeración que hacía el art. 11 de la derogada Ley 26/1984 como contrarios a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones. No obstante, antes de la actual Ley, creemos que sí podían incluirse los gastos derivados de este impuesto en la anterior cláusula 22 de la disposición adicional, como uno de los gastos necesarios para obtener la documentación y título necesario, que ha de asumir el vendedor. Ante este panorama un poco confuso, consideramos acertada la inclusión expresa de esta cláusula abusiva, que viene a poner fin a la incertidumbre existente.

2. Cláusulas relativas a la obligación de entrega del vendedor

- a) Fecha de entrega de la obra. La obligación de entrega del vendedor de la vivienda, sobre todo si la venta es sobre plano, ha de tener una fecha fija y previamente señalada. Si no se produce la entrega en la fecha acordada, se produce un incumplimiento por parte del vendedor. Para evitar ese incumplimiento ha sido frecuente introducir en los contratos cláusulas en las que la fecha de entrega de la vivienda no está perfectamente determinada, sino que es meramente indicativa y que en muchos casos queda a merced de la voluntad del vendedor. Este tipo de cláusulas son abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, tal como recoge el art. 85 LCU, y en concreto el nº 8 de ese artículo que considera como abusiva “las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”, que anteriormente recogía la cláusula 5ª de la disposición adicional primera de la anterior Ley 26/1984⁹.
- b) Adecuación del objeto entregado al pactado. En la compraventa de viviendas hay una multitud de reclamaciones por no corresponder la vivienda entregada

⁷ Véase SAP León, 3 diciembre 2003; SAP Málaga, 27 febrero 2004; SSAP Cantabria, 10 febrero y 25 abril 2006, y SAP Asturias, de 20 junio 2006.

Sin embargo, y en sentido contrario han considerado abusiva esta cláusula las SSAP Sevilla, 18 diciembre 2003, y 19 enero 2005, SAP Granada, 26 enero 2007.

⁸ Véase, J. MARTÍNEZ ROSADO, “La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado”, ob. cit., pp. 147-1448.

⁹ En este sentido la SAP Asturias, de 1 septiembre 2004.

con lo que se ofreció o pactó en un inicio, entregándose viviendas realizadas con materiales de calidades inferiores o distintas, o de menor superficie que la pactada, o con determinados defectos en la construcción. Para evitar estas reclamaciones, puede incorporarse al contrato una cláusula en la que se obliga al comprador a aceptar y recibir la vivienda tal cual se entregue, bajo fórmulas del tipo “el comprador ha recibido la obra a su plena satisfacción”, evitando, de este modo, las posibles reclamaciones o resoluciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Este tipo de cláusulas son abusivas como bien recoge el art. 89.1 LCU, y anteriormente recogía el apartado 20 de la disposición adicional primera. Entre los motivos más frecuentes que dan lugar a reclamaciones por no adaptarse la vivienda entregada a la pactada se encuentra el problema de entrega de una superficie menor o distinta de aquélla que se estipuló (STS, 20 marzo 2002, que declara abusiva la cláusula que obliga a la recepción de la misma), y también entra en este apartado la cláusula que faculta o autoriza a la promotora a realizar modificaciones del proyecto inicial durante la ejecución de la obra, y la consiguiente obligación del comprador de recibir esa vivienda distinta. Esta cláusula ha sido declarada nula por la STS, 4 diciembre 1998, considerándola abusiva por reservarse el profesional la modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo (basándose en la apartado 2º de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, actual 85.3 LCU), pero hoy también tendría perfecta cabida en el art. 89.1 anteriormente citado; y en un sentido parecido, encontramos también la STS, 17 octubre 2005.

3. Cláusulas contractuales que implican falta de reciprocidad

Dentro de este grupo, cabrían todas las cláusulas abusivas recogidas en los arts. 85.4, 5, 6, 7, 10 y 11 y el art. 87. Y podrían resumirse en cláusulas que suponen una falta de reciprocidad en las consecuencias jurídicas del incumplimiento o cumplimiento defectuoso, por ejemplo cuando se impongan indemnizaciones demasiado elevadas al consumidor que no cumpla (SAP Asturias, 15 noviembre 1995); o la imposición de la renuncia a ejercitar acciones contra el incumplimiento del vendedor), así como falta de reciprocidad en las facultades de desistimiento no recíprocas, por ejemplo cuando se permite rescindir el contrato al profesional por incumplimiento de una condición, y, sin embargo, no se le concede tal facultad al comprado (SAP Murcia, 14 mayo 2003); o que se permita el desistimiento mutuo pero “penalizado” únicamente para el comprador, que pierde la cantidad entregada como “reserva”, pero no así el vendedor (SAP Zaragoza, 20 diciembre 2002, y SAP Valencia, 3 junio 2003).

4. Cláusulas que imponen sumisión a un fuero determinado

El art. 90.2 LCU considera como abusivas todas aquellas cláusulas que impongan al comprador la sumisión a un Juez o Tribunal distinto de el del lugar donde se encuentre el inmueble (para compraventa de viviendas).

A veces se establece en los contratos una estipulación en la que se obliga al comprador a la sumisión al fuero del vendedor o de un lugar determinado, imponiendo incluso la renuncia al fuero propio. Estas cláusulas son nulas por ser abusivas, tal y como las contempla la Ley, ya que la compraventa de viviendas debe someterse a los Tribunales del lugar donde radique el inmueble. Se considera que esta cláusula es abusiva pues, como

dice la STS, 20 febrero de 1998, “supone un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo para la parte compradora que se ve obligada a litigar lejos de su domicilio, mientras que la vendedora con otro potencial económico, dispone de delegaciones que pueden actuar por cuenta de la misma”¹⁰.

III. El contrato de préstamo hipotecario

III.1. El contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión

El crédito hipotecario, y en concreto el derivado de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca suele concertarse, en la mayoría de las ocasiones, entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras —los acreedores hipotecarios—, las que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada.

La contratación en masa ha alcanzado los contratos bancarios, y las entidades financieras redactan los contratos introduciendo en los mismos un formulario casi tipo, en el que cabe poca negociación por las partes contratantes, demostrando de este modo su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor.

Por este motivo, podemos considerar que, hoy en día, el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecante (el particular, cliente del Banco o Caja).

Si el préstamo hipotecario es un contrato de adhesión, pues cumple con sus caracteres, (a saber: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, adhesión o rechazo de la otra; en definitiva, ausencia de negociación, y contratación en masa), podemos decir que esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son “condiciones generales de la contratación”.

En consecuencia, deberán rechazarse aquellas cláusulas que según esta Ley sean consideradas nulas, y son nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas según el criterio establecido en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LCU)¹¹, tal y como establece el art. 8 LCGC¹².

¹⁰ En el mismo sentido SSTs, 23 julio 1993; 20 julio 1994; 12 julio 1996; 14 septiembre 1996; 8 noviembre 1996; 30 noviembre 1996; 5 julio 1997 y 19 abril 1999.

¹¹ No se puede olvidar, por otra parte, la plena aplicación de esta LCU, a los servicios bancarios, por considerar al cliente como consumidor final, tal y como ha declarado la SAP Valencia, de 17 octubre 1990, y tal y como lo considera gran parte de la doctrina, entre otros: M. J. REYES LÓPEZ, *Derecho de consumo*, ob. cit., p. 165; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU”, RDBB, enero-marzo, 1991, nº 41, p. 222.

¹² Artículo 8 Ley de Condiciones Generales de la Contratación: Nulidad:
 “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Entre todas esas cláusulas consideradas abusivas, podemos destacar las que hacen referencia a los contratos bancarios en particular, como son las contempladas para servicios financieros (párrafo 2º de la antigua Ley, actual art. 85.3); las que establecen garantías desproporcionadas (párrafo 18, antigua Ley 26/1984, y actual art. 88), o las de falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (los párrafos 15, 16 y 17 antiguos, actual art. 87), y muchas de las contenidas en el actual art. 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato.

III.2. Las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario

¿Cuáles de todas las cláusulas del préstamo o crédito hipotecario pueden ser abusivas?

Vamos a realizar, a continuación, un breve examen de aquellas cláusulas que hasta ahora han sido consideradas como abusivas en el préstamo hipotecario, o al menos las más llamativas o importantes.

Dentro del elenco que recogía la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, y los arts. 85-90 del nuevo texto refundido, existen varias cláusulas que podrían encontrarse en el contrato de préstamo hipotecario, y que podrían resultar abusivas.

Entre ellas, y escogiendo entre la enumeración que de las cláusulas abusivas, en general, recoge GÓMEZ GÁLLIGO¹³, podríamos destacar, que son cláusulas abusivas propias de un préstamo hipotecario:

- Las que supongan un desequilibrio contractual entre las partes; como por ejemplo la modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional; cláusulas de redondeo al alza en los intereses. En este sentido, la DGRN, en la resolución 7 de septiembre de 1988 considera que hay que excluir de un contrato de préstamo hipotecario, por abusiva, la cláusula que permitía a la entidad crediticia fijar la variación del interés variable conforme al interés preferencial de la propia entidad. Del mismo modo, la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 excluía de una hipoteca, la cláusula por la que se fijaba unilateralmente por el acreedor hipotecario, las obligaciones debidas y garantizadas.
- Las que supongan privación de los derechos básicos del consumidor: imposición al consumidor de la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o a elegir la entidad financiera, o al obligarle a la subrogación en la hipoteca constituida por el promotor en el edificio.
- Las que consistan en sobregarantías: la imposición al consumidor de establecer, además de la garantía hipotecaria, otras como una condición resolutoria y una letra de cambio.
- En el apartado de otras, podemos destacar: la necesidad de añadir al préstamo hipotecario un contrato de seguro de vida, o de desempleo con una compañía

¹³ F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, “Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción”, en VVAA: *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 241-276.

vinculada al acreedor hipotecario; la imposición de subrogación en el préstamo hipotecario concertado con el promotor; la imposición de un notario determinado; o arbitrajes distintos de los de consumo, etc.

a) La cláusula del redondeo a alza de los intereses variables

Atención especial merece la cláusula por la que se establece el redondeo al alza de los intereses pactados en un contrato bancario, y en general en el de préstamo hipotecario, por eso nos detenemos en el análisis de su evolución doctrinal y jurisprudencial.

La posibilidad de establecer intereses variables en el contrato de préstamo hipotecario y la inscripción de dicha cláusula en el Registro es admitida sin problemas desde la Ley 19/1986 de 14 de mayo, y es una realidad cotidiana desde la aprobación de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios de 1994, aunque no siempre fue así.

Sin embargo, y a pesar de su admisión, ésta ha ocasionado problemas a la hora de calcular y aplicar el cobro de esos intereses variables. En concreto, era frecuente que las entidades financieras o crediticias, redondearan al alza el índice de referencia para el cálculo de los intereses, para “favorecer” su cobro, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello les suponía, pues cobraban más que los servicios prestados¹⁴.

Esta práctica habitual por parte de las entidades crediticias, que así lo plasmaron y recogían en las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, provocó que AUSBANC demandara, mediante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación a Caja Madrid, por incluir una cláusula de este tipo en sus contratos de préstamo hipotecario.

La sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera instancia, da la razón al demandante, y declara nula dicha cláusula por entender que era abusiva, ya que, en aras a la buena fe objetiva, era imposible admitir tales condiciones que sólo favorecerían a una de las partes contratantes, generando un desequilibrio contractual. Sin embargo, no hubiera existido ningún problema si el redondeo se hubiera establecido tanto al alza como a la baja.

Apelada la sentencia por Caja Madrid, la Audiencia Provincial en sentencia de 10 de octubre de 2002, volvió a dar la razón a AUSBANC, y confirmó el carácter de abusiva de la cláusula de redondeo, porque: “a) es contraria a la buena fe... b) porque se causa un perjuicio objetivo, incuestionable y cualitativo al consumidor, de carácter patrimonial... y c) lo que implica una clara situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por todo ello, la SAP determina la nulidad de la cláusula por aplicación del art. 10 bis de la Ley 26/1984, en relación con el 12.2 LCGC y la Directiva 13/93/CEE.

Con posterioridad a estas sentencias, entró en vigor la Ley Financiera de 2002: Ley 44/2002, de 22 de noviembre. En su disposición adicional duodécima se establece lo siguiente: “Régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito. En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de

¹⁴ Sobre la cláusula de redondeo en los préstamos hipotecarios, véase C. LASARTE ÁLVAREZ, “Protección de los consumidores y cláusula de redondeo de los intereses en los préstamos hipotecarios”, en *Noticias de la Unión Europea*.

interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo punto”.

Es decir, esta Ley permite el redondeo del tipo de los intereses variables, pero siempre que éste pueda ser tanto al alza como a la baja; de esta forma, no hay desequilibrio contractual, pues tanto el acreedor hipotecario como el deudor hipotecante pueden verse favorecidos por ese redondeo. Se confirma, en cierto modo, la doctrina de las sentencias expuestas, y se clarifica y dibuja el contorno del carácter abusivo de esa cláusula: sólo cuando sea al alza.

En este sentido, la SAP Barcelona, de 23 marzo de 2006, afirma exactamente que el “redondeo en sí no es abusivo, pues su impacto financiero podría ser neutro si se prevé al intervalo más próximo, al alza o a la baja; no obstante, cuando solamente se prevé al alza, el resultado que se consigue es el incremento sin causa del tipo de interés durante la vigencia del préstamo, en perjuicio de los intereses del consumidor y con el correlativo beneficio para el Banco”, por todo ello concluye que el carácter abusivo del redondeo es únicamente al alza¹⁵.

Por último y sobre este tema, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, con un carácter más general, y no sólo pensando en contratos bancarios, prohíbe los redondeos al alza, y añade una nueva cláusula abusiva a la lista de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, en concreto la 7 bis, en la que se recoge como abusiva la estipulación que establezca el redondeo al alza, tanto del tiempo consumido (contratos de telecomunicaciones), como del precio, como el cobro de cualquier servicio, no utilizado efectivamente. El nuevo texto refundido LCU lo recoge en el art. 87.5.

IV. El control de las cláusulas abusivas: Especial referencia al registral

IV.1 Control judicial

Hemos visto qué cláusulas pueden ser abusivas en dos de los contratos civiles más importantes, pero corresponde que analicemos, a continuación, a quién corresponde determinar qué son abusivas, y las consecuencias que dicha declaración conlleva.

Cuando una cláusula incorporada en un contrato celebrado con un consumidor (dentro de un contrato de adhesión o no) es abusiva, es una cláusula nula, tal y como asegura el art. 8 LCGC y el 83 LCU.

Los artículos 9 y 10 LCGC, y el actual art. 83 LCU, atribuyen a los Tribunales la declaración de esa nulidad. Por lo tanto, la nulidad de una determinada cláusula abusiva, o su no incorporación a un contrato, ha de declararse siempre mediante una sentencia judicial; sentencia estimatoria obtenida del proceso consecuente de la

¹⁵ Otras sentencias que recogen la doctrina de que la cláusula que establece el redondeo al alza es abusiva son: SAP Valencia, 19 octubre 2002; SJPI Barcelona, 17 octubre 2003; SAP Baleares 146/2003; SAP Barcelona 175/2005.

incoación de las acciones individuales (de nulidad), o colectivas (de cesación, retractación y declarativa) (art. 9.2 LCGC).

Corresponderá igualmente al Juez integrar el contrato en el que se encontraba esa condición general, y determinar, por tanto, o bien la ineficacia total del mismo, o bien, su subsistencia y eficacia parcial del contrato sin dicha cláusula (art. 10 LCGC, y art. 83 nueva LCU).

Además, el art. 11 LCGC recoge la creación del Registro de Condiciones Generales. En este registro se pueden inscribir las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación, y asimismo, las sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones individuales o colectivas en las que se solicite la nulidad de una determinada cláusula (condición general) por abusiva.

Queda claro, por tanto, que el control de las cláusulas abusivas, corresponde a los jueces, y que son ellos quienes deben declarar si aquellas, cláusulas ó condiciones generales de la contratación que se ponen en entredicho por cumplir o contradecir lo dispuesto en el art. 82 LCU (antiguo 10 bis Ley 26/1984), o en los arts. 85-90 nueva LCU (antigua Disposición Adicional Primera Ley 26/1984), son cláusulas abusivas o no.

IV.2. Control registral

¿Pueden los registradores llevar a cabo un control sobre las cláusulas abusivas de un contrato que se presenta a inscripción en el Registro, como consecuencia de su propia función calificadoras?

En principio, el art. 258.2 LH, junto con el art. 84 LCU, (antiguo 10.6), no dejan margen a esa cuestión. En estos artículos se dice claramente que “los registradores denegarán la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 bis de la Ley 26/1984”; luego, si sólo pueden denegar las cláusulas declaradas nulas, y sólo los Tribunales pueden llevar a cabo tal declaración, el registrador sólo puede calificar y por tanto rechazar, aquello que previamente ha sido declarado nulo por los Tribunales. En el mismo sentido el art. 84 LCU (antiguo art. 10.6), coincide con éste, afirmando que los notarios y registradores “no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro Condiciones Generales de la Contratación”. Por lo tanto, y al igual que el 258 LH, el Registrador, sólo puede rechazar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas previamente nulas por los Tribunales.

El control parece corresponder únicamente a éstos, dejando sin margen de manobra a los Registradores, que sólo pueden confirmar y reiterar lo que ya ha sido declarado previamente como nulo.

En el mismo sentido, la RDGRN, de 19 de abril de 2006, confirma esta idea al decir que: “El registrador no puede erigirse en una suerte de Juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad...”, y señala como causas que deniegan tal posibilidad, primero, y como ya se ha dicho, que el Registrador no es juez, y por tanto no puede declarar la nulidad de una cláusula; segundo, porque por

tratarse de condiciones generales de la contratación, hay que estar a lo dispuesto en el art. 258.2 LH, que remite al art. 10 bis. 2º, que atribuye tal competencia a los jueces; y tercero, que esta misma exigencia se deduce de la lectura de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que en el apartado IV de su preámbulo afirma que “la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y tribunales”; y de la STS, 12 de febrero de 2002, donde se afirma que “la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales”.

Siguiendo esta tesis, el Registrador, ante una condición general que sea abusiva, podrá únicamente, tal y como señala GÓMEZ GÁLLIGO¹⁶:

- a) Rechazar su inscripción si ha sido declarada abusiva y nula por los Tribunales, e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- b) Rechazar su inscripción si es nula por contradecir una disposición imperativa.

Pero, ¿podrá rechazar una cláusula que objetivamente coincida con alguna de las abusivas descritas en el elenco de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, aunque no haya sido declarada como tal por los Tribunales y no haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales? O, por el contrario, ¿se verá obligado a inscribir dicha cláusula nula por abusiva?

Si el Registrador se limita a hacer las dos primeras cosas, estará desempeñando, lo que CALVO GÓMEZ-VALLINAS¹⁷, denomina un mero “control formal”, es decir, reitera y rechaza lo que previamente ha sido declarado nulo en sentencia e inscrito en el Registro de Condiciones Generales. Pero, creemos, como este autor, que la función calificadora del Registrador no se agota en ese “control formal”, sino que puede ir un poco más allá. El Registrador puede ejercer cierto control material de las condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, cuando correspondan a alguna de las que la LCU considera abusivas.

En este sentido, son esclarecedoras las palabras de CALVO GÓMEZ-VALLINAS¹⁸: “Cabe la calificación negativa —denegación— basada en las cláusulas abusivas enumeradas —no exhaustivamente— en la ‘lista negra’ de la DA 1ª de la Ley 26/1984, General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con una interpretación amplia y sistemática del artículo 258.2 LH, en relación con el art. 18LH”. Continúa diciendo que las cláusulas declaradas nulas son las abusivas así inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero que las cláusulas abusivas no inscritas en el mismo, “no por ello son válidas —no cabe una interpretación a *contrario sensu*— pues el Registro de Condiciones no tiene presunción de legalidad, ni de legitimación, ni de fe pública, ni de integridad, sino sólo posibilidad de impugnación y de constancia de sentencias firmes de nulidad de cláusulas para poder generalizarlas a otros casos. La obligada denegación registral de las cláusulas abusivas declaradas nulas no significa la necesaria inscripción de las cláusulas no declaradas nulas. Una cosa es que deba

¹⁶ F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, “Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción”, en VVAA, *Los contratos bancarios*, ob. cit., p. 266.

¹⁷ R. CALVO GÓMEZ-VALLINAS, *Las cláusulas de la hipoteca*, CER, Madrid, 2006, pp. 74-75.

¹⁸ R. CALVO GÓMEZ-VALLINAS, *Las cláusulas de la hipoteca*, ob. cit., pp. 75-79.

denegarse la inscripción de las cláusulas declaradas nulas y otra distinta es que deban inscribirse todas las demás cláusulas. Así debe interpretarse el art. 258.2 LH¹⁹.

A continuación, el mismo autor argumenta que el principio de legalidad exige la calificación sobre cualquier contenido que quiera acceder al Registro, y que basándonos en los principios de buena fe y del equilibrio de las prestaciones que rigen el Derecho de Consumidores, que conectan directamente con el art. 1256 CC, que impide que el contenido o cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de una sola de las partes contratantes, el Registrador, puede, según el ámbito de calificación registral que le confiere el art. 18 LH, entrar a examinar la “validez de los actos dispositivos” que se pretendan inscribir, y que por tanto, debe poder calificar y rechazar, con base en ese desequilibrio de las prestaciones, todo el contenido que pretenda acceder al Registro que lo vulnere.

Luego, el Registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando, por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones¹⁹.

¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO, al decir que discrepa totalmente en que “no puedan calificarse por el Registrador (y el notario denegar su inscripción) aunque no haya declaración judicial alguna, en el caso de que el predisponente inserte condiciones generales claramente encuadrables en la lista negra de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984”. Véase F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, “Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción”, en VVAA, *Los contratos bancarios*, ob. cit., p. 268. Igualmente comparte la misma opinión José Manuel García García: J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002, pp. 458 y ss.

TÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN AL PERJUDICADO EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS

I. Régimen aplicable a los daños por productos defectuosos

I.1. Consideraciones generales

La evolución de las políticas sociales ha provocado mejores mecanismos de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, dictándose numerosas disposiciones comunitarias para su protección, que han dado lugar a su transposición a nuestro derecho interno. Así, la Ley 22/1994, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos²⁰. También la Ley 44/2006, de 29 diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, surge con el propósito de incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia había puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección (en relación con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril). Esta Ley contiene una disposición final en la que habilita al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En cumplimiento de dicha previsión, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LCU). En su libro tercero armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos, previsto en la Ley 22/1994, de 6 de julio, y las disposiciones sobre responsabilidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La aprobación de este texto confiere una mayor seguridad jurídica y elimina los inconvenientes que provocaban la aplicación de normas dispares contenidas en estas leyes. Aunque el régimen de responsabilidad para productos defectuosos y otros bienes o servicios no es uniforme (ni siquiera en el ámbito de las distintas prestaciones de servicios) se evita la confusión en la aplicación de los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984.

El libro tercero de la LCU relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos consta de dos títulos. El primero contiene las “disposiciones comunes

²⁰ Directiva que resultó modificada, en su art. 2 y 15.1, por la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo.

en materia de responsabilidad” y consta de dos capítulos, uno primero dedicado a las “disposiciones generales” y otro relativo a la “responsabilidad”). El título II regula las “disposiciones específicas en materia de responsabilidad” que, a su vez, contiene dos capítulos: el relativo a los “daños causados por productos” y otro que regula de manera delimitada los “daños causados por otros bienes y servicios”. La nueva regulación cuenta por tanto con una estructura que no existía anteriormente y que pretende clarificar el régimen aplicable en cada caso. De este modo, se dictan unas disposiciones comunes y, posteriormente, se establece el régimen de responsabilidad para los productos defectuosos, por un lado, y, por otro, para los otros bienes o servicios.

1.2. Sistema general y especial de la responsabilidad civil

El ámbito de protección de la Ley ampara a los perjudicados como consecuencia de los daños causados por productos defectuosos o de los daños causados por otros bienes y servicios.

Estas acciones no excluyen, sin embargo, la reparación de otros daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, de conformidad con los artículos 128.2 y 147 *in fine* de la Ley²¹, los cuales podrán ser objeto de resarcimiento conforme a la legislación civil y mercantil. Así, de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual o por la infracción del deber general de no dañar a otro, resultan de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil y las de la responsabilidad contractual del artículo 1101 y ss²². Como ejemplo, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley los daños derivados de la ineficiencia del producto adquirido que, sin embargo, podrán resarcirse con arreglo a otras disposiciones. Lo mismo sucede respecto al saneamiento por vicios ocultos del bien comprado, que podrá reclamarse por la vía de los artículos 1474 y 1484 y ss.

Esta compatibilidad de regímenes de imputación de la responsabilidad provoca que, en la práctica, gran parte de las demandas se fundamenten no sólo en la normativa especial sobre productos o servicios defectuosos, sino también en la general, para garantizar el resarcimiento íntegro del perjudicado.

Cuestión distinta es que sea preciso acudir a la normativa del Código Civil no porque el objeto quede fuera del ámbito de protección de la LCU, sino debido a que éste resulte inaplicable por prescripción de su acción por el transcurso de tres años

²¹ En este sentido, el artículo 128, en su segundo párrafo, establece que *las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar*. Por su parte, el artículo 148, en su último párrafo, señala que *sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros*.

²² La jurisprudencia asienta el principio de la “unidad de culpa civil” (por todas, SSTS, 20 de marzo de 1990, 1 de abril de 1994, 18 de febrero de 1997, 6 de mayo, 9 de junio y 24 de julio 1998, 8 de abril de 1999, 7 de noviembre de 2000 o 13 de diciembre de 2001, 23 de marzo y 29 de noviembre de 2006, 22 de octubre y 22 de noviembre de 2007), sin que se pueda, por lo tanto, “excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa”. También, en esta línea, defiende la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda (SSTS, de 24 de diciembre de 1999, 29 de diciembre de 2000, 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

desde que el perjudicado sufrió el daño (artículo 143) o por extinción de esta responsabilidad, si ha transcurrido diez años desde la puesta en circulación del producto (artículo 144).

1.3. Criterio de imputación de la responsabilidad en la LCU

La función principal del derecho de daños por productos defectuosos reside en determinar si existe responsabilidad con el fin primordial de resarcir al perjudicado el daño causado en el uso o consumo privado de dicho producto. El fundamento de este tipo de responsabilidad se debe tanto al riesgo creado al poner en circulación el producto defectuoso como a las transformaciones económicas y a las necesidades de la vida social moderna, que exigen una mayor protección al adquirente de un bien cuando resulta lesionado o perjudicado por la falta de seguridad del mismo. En tales casos, con independencia de la existencia de culpa o negligencia, la obligación de resarcimiento nace de la mera relación causal entre el defecto y el daño producido, es decir, es suficiente la puesta en circulación de un producto defectuoso que origina un daño para que se origine la responsabilidad.

La Exposición de Motivos de la Ley 22/1994 establecía expresamente, en consonancia con la Directiva 85/374/CEE, un *régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta*, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeraban (art. 6). Sin embargo, el nuevo texto refundido de la LCU no contiene ninguna indicación al respecto, pero mantiene los mismos supuestos de exoneración de responsabilidad (art. 140). En consonancia con sus preceptos, podemos mantener esa misma calificación, sin perjuicio de que consideramos oportuno realizar, más adelante, algunas matizaciones.

A la hora de definir este tipo de responsabilidad, la jurisprudencia ha venido calificando de manera reiterada esta responsabilidad por productos defectuosos como de “responsabilidad cuasiobjetiva”²³, “objetiva atenuada”²⁴, “objetiva pero no absoluta”²⁵ (o “no plena”)²⁶, aunque a veces la designa como simplemente “objetiva”²⁷. La doctrina, en esta línea, también suele rechazar la terminología de responsabilidad objetiva absoluta²⁸.

²³ A modo de ejemplo, son indicativas de la denominación de “responsabilidad cuasiobjetiva” las SAP Madrid, de 11 octubre de 2006 y 3 de junio de 2005, de Segovia, de 6 junio de 2006, de Asturias, de 13 diciembre de 2005, o de Baleares, de 13 de octubre de 2005.

²⁴ Opta por dicha denominación las SSAP de Asturias, de 21 marzo de 2001 ó de Tarragona, de 14 septiembre de 2005.

²⁵ Por otro lado, también nuestro Tribunal Supremo ha escogido la terminología de la “responsabilidad objetiva no absoluta”, de la que resulta un claro exponente las STS, de 28 septiembre de 2006. Entre las Audiencia Provinciales, véanse las SSAP de Cáceres, de 18 de abril de 2002, de Madrid, 20 junio 2005, de Almería, de 26 abril de 2006, de Murcia, de 27 enero de 2006, o A Coruña, de 16 marzo de 2007.

²⁶ En este sentido, se pronuncian las SSAP de Córdoba, de 21 de febrero de 2003 o de Salamanca de 19 de febrero y 14 de junio de 2007.

²⁷ Las SSAP Bizkaia, de 25 enero de 2007, de León, de 19 enero de 2007, Granada, de 18 septiembre de 2006, ó de Valencia, de 22 de junio de 2005, recogen la terminología de “responsabilidad objetiva”.

²⁸ La opinión mayoritaria rechaza que se establezca un sistema de responsabilidad objetiva absoluta. Véanse, entre otros, M. J. REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos*, Sedavi, Valencia, 1998, p. 351; o P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Comares, 2ª ed., Granada, 2006., p. 223. Otros lo califican como “régimen de responsabilidad objetivo, limitado cuantitativa y temporalmente” (J. A. VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, 2004, p. 146).

Podríamos mantener que no se encuentra consagrado un principio objetivo, sino cuasiobjetivo, por las razones siguientes, con alguna matización:

- a) Por un lado, la LCU no excluye la culpa al admitir unas causas de eliminación de la responsabilidad en su art. 140 (en los mismos términos que el artículo 6 de la Ley 22/1994).
- b) Por otro, en principio, parece que la Ley tiene en cuenta la culpa del perjudicado como premisa en la distribución o eliminación de la responsabilidad, al ofrecer una solución, en su artículo 145 (y que antes era recogido en el artículo 9 de la Ley 22/1994), para los supuestos en que concurra en el daño causado un defecto del producto y la culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente. Sin embargo, este último razonamiento debe rechazarse ya que, en esos casos, la exoneración o la reducción de la responsabilidad del productor se debe no a un problema de culpabilidad, sino de causalidad o de imputación. En este sentido, consideramos que ninguna responsabilidad objetiva es absoluta, siempre va a estar sujeta al juego de las reglas de la causalidad y la imputación.

II. Ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad derivada del texto refundido de la LCU

II.1. Delimitación conceptual de los productos defectuosos

Esta responsabilidad está condicionada, por un lado, por el concepto legal de “producto” y de “producto defectuoso” ofrecido por la Ley, y que básicamente se relaciona con la seguridad que el producto debe ofrecer. El artículo 136 define este primer término como *cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad*. El legislador elimina en este precepto la exclusión que establecía en el artículo 2 de la Ley 22/1994 de las materias primas agrarias y ganaderas, y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial.

Respecto al “producto defectuoso”, el artículo 137 determina que es *aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación*. Establece, además, una presunción de defectuosidad cuando el producto *no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie*. Si bien exime de dicha consideración el simple hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

Así pues, la responsabilidad del productor en aplicación de la LCU se basará en las condiciones del producto defectuoso establecidas.

II.2. Daños indemnizables

II.2.1. Concepto de daño

La Ley no introduce expresamente una definición de “daño”, a diferencia de otros términos que sí esclarece, ni en las disposiciones generales del ámbito de aplicación de la Ley ni en las específicas en materia de responsabilidad civil.

Para encontrar una definición adecuada de daño debemos acudir a la doctrina que tradicionalmente ha considerado que la producción de un daño consiste en “todo menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”²⁹. En este sentido, aunque se pruebe la existencia de un producto defectuoso, resulta necesario que los daños y perjuicios presuntamente ocasionados queden totalmente acreditados, pues si no existe daño no será posible la existencia de responsabilidad civil³⁰.

II.2.2. Tipos de daños indemnizables

El artículo 129 de la Ley, aunque no defina el concepto, señala los tipos de daños que resultan indemnizables. El ámbito de aplicación de esta normativa incluye “los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”, excluyendo “los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea”.

Debido a que como indica el artículo 128, en su apartado segundo, estas acciones no excluyen la reparación de otros daños y perjuicios sufridos (tanto a través de la vía de una reclamación de responsabilidad contractual como extracontractual), se garantiza, al menos en teoría, la reparación total de los daños y perjuicios ocasionados. Si bien, únicamente serán objeto de indemnización a través del régimen de responsabilidad previsto en la LCU los daños personales y materiales, con las limitaciones que veremos a continuación.

a) Daños personales

En primer lugar, de conformidad con el artículo 129.1 de la Ley, resultan indemnizables los daños personales, incluida la muerte. Este daño corporal consiste en una lesión de la integridad física y psíquica de la persona, si bien puede tener también connotaciones ligadas a las otras clases de daños³¹. Serán objeto de indemnización tanto el daño emergente (por ejemplo, gastos médicos, farmacéuticos o secuelas) como el lucro cesante (entre los que se encuentran las pérdidas de rentas o los días de baja laboral y de incapacidad).

²⁹ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, T. I. SANTOS BRIZ, (trad.) Madrid, 1958, p. 193.

³⁰ En este sentido, el daño “se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil” (M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 146).

³¹ Véase el exhaustivo análisis de E. VICENTE DOMINGO, “El daño”, en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2003, en especial pp. 253-273.

b) Daños materiales

Respecto al perjuicio económico, en consonancia con el artículo 1106 del Código Civil, comprende el valor de la pérdida sufrida y la ganancia que se haya dejado de obtener (es decir, se incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante)³². El texto refundido de la nueva Ley ha preferido sustituir el término de “daños causados en cosas” por el de “daños materiales”. De esta manera, se pone fin a la discrepancia doctrinal acerca de si la reparación del daño comprendería, además del daño emergente, el lucro cesante³³.

Para que el daño material sea resarcible debe encontrarse delimitado por tres aspectos:

- En primer lugar, de conformidad, con el artículo 142, que el daño sufrido no lo sea en la propia cosa o producto defectuoso³⁴. Si bien, podrán ser indemnizados de conformidad con la legislación civil y mercantil. Por tanto, lo correcto es remitir este tipo de daños al régimen de la relación contractual (por ejemplo, si es por vicios ocultos de la cosa comprada, a los artículos los arts. 1474 y 1484 y ss.) y extracontractual (art. 1902 CC) correspondiente o al régimen jurídico de garantía y servicios posventa del texto refundido de la LCU³⁵.
- En segundo lugar, que el bien dañado se haya destinado al uso o consumo privado del perjudicado y que haya sido utilizado principalmente por el perjudicado. Tal y como establece el artículo 129.1 debe afectar a *bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado*³⁶. En este sentido, quedarán excluidas las cosas destinadas a un uso profesional o empresarial³⁷. Del mismo modo, tampoco quedarían cubiertos por el marco de esta Ley los bienes

³² Véase L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 308

³³ Véase al respecto G. ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 81-82; o L. M. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2007, p. 1.442. Interpretación también rechazada, al menos, *a priori*, por otros autores (M. Á. PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, en REGLERO CAMPOS, (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2ª ed., 2003, p. 1.336).

³⁴ Existe diversas sentencias en relación con el ámbito de protección del artículo 10 de la Ley 22/1994 que incluye los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso. Recomendamos consultar las SSAP de Madrid, de 3 de junio de 2005, de Badajoz, de 13 diciembre de 2005, de Gerona, de 25 de septiembre de 2002, de Barcelona, de 8 de octubre 2001, o de Asturias, de 23 de febrero de 2000. Esta última señala que “según el citado art. 10.1 corresponde al fabricante el abono de los daños y perjuicios causados al propio perjudicado o a cosas distintas del propio producto defectuoso (el vehículo), es decir, todas las partidas indemnizatorias que reclama, salvo los daños al vehículo, al ser éste el propio objeto defectuoso y aparecer excluido del ámbito de protección legal”. La exclusión del propio producto, que ahora es recogida de manera específica por el artículo 142 del texto refundido de la LCU, elimina cualquier atisbo de duda al respecto.

³⁵ Podrá aplicarse el régimen jurídico de garantía y servicios posventa del título V, libro segundo, del texto refundido de la LCU, que integra armónicamente el régimen de garantías previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la regulación contenida en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

³⁶ En este sentido, la jurisprudencia de las Audiencias excluyen la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad civil por productos defectuosos cuando el bien no es utilizado para un uso o consumo privado (SAP de Valencia, de 31 marzo de 2001), sino para una actividad empresarial (véanse las SSAP de Toledo, de 16 marzo de 2000) o ganadera (SAP de Salamanca, de 3 de octubre de 2003).

³⁷ Señala GARCÍA GARCÍA que “el destino del bien al consumo ha de venir dado no sólo por su naturaleza (que excluiría los denominados ‘bienes de producción’), sino porque efectivamente haya sido ése el destino dado por el perjudicado. Si se trata de bienes de uso ‘mixto’, la propia Ley proporciona el criterio para determinar si son indemnizables o no, pues señala que se estará al uso ‘principal’ del producto” (*Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., p. 1.327).

que el particular use de manera privada siendo su principal destino el de su utilización para su ejercicio profesional³⁸.

- Que, al igual que sucede con los daños corporales, ese daño no sea consecuencia de accidentes nucleares cuya cobertura venga exigida por Convenios Internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea, ya que se encuentran excluidos del ámbito de protección del texto refundido de la LCU.

c) *Daño moral*

Es posible que el daño generado no sea material o personal, sino un daño moral, o bien que se produzca dichos tipos de daños simultáneamente³⁹. El daño no patrimonial o moral implica *una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar*⁴⁰.

La Ley no incluye en su ámbito de protección los daños morales, por lo que quedan fuera del régimen de responsabilidad previsto en esta normativa⁴¹. Esto no quiere decir que no sean resarcibles (como hemos visto), resultando de aplicación las reglas generales en materia de responsabilidad civil⁴².

II.2.3. Límites de la indemnización

En cuanto a los límites de la cuantía indemnizable, se establece para los daños materiales una franquicia de 390,66 euros, que se deducirá de la indemnización correspondiente. El establecimiento de dicha limitación, recogida en el artículo 141, apartado primero, letra a), es el resultado de la transposición del artículo 9 la Directiva 85/374/CEE del Consejo, cuyo propósito (se desprende de la lectura de su noveno considerando) fue el de evitar litigios⁴³.

³⁸ Respecto a la utilización de los llamado bienes comerciales y su justificación, véase J. J. MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 153-154. Cfr. P. CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2000, p. 188.

³⁹ Algunos autores, sin embargo, rechazan la indemnización del daño moral que derive únicamente de daño patrimoniales (véase, en este sentido, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Indemnización del daño moral contractual: Comentario a la STS, 28 de marzo de 2005”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. ° 16, 2006, pp. 277-285).

⁴⁰ F. GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000, p. 1. Además del tradicional *pretium dolores*, la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a incluir en este concepto la lesión a derechos o bienes de la personalidad, el perjuicio estético o la pérdida de oportunidad (para un mayor análisis, nos remitimos a M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “El daño moral: Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, pp. 27-54).

⁴¹ De hecho, expresamente señala en el artículo 128, segundo párrafo, que “las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales (...)”.

⁴² En este sentido, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia civil, el resarcimiento en el ámbito extracontractual y en el contractual comprende el daño moral, consistente en “un sufrimiento o padecimiento psíquico” (SSTS, de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 24 de septiembre de 1999, 31 mayo de 2000, 11 de noviembre de 2003 ó 7 de marzo de 2005), ya que “si bien los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palia el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio” (STS, de 14 julio de 2006).

⁴³ La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, establece en su noveno considerando que: *la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios.*

Algunos autores, aunque no haya sido ésta la interpretación que recoge la Ley, opinan que “superada esa cuantía, la indemnización debía ser del total del daño producido”⁴⁴. Sin embargo, el legislador ha querido alejarse de esta posibilidad sustituyendo el artículo 10.1 *in fine* de la Ley 22/1994 (que señalaba que “se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas”) por un nuevo apartado, contenido en el artículo 141 de la Ley aprobada por el RD Legislativo 1/2007, en el que expresamente establece que “de la cuantía de la indemnización de los daños materiales se deducirá una franquicia de 390,66 euros”. No existe tampoco duda con este enunciado sobre otra de las cuestiones suscitadas por la doctrina entorno a si la franquicia debe aplicarse a cada uno de los daños (interpretación que queda absolutamente descartada) o a la acumulación de todos ellos.

Sin embargo, debemos recordar que la aplicación de esta franquicia sólo opera respecto a la responsabilidad derivada de la defensa de los consumidores y usuarios, es decir, no se aplica, por ejemplo, cuando el perjuicio sea reclamado conforme a las reglas generales de responsabilidad recogidas en el Código Civil. De esta manera, la demanda se podrá fundamentar no sólo en el artículo 128 y 129 de la LCU, sino también en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil para reclamar la responsabilidad contractual de la empresa productora, o en el artículo 1902 en sede de responsabilidad extracontractual, ya que, como vimos, “las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual (...) o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar” (art. 128.2). Esta interpretación es correctamente realizada por nuestros tribunales cuando se ejercita la acción de responsabilidad contractual⁴⁵, o extracontractual⁴⁶, conforme a las normas generales.

Para los daños corporales, el legislador establece una limitación para los llamados siniestros en serie. En estos casos, la responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas cuando se trate de productos idénticos que presenten el mismo defecto queda restringida. El límite establecido, en consonancia con la anterior regulación, es de 63.106.270,96 euros (art. 141, letra b)⁴⁷. En el supuesto de que la suma de todos los daños indemnizables reclamados supere dicha cifra, el *quantum* debe distribuirse proporcionalmente entre todos los perjudicados.

Para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización es necesario, como paso previo, averiguar los daños sufridos por el perjudicado, teniendo en

⁴⁴ M. Á. PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., p. 1.337, tal y como sucede en la adaptación que de la Directiva ha realizado Gran Bretaña (con cita de HOWELLS, “Product Liability in the United Kingdom”, *Revue Européenne de Droit Privé*, vol. 2, núm. 2, 1994, p. 262). Véanse también MARTÍN CASALS y SOLE FELIU, “La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas”, en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 944; MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, ob. cit., pp. 118-122; y J. A. VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., pp. 66 y 67.

⁴⁵ En este sentido, véanse las SSAP de Córdoba, de 23 de mayo de 2005, de Cádiz, de 20 de noviembre de 2002 ó de Asturias, de 18 septiembre de 2002 (donde los daños reclamados eran derivados de una sobrecarga de tensión en la línea eléctrica).

⁴⁶ La SAP de Ciudad Real, de 26 de noviembre de 2002, aplica el artículo 1902 el Código Civil, inaplicando la franquicia.

⁴⁷ Este límite es muy superior al establecido por el régimen especial de responsabilidad de los servicios enumerados en el artículo 148, que, como dispone en su último párrafo, tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.

cuenta las pruebas aportadas y la relación causal entre los productos defectuosos y el daño. En este sentido, la cuantía de esta indemnización depende de que resulten acreditados los siguientes extremos: (a) que exista una relación casual adecuada entre dichos defectos y los daños sufridos; (b) que estos daños resulten acreditados; y (c) que sea solicitada la reparación de dicho perjuicio directamente por el perjudicado.

II.3. La carga de la prueba

Si se ocasiona un resultado dañoso como consecuencia de la utilización o consumo de un producto defectuoso, el productor estará obligado a indemnizar al perjudicado, salvo que demuestre la inexistencia del nexo causal entre dicho producto y el daño, o una de las causas de exoneración de la responsabilidad previstas en el artículo 140⁴⁸.

Con independencia del criterio de imputación objetivo de la responsabilidad, y de que sea ésta calificada de absoluta o atenuada, se requiere probar la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño, que en modo alguno puede eximirse ni resultar alterada por dicho criterio⁴⁹.

El artículo 139 de la LCU establece que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”. De conformidad con este precepto, basta con que el perjudicado pruebe los daños y perjuicios, el defecto del producto o servicio y la relación de causalidad o nexo causal entre ambos para que pueda obtener la reparación de los daños. Por lo tanto, no es necesario probar la culpa o negligencia del productor⁵⁰.

La Ley no libera, sin embargo, al perjudicado de la carga de acreditar el defecto del producto⁵¹. Por lo que se refiere a la prueba de este defecto, lo que debe demostrarse es “la falta de seguridad del producto, no el nexo causal entre el defecto y la actividad del demandado” (SSAP de Córdoba, de 24 noviembre de 2003, y de Lleida, de 14 julio de 2004), es decir, no debe probarse que tal defecto se debió a la conducta negligente del responsable.

⁴⁸ Idéntico razonamiento se puede sostener en otros ámbitos de la responsabilidad por riesgo.

⁴⁹ Respecto al necesario nexo de causalidad en la producción del daño, véanse F. PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil*, vol. II, Madrid, 1990, en especial, pp. 1.564 y ss.; R. DE ÁNGEL YAGÚEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 751 y ss.; o CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 85.

⁵⁰ Aunque algunos autores observan que la responsabilidad del fabricante se fundamenta en la culpa, inmersa en el defecto del producto, cuya prueba (de dicho defecto) incumbe al perjudicado (O. TOBAJAS GÁLVEZ, “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2002, p. 796, y A. I. LOIS CABALLÉ, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 222-223).

⁵¹ Algunos autores critican que deba ser el perjudicado el que pruebe la existencia del defecto una vez acreditado el daño, ya que consideran que se trata de una demostración de la culpa del sujeto responsable concretada en un defecto (J. A. VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., pp. 94 y 95; y C. ROGEL VIDE, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, *RGLJ*, 1999, núm. 5, pp. 605). En sentido contrario, se pronuncian P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, ob. cit., pp. 230 y 231; y PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., pp. 1.306 y 1.306, recordando, además, que en nuestro ordenamiento se admite la prueba de presunciones como medio de prueba. Aunque, en la práctica, los tribunales no suele ser proclives a demostrar la defectuosidad del producto mediante tales presunciones (véanse, en este sentido, las SSAP de La Rioja, de 13 junio de 2006, de Madrid, de 4 de marzo de 2005, ó de Tarragona, 13 octubre 2004).

Precisamente, al considerarse como requisito ineludible para sostener la responsabilidad una mínima posibilidad de culpa (la del defecto del producto), se entiende que no rige una responsabilidad objetiva absoluta. En la práctica, nuestros tribunales entienden que “no existe una presunción de la defectuosidad, sino que parece que se parte de la corrección del mismo”⁵². Sin embargo, algunos autores rechazan concebir el “defecto” como “una cuestión de hecho, susceptible de ser o no probado; en cambio, conforme a su propia definición, la determinación de si el producto es o no defectuoso, es una *quaestio iuris*, el resultado de una valoración jurídica, y no de una prueba. Es evidente que la víctima debe aportar la prueba del accidente provocado con motivo de la utilización de un producto, y ha de “convencer” de que el accidente es debido a un funcionamiento del producto que no cabía legítimamente esperar”⁵³. Además, podemos añadir que sería deseable que se tuviera en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria, como ocurre en el ámbito general de la responsabilidad civil. Todo ello debido a que, en la práctica, la actual interpretación de la prueba del defecto supone una menor protección de la LCU, por la dificultad que conlleva en muchos casos dicha prueba.

III. Ámbito subjetivo de la responsabilidad derivada de la LCU

III.1. Sujetos protegidos

En consonancia con el artículo 128.1 de la Ley, *todo perjudicado* tiene derecho a ser indemnizado por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios⁵⁴. Esta regla posibilita que incluso aquellas personas que no habían adquirido ni se encontraban consumiendo el producto puedan solicitar la aplicación de este régimen de responsabilidad si sufren un daño que sea causado por bienes o servicios defectuosos (pongamos el caso de que alguien pueda resultar lesionado por su proximidad o cercanía al producto y no porque lo esté consumiendo⁵⁵).

Cuestión distinta es que, de conformidad con el artículo 129.1, se exija para reclamar una indemnización, al amparo de esta normativa, que los daños materiales

⁵² SSAP de Salamanca, de 14 de junio, y 19 de febrero de 2007, de Almería, de 10 noviembre y 26 de abril de 2006, de Madrid, de 29 de abril de 2005, de Pontevedra, de 13 noviembre de 2003, de Córdoba, de 21 de febrero de 2003 y 19 de junio de 2002. Concreta, en este sentido, la SAP de Madrid de 4 de marzo de 2005, que “se debe partir de su corrección técnica, al haber superado los controles de calidad al concluir su fabricación”.

⁵³ M. PASQUAU LIAÑO, “Responsabilidad civil por productos: crónica de una jurisprudencia titubeante”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 22, 2007, p. 47. Y añade posteriormente que *lo que el actor ha de acreditar es que con motivo del uso o consumo del producto, se produjo un accidente inesperado, sin que pueda exigirse la prueba negativa de la ausencia de toda circunstancia extraña al producto causante del daño* (p. 50). En este sentido, concluye como deseable que el Tribunal Supremo unifique su doctrina, tomando como patrón la STS, de 5 de enero de 2007, dictada en un supuesto de responsabilidad por la prestación de un servicio sanitario defectuoso, y que la extrapole a la de los productos.

⁵⁴ A diferencia de lo regulado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que protegía al “consumidor y usuario”, determinando y excluyendo las personas que debían ser consideradas como tales (art. 1.2 y 1.3 de dicha Ley).

⁵⁵ Véase el análisis jurisprudencial realizado por GARCÍA GARCÍA al respecto (*Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., p. 1.327).

sufridos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. Por lo tanto, si un particular adquiere un producto para su posterior comercialización, y no para destinarlo a su consumo, y como consecuencia se producen unos daños materiales, éstos quedarán excluidos del ámbito de protección de la Ley⁵⁶. En definitiva, es el uso o consumo que se realice del bien lo que conlleva la aplicación subjetiva de esta normativa, con independencia de que se hubiera en principio adquirido para su utilización profesional⁵⁷.

III.2. Sujetos responsables

III.2.1. La responsabilidad del productor y del proveedor

El texto refundido de la LCU, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sustituye los términos de “fabricantes e importadores” (que establecía la Ley 22/1994) por el de “productor”. No es que se modifique el ámbito de imputación de este tipo de responsabilidad, sino que el legislador ha considerado más acertada dicha denominación. Prueba de ello lo constituye el artículo 5 que establece el concepto de productor y que considera como tal “al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermedio, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”; así como el artículo 138 que ofrece el concepto legal de productor, a los efectos de determinar los daños causados por productos. Esta definición comprende el concepto legal de fabricante e importador que ofrecía el antiguo artículo 4 de la Ley, si bien este precepto no establecía una definición aplicable para el capítulo de la responsabilidad en particular.

Aunque el legislador ha querido matizar que se englobe también en este supuesto al prestador del servicio (además del fabricante) o su intermediario⁵⁸, por lo demás, al tratarse de términos equiparables, podemos aplicar a estos sujetos los mismos presupuestos que bajo la anterior denominación⁵⁹. En definitiva, podemos afirmar

⁵⁶ Respecto a los daños personales, sí quedarían cubiertos los daños ocasionados por bienes de producción. Véase M. A. PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., p. 1.313.

⁵⁷ Recordemos que si el producto se utiliza para ambos fines, privado o profesional, deberemos atender al uso principal del producto. En este sentido, L. M. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., p. 1.442.

⁵⁸ En este sentido, no olvidemos que tanto la nueva regulación en su artículo 138.2 como el artículo 4.3. de la anterior Ley señalan que si el *productor* (en el caso de la Ley de 7 de julio de 1994, se refería únicamente al fabricante) *no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto* (quien hubiere suministrado o facilitado el producto, dice la Ley 22/1994), *a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor* (fabricante, señala la Ley 22/1994) *o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.*

⁵⁹ Nos remitimos, para un mayor análisis a los presupuestos que de la responsabilidad de los sujetos responsables ha realizado la doctrina: G. ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, ob. cit., pp. 106 ss.; L. M. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., pp. 1.395-1.411; P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, ob. cit., pp. 350-521; PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., pp. 1.318-1.325; J. A. VELA SANCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., pp. 19-48.

que el legislador identifica el término productor como el equivalente al de fabricante e importador.

A tenor de la LCU, podrán ser potenciales responsables de los daños ocasionados por los productos o servicios defectuosos las siguientes personas: los productores, los proveedores y los prestadores de servicios.

La responsabilidad en la que pueden incurrir cada uno de ellos no se instaura en el mismo plano. Por un lado, el artículo 135 establece que *los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*⁶⁰. Por otro, el artículo 146 señala que *el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, sin perjuicio de su posterior derecho de repetición*; y, además, el artículo 138.2 determina, en principio, que será considerado como productor el proveedor del producto, cuando no se le pueda identificar a éste. Por último, el artículo 147 precisa que *los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*; y el artículo 148 establece que *se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*; enumerando, a continuación, una serie de servicios que se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad.

De esta manera, en el primer caso, la responsabilidad de los productores es objetiva (con ciertas limitaciones o causas de exoneración, que después veremos). La responsabilidad de los proveedores podemos calificarla de subsidiaria, en defecto de los primeros, cuando no sean identificados y en el plazo de tres meses no indique al perjudicado esa identidad o la de quien le hubiera suministrado o facilitado a él ese producto. También, pueden incurrir los proveedores en una responsabilidad por culpa (en este caso no subsidiaria, sino directa), en el caso de que suministre un producto conociendo la existencia del defecto (responsabilidad culposa). Respecto a la responsabilidad de los prestadores de servicios, aunque no sea el objeto de este trabajo, diremos que el artículo 147 acoge un sistema de responsabilidad general y subjetivo (la responsabilidad para que resulte imputada es precedida de una actuación culposa del prestador del servicio), mientras que el artículo 148 contempla un supuesto de responsabilidad especial, que es objetiva y absoluta (derivada del incumplimiento de esas obligaciones de garantía que deben reunir los servicios enumerados).

⁶⁰ El artículo 138 define como “productor”, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) un producto terminado; b) cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) una materia prima. En el caso de que no se le pueda identificar, establece que *será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.*

III.2.2. La responsabilidad solidaria

El artículo 132 de la LCU establece un principio de responsabilidad solidaria de los responsables de un mismo daño, sin perjuicio del derecho ulterior de repetición en función de su contribución causal⁶¹. Por lo tanto, el perjudicado podrá decidir entre ejercitar su acción contra todos, algunos o sólo contra uno de ellos⁶². En estos dos últimos casos, cada deudor solidario deberá indemnizar al perjudicado “íntegramente”, sin perjuicio de su derecho posterior de repetición frente a los demás.

Dicha solidaridad únicamente es aplicable a aquéllos que con su acción u omisión han contribuido al resultado dañoso, pero no a aquellos que no son causantes del mismo, como tampoco con respecto al que sufre el daño. En este sentido, una vez más, el criterio de imputación de la responsabilidad no debe confundirse con el elemento de la causalidad.

Si nos detenemos en el precepto, podemos advertir que el legislador establece la solidaridad de las personas responsables por el mismo daño sin tener en cuenta si la conducta de cada uno de los copartícipes fue suficiente para originar el daño o si fue necesaria la interacción de ambas. La solución en uno y otro caso puede diferir ya que si, en el primer caso, no cabe duda de que la regla aplicable es la de la solidaridad entre la pluralidad de agentes dañadores cuya conducta fue suficiente para originar el daño⁶³, en el segundo supuesto la solución se complica al ser precisamente necesaria la conjugación de todas estas conductas para originar el mismo. El dilema fundamental reside en considerar a cada una de las causas concurrentes como causa total del daño o, por contra, como una causa fraccionada en la producción del daño⁶⁴.

Por otro lado, también debe observarse que en la práctica el problema se complica ya que, junto a esta responsabilidad solidaria establecida por el artículo 132 de la LCU, es posible alegar la normativa general contenida en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, por lo que podrían ser demandados aquellos sujetos responsables conforme a la legislación especial y otros que quedan fuera del ámbito de aplicación subjetivo de esta Ley.

Determinado el concurso casual y valorados los daños, se efectuará la distribución de los porcentajes de responsabilidad, bien en el procedimiento principal (si la acción

⁶¹ Esta posibilidad de acción viene recogida en la normativa general de las obligaciones solidarias por el artículo 1144 Código Civil que permite que “el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente” y que “las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”.

⁶² Véanse las SSAP de Murcia, de 13 de septiembre de 2002, y de Asturias, de 23 febrero de 2000.

⁶³ PUIG BRUTAU señala, al respecto, que “la responsabilidad se produce para cada uno con independencia de los demás. Ninguno de ellos podrá excusarse con la alegación de que el daño se hubiera producido igualmente por la conducta del otro u otros, cuando los demás puedan alegar lo mismo con igual fundamento” (“Responsabilidad civil”, en *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1983, p. 101).

⁶⁴ Debemos recordar que existe una dualidad doctrinal que enfrenta a los partidarios de la regla de la solidaridad versus aquellos que defienden la aplicación de la mancomunidad en tales casos. Véanse ALBADALEJO GARCÍA, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”. *ADC*, 1963, pp. 345 y ss.; SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Madrid, 1982, pp. 62 y ss.; SANCHO REBULLIDA, “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. III, Pamplona, 1969, pp. 574 y ss.; DÍAZ DE LEZCANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones: estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, 1997, entre otros.

se ha ejercitado contra todos los responsables) u otro posterior (si se ha dirigido sólo frente a uno de los causantes del daño y procede pues la repetición frente a los otros intervinientes). Para ello, los tribunales deben comparar las conductas concausantes del resultado dañoso, lo que en muchos casos conlleva una labor complicada y de gran discrecionalidad por parte de los tribunales⁶⁵.

III.2.3. La intervención de un tercero

El artículo 133 de la LCU imposibilita que se reduzca la responsabilidad establecida por aplicación de esta normativa cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño. *El fundamento de esta norma es proteger al perjudicado*. A estos efectos, se considera un tercero a “aquella persona que participó en la causación del daño y que no dependa del productor o importador, ni tampoco de la que éstos fueren responsables”⁶⁶.

El precepto hace referencia al “daño causado conjuntamente”, es decir, al concurso de un defecto o de la intervención de un tercero, por lo que si la causa del daño se debe “únicamente” a dicho defecto o tercero no procedería su aplicación⁶⁷.

III.3. Causas de exoneración de la responsabilidad

Aunque se pueda acreditar el defecto, el daño y el nexo causal entre ambos, hay varias causas que exoneran de responsabilidad al productor, que es lo que ha llevado a sostener que no nos encontramos ante una responsabilidad objetiva absoluta. Estas causas son establecidas en la Ley de forma taxativa, sin que, además, sea posible establecer cláusulas de exoneración o de limitación de esta responsabilidad civil, que serán ineficaces frente al perjudicado (art. 130).

Por lo tanto, corresponde al productor probar que existió una de las causas establecidas en el artículo 140, y que analizaremos a continuación, para no tener que responder⁶⁸.

a) No poner en circulación el producto

En primer lugar, se exime de responsabilidad al productor si no ha puesto en circulación el producto. La doctrina considera que ésta coincide con la entrega voluntaria

⁶⁵ Me remito al análisis del epígrafe “La distribución de las cuotas de responsabilidad”, en mi obra *La concurrencia de causas en la responsabilidad civil por accidentes de circulación*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 309-345, donde realizo un profundo análisis sobre la causalidad concurrente al daño y los problemas que presenta la distribución de la responsabilidad.

⁶⁶ J. A. VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., p. 133.

⁶⁷ Suscribimos la opinión, en este sentido, de F. DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/94 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1998, p. 125.

⁶⁸ Puede verse el análisis que sobre ellas realizan J. L. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 201 ss.; PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., pp. 1.325-1.332; L. M. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., pp. 1.454 y ss., con abundante jurisprudencia analizada al respecto.

del producto a otra persona para su comercialización⁶⁹. Por lo tanto, no es la mera fabricación del producto defectuoso la que genera responsabilidad. Además, esa entrada en el mercado debe producirse voluntariamente, por lo que los casos en que se hubiera sustraído el producto, al igual que en los casos de piratería industrial o comercial, quedarían englobados dentro de este supuesto⁷⁰.

b) Defecto inexistente en el momento de la puesta en circulación del producto

El artículo 140.1, en su letra b), recoge como causa de exoneración que, dadas las circunstancias del caso, sea “posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto”. Se ha mantenido la misma redacción del artículo 6.1 b) a pesar de algunas críticas doctrinales existentes al respecto.

Nos encontramos, por lo tanto, ante una presunción *iusuris tantum* de que el producto era seguro y de que el defecto se debe a otra causa distinta: “a la intervención de un tercero (manipulación del producto, incorrecto almacenamiento o transporte, etc.), y así debe ser acreditado por quien la invoque”⁷¹.

c) Producto no fabricado para la venta ni en el ámbito de una actividad profesional o empresarial

El artículo 140.1, en su letra c), establece como causa de exoneración del productor la del producto *no fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial*.

En consecuencia, la imputación de la responsabilidad viene establecida por dos presupuestos. Por un lado, el de su venta o comercialización con fines económicos y, por otro, el de su realización en un ámbito profesional o empresarial.

d) Defecto debido a la aplicación de normas imperativas

No serán indemnizables los daños cuando *el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes* (artículo 140.1, letra d). Por lo tanto, el productor no responderá aunque se pruebe la presencia del defecto, siempre que éste fuera debido al cumplimiento de normas imperativas (que no dispositivas) aplicables sobre su proceso de fabricación. Ello sin perjuicio de que pudiera existir una responsabilidad patrimonial de la Administración⁷².

La doctrina entiende que, en estos casos, estamos ante una causa de legitimación o de justificación, y no con un problema de causalidad o de imputación objetiva⁷³.

⁶⁹ MARTÍN CASALS y SOLE FELIU realizan un interesante análisis sobre esta cuestión (“La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas”, ob. cit., pp. 923-924; y en “Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de un botella y el defecto de fabricación”, La Ley, núm. 3, 2003, pp. 1.707-1.708).

⁷⁰ PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, ob. cit., pp. 1.325 y 1.326.

⁷¹ GARCÍA GARCÍA, L. M^a., Derechos de los consumidores y usuarios, ob. cit., p. 1.457.

⁷² Si se cumplen los presupuestos de la LRJPAC. Véase al respecto el excelente análisis de YZQUIERDO TOLSA-DA, M., “Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan), leyes defectuosas y sentencias defectuosas”, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 7, 2003, en especial pp. 19-23; y Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, ob. cit., 327 y ss.

⁷³ INFANTE RUIZ, F. J., La responsabilidad por daños: **nexo de causalidad y “causas hipotéticas”**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 175-177. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas, ob. cit., p. 401; y RODRÍGUEZ LLAMAS, S., Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2002, p. 128.

e) Riesgos del desarrollo

Otra causa de exoneración se produce cuando “el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto” (artículo 140.1, letra e). En sentido contrario, el productor debe conocer los conocimientos científicos y técnicos existentes a la hora de poner en circulación el producto⁷⁴. Nos encontramos, así, ante los denominados “riesgos del desarrollo”.

Se excluye de esta exención *el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano* (art. 140.3), donde sí podríamos hablar de responsabilidad objetiva absoluta.

Algunos autores entienden que se trata de un criterio de imputación de la responsabilidad por culpa, que libera de responsabilidad al productor al no permitir apreciar la existencia del defecto⁷⁵. Sin embargo, parece más acertado calificarlo como un supuesto de no responsabilidad, ya que no se dan los requisitos para la misma. Ello sin perjuicio de que, una vez que el estado de la ciencia permita la detección del defecto, el productor deba, de conformidad con la normativa general en materia de responsabilidad civil (artículo 1101 y ss. y 1902 del Código civil), actuar en consecuencia para evitar un evento dañoso (por ejemplo, informando al comprador o, incluso, retirando el producto del mercado)⁷⁶.

f) Defecto integrado en el producto final

El artículo 140.2 establece que *el productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto*.

La inexistencia de responsabilidad de este productor de parte integrante sólo opera cuando el fabricante de la parte integrante sea el demandado directamente. Además, sobre él recaerá la carga de la prueba. El fundamento de esta norma se debe a que la parte producida no era deficiente, sino que lo fue su incorporación al producto final o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto final.

g) Culpa exclusiva del perjudicado

El legislador establece que la responsabilidad prevista *podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente* (art. 145).

Esta culpa de la víctima, aunque no viene definida por la Ley, debe entenderse como falta de cumplimiento de las instrucciones y advertencias del fabricante en la

⁷⁴ Sin que sea posible la retroactividad a dicho momento. Véase, al respecto, SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 53-54.

⁷⁵ L. M. GARCÍA GARCÍA, *Derechos de los consumidores y usuarios*, ob. cit., p. 1.460. Otros lo califican de flagrante desvirtuación del sistema objetivo de afección de la Ley (J. A. VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, ob. cit., p. 106).

⁷⁶ Para un mayor análisis, nos remitimos a VATTIER FUENZALIDA, “La responsabilidad civil por alimentos defectuosos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, pp. 289-290; o GARCÍA RUBIO, “Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *Actualidad Civil*, núm. 35, 1998, pp. 861 y 868.

utilización del producto por la víctima: bien por un uso o consumo “incorrecto” del producto (SAP de Sevilla, de 25 de febrero de 2005⁷⁷), o por uno “no previsto ni autorizado” (SAP de Lleida, de 14 julio de 2004). Del mismo modo, entendemos que si la víctima utiliza el bien conociendo el defecto, estaría asumiendo el riesgo del daño.

La principal objeción que debe realizarse a este precepto es el de su redacción, ya que podría dar lugar a una incorrecta interpretación, pues no cabe la supresión de la responsabilidad si el daño ha sido causado “conjuntamente” por la culpa del perjudicado. Para que proceda la exoneración de la misma, al igual que sucede en otros ámbitos de la responsabilidad objetiva (sea o no absoluta), es preciso que la culpa sea exclusiva del perjudicado (o de la persona de la que responda). La interpretación contraria se opondría al presupuesto de la causalidad necesaria para imputar la responsabilidad.

De esta manera, es posible tener en cuenta la culpa, pero dentro del marco de la causalidad, para fijar la distribución de responsabilidad. Por lo tanto, cuando interviene en la causación del daño el productor y la actuación negligente de la víctima, sólo es posible hablar de aminoración de la responsabilidad del primero y de reducción del resarcimiento del daño de la víctima o, en último término, de “distribución de las consecuencias dañosas”.

⁷⁷ *En este sentido, cuando el perjudicado admite su uso fuera del determinado por el fabricante está asumiendo el riesgo y la responsabilidad, sin que quepa establecer como obligación genérica que el fabricante deba probar su producto en otros elementos para los que no ha previsto su uso* (SAP de Sevilla, de 25 febrero de 2005).

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ABRIL MARTORELL, F., “Introducción”, en *Análisis del Sistema Sanitario Español*. Doce calles, Madrid, 1995.
- AGUILLAR, F. H., *Controle Social de Serviços Públicos*. Max Limonad, São Paulo, 1999.
- ALBADALEJO GARCÍA, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *ADC*, 1963.
- ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, Civitas, Madrid, 1990.
- ALESSI, R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1970.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- ALONSO, M., *Enciclopedia del Idioma*, Tomo III, Aguilar, Madrid, 1982.
- ALPA, G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., *Administración pública y Electricidad*, Civitas, Madrid, 1997.
- ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del foro, Madrid, 1978.
- ARENA, G., *Cittadini Attivi*, Laterza, Roma, 2006.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo*, Tomo I, Madrid, 1993.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en Javier CREMADES (coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J. M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- ARIÑO ORTÍZ, G., *Principios de Derecho Público económico*, Comares, Granada, 1999.
- ARPÓN DE MENDÍVIL, A., CRESPO, M., “Finalidad y ámbito de aplicación de la ley”, en A. ARPÓN DE MENDÍVIL ALDANA y A. CARRASCO PERERA (dirs), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999.
- ARRILLA MENDOZA, M., en su tesis doctoral *Artículo 51 de la Constitución española: la protección de los consumidores y usuarios*, Universidad Complutense, Madrid, 1999.
- AUTIN, J. L., “Les Autorités administratives indépendantes et la Constitution”, en *La Revue Administrative* 244, julio-agosto de 1988.
- BACELLAR FILHO, R. F., “A Nova Ley das Concessões – Ley nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995” en *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Ano 2, junho 1995, Nº 5, Curitiba, Brasil.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., “El Derecho Público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés económico general: ¿repliegue o transformación”, en *Boletín de la Facultad de Derecho* 16 (2000).
- BADENAS CARPIO, J. M., *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Conselleria de Sanitat i Consum, Valencia, 1993.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho Constitucional, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BALDWIN, R. y CAVE, M., *Understanding Regulation*, Oxford, 2002.
- BARBA VEGA, J., “El derecho a la educación y formación en materia de consumo”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1984.
- BÁRBARA, J. E., “La participación y el control del usuario en los entes reguladores y de control”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* 10 (2005, octubre 18-21, Santiago).
- BARRA, R. C., “Conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires”, en Eduardo MERTEHIKIA, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992.
- BARZELAY, M., *The new public management: improving research and policy dialogue*, Berkley University Press, Berkley, 2000.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988.
- BASTOS, C., *Concessão de Serviços Públicos*, en *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Vol. 15, abril/junho de 1996, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.
- BERCOVITZ, A., “La protección de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 1, 1984.
- BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores y usuarios*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BERMEJO VERA, J., “Aspecto jurídico de la protección del consumidor”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978.

- BERMEJO VERA, J., “La responsabilidad del empresario de servicios”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 10, 1987.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “L’expérience espagnole en matière d’administrations indépendantes”, en *Etudes et Documents* 52 (2001).
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos”, en *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, E-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BON, J., JALLAT, F. y LE BORGNE, CH., “Contrats de service et discrimination tarifaire”, en *Revue Française de gestion* 133, marzo-mayo del 2001.
- BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1976.
- BREWER-CARÍAS, A., “El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas”, en *Revista de Derecho Público número 22*, Caracas, 1985.
- BREWER-CARÍAS, A., “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.
- BRITO, M. R., *Derecho Administrativo. Su Permanencia –Contemporaneidad– Prospectiva*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004.
- BROSETA PONT, M., “Aspectos generales para una introducción sobre Derecho de los consumidores”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Eduardo Polo*, Madrid, 1979.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP.
- CABO DE LA VEGA, A., *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997.
- CABO MARTÍN, C. de, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- CAETANO, M., *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1991.
- CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, CER, Madrid, 2006.
- CÁMARA VILLAR, G., *Derecho Constitucional*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999.
- CANANEA, G., “La réglementation des services publics en Italie”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002).
- CANOSA USERA, R., “La declaración de derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- CARLÓN RUIZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102, abril-junio de 1999.

- CARPIZO, J., *Derechos Humanos y Ombudsman*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.
- CARRASCO PERERA, Á., ARROYO JIMÉNEZ, I. y MENDOZA LOSANA, A. I., “Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor”, en *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho del Consumo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- CARRASCO PERERA, Á. y MENDOZA LOSANA, A. I., “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998”, en Á. CARRASCO PERERA (coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de consumo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- CASCAJO CASTRO, J. L., “Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores”, en VVAA, *Estudios sobre el Derecho del Consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1994.
- CASSAGNE, J. C., “La participación pública en el control de los servicios públicos: Derechos individuales y colectivos: La participación de las asociaciones defensoras de los usuarios, el procedimiento de audiencias públicas, y las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* 5 (2005).
- CAZORLA PRIETO, L., “Artículo 51 constitucional”, en Fernando GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.
- CHAVERO GAZDIK, R., “La participación social en la gestión pública”, en *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.
- CHEVALLIER, J., “Regards sur una évolution”, en *Le Service Public. Unité et diversité*, número especial de *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)* de 20 de junio de 1997, París.
- CHINCHILLA MARÍN, C. y CARLÓN RUÍZ, M., “Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones”, en T. QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dirs.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, CGPJ, Madrid, 2003.
- CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2000.
- CIRNE LIMA, R., *Princípios de Direito Administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.
- COLSON, J. P., *Droit Public Economique*, LGDJ, Tercera edición, París, 2001.
- COMADIRA, J. R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina, 1966.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1997.
- CORCUERA J. y GARCÍA HERRERA, M. A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Undécima edición, Madrid, 2000.
- COSTAS COMESAÑA, A., “De consumidor a ciudadano: el papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos”, en *Información Comercial Española*, ICE: Revista de Economía nº 836, 2007.
- CROZIER, M., *La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública*, Civitas, Madrid, 2000.
- CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.
- DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DE GÁSPERI, L., *Anteproyecto de Código Civil*, Primera edición, Editorial “El Grafico”, Asunción, 1964.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Telecomunicaciones y Derecho Público”, en J. CREMADES (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DI PIETRO, M. S. Z., *A defesa do cidadão e da res publica*, Revista do Serviço Público, vol. 02, ano 49, Brasília, Enap, 1998.
- DI PIETRO, M. S. Z., *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2002.
- DÍAZ DE LEZCANO, I., *La no presunción de solidaridad en las obligaciones: estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, en *Aranzadi Civil*, núm. 14/2005.
- DÍEZ, M. M^a., *Derecho administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., *El incumplimiento de la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y SENDÍN GARCÍA, M. A., *Derecho y Educación: Régimen Jurídico de la educación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho Público*, Adolfo Posada y Ramón Jaén (trads.), Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Editions E. De Boccard, París, 1927-1930.
- DUGUIT, L., *Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing, París, 1980.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., “L’usager du service public et le client de l’entreprise saisis par le Droit Communautaire”, en *Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché II*, La documentation Française, París, 1998.
- EMBED IRUJO, A., “El contenido del derecho a la educación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 31, octubre-diciembre de 1981.

- ESCOBAR ROCA, C. G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Cicode+Trama Editorial, 2005.
- ESCRIBANO COLLADO, P., “La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de consumo”, en Juan Ignacio FONT GALÁN y Francisco LÓPEZ MENUDO (coords.), *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.
- EZQUERRA HUERVA, A., “Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo”, en *Revista Vasca de Administración Pública* 70, 2004.
- FARINA, J. M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública* 150, septiembre-diciembre de 1999.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J., *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*, Editorial Porrúa, S. A., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992; Segunda reimpresión de 1997.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la Educación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y A. SÁNCHEZ NAVARRO, A., “Comentario al art. 27 CE”, en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo III*, EDESA, 1996.
- FERNANDO PABLO, M. M., *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Editorial Colex, Madrid, 1998.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C., “Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* 10 (2005, octubre 18-21, Santiago).
- FIGUEIREDO, L. V., *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1995.
- FLAMARIQUE, F., “Protección de los consumidores en las operaciones de crédito al consumo y en los servicios públicos domiciliarios”, en *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Caracas, 2005.
- FLIPO, J., *Le management des entreprises de services*. Gallimard, París, 1998.
- FONT I LLOVET, T. y PERDIGO I SOLA, J., “La relevancia constitucional de la promoción de la información de consumidores y usuarios”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Javier SALAS HERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- FRANCFORT-ALBERELLI, S., “L'integration du principe d'egalite dans le Droit europeen des services publics et ses perpectives d'evolution”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché* II, La documentation Française, París, 1998.

- GALLEGO ANABITARTE, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La nueva regulación del mercado del gas natural”, en *Revista de Administración Pública* 148, enero-abril de 1999.
- GANIVET, Á., *Cartas Finlandesas*, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina, 1940.
- GARCÍA AMIGO, M., “La defensa de los consumidores desde el Derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado*, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Civitas, Madrid, 200.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Editorial Moneda y Crédito. Madrid, 1977.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. J. CREMADES y J. RODRÍGUEZ-ARANA (dir.), La Ley, Madrid, 2004.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, L. M^a., *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2^a Ed., 2007.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., En *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- GARCÍA LLOVET, E., “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho” *Revista de Administración Pública* 131, mayo-agosto de 1993.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- GARCÍA RUBIO, M^aP., “Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español”, *Actualidad Civil*, núm. 35, 1998.
- GARFIELD, P. J. y LOVEJOY, W. F., *Public utility economics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1964.
- GARRIDO FALLA, F., (ed.), *El modelo económico de la Constitución española*, 2 vol., Madrid, 1981.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo II*. Undécima edición con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ, Tecnos, Madrid, 2002.
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GASTÓN, J., *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- GIL ROBLES Y GIL DELGADO, Á., *El valor Cotidiano de los Derechos Fundamentales*, Conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, 25 noviembre 1991.

- GNES, M., "The italian Independent Administrative Authorities: the Transplantation of an American Experience?", en *European Public Law 1997-3*.
- GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores*, Dykinson, Madrid, 1994.
- GÓMEZ CALLE, E., en "Consumidores", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción", en VVAA, *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.
- GÓMEZ POMAR, F., "Daño moral", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "El derecho del consumo ¿una disciplina autónoma?", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 22, 1991.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001.
- GORDILLO, A. A., *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1981.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995.
- GRANATO, L. y ODDONE, N., "Los servicios públicos en un contexto global: una aproximación al derecho de los usuarios", en "PRISMAS: Dir.; Pol. Pub. e Mundial, Brasilia", vol. 3, nº 2, 2006.
- GRAU, E. R., *Empresas Estatais ou Estado Empresário?* En VVAA, Curso de Directo Administrativo. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.
- GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*, Comares, 2ª ed., Granada, 2006.
- HERNÁNDEZ G., J. I., "El régimen de los servicios públicos municipales", en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.
- HERNÁNDEZ G., J. I., "Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Tomo I*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Montevideo, 2006.
- HERNÁNDEZ G., J. I., "La participación de los administrados en la actividad y funciones administrativas", en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005.
- HERNÁNDEZ G., J. I., "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano", en *Revista de Derecho Público* Nº 82, Caracas, 2002.

- HERNÁNDEZ G., J. I., *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004.
- HERNÁNDEZ, J. I., *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.
- HERNÁNDEZ, J. I., *Derecho administrativo. Parte general*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007.
- HERNÁNDEZ, J. I., *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2005.
- HERNÁNDEZ, J. I., *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Palestra, Lima, 2006.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M^a., *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978.
- HOWELLS, “Product Liability in the United Kingdom”, *Revue Européenne de Droit Privé*, vol. 2, núm. 2, 1994.
- INFANTE RUIZ, F. J., *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.
- JUAN ASENJO, O. de, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- KAROL, J. L., “Tarifas sociales en servicios públicos privatizados: una discusión sobre ciudadanía urbana y financiamiento de los costos de inclusión social en Argentina”, en *Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y Administración Pública*, 7 (2002, octubre 8-11, Lisboa).
- KLIKSBERG, B., “Hacia un perfil de Estado en América latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas n° 32 (junio de 2005),
- KOONTZ, H. y GABLE, R., *La intervención pública en la empresa* (1956), Jaime BERENGUER AMENÓS (trad.), Bosch, Barcelona, 1961.
- LACRUZ VERDEJO, J. L., “El acceso de los consumidores a la justicia”, en *Actualidad civil*, 1987.
- LANGODET, F., “La dissociation des fonctions su sein du service universel”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché II*, La documentation Française, París, 1998.

- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, J. SANTOS BRIZ, T. I, (trad.) Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “Protección de los consumidores y cláusula de redondeo de los intereses en los préstamos hipotecarios”, en *Noticias de la Unión Europea*.
- LEAL, R. G., *Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais*. En *Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Tomo I, Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2001.
- LEAL, R. G., *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.
- LEAL, R. G., *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, 2ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.
- LEÓN ARCE, A., “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, en A. LEÓN ARCE y L. M^aGARCÍA GARCÍA (coords.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LINARES BENZO, G., “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- LINDE PANIAGUA, E., *Introducción al sistema económico de la Constitución española*, Valencia, 1987.
- LLISET BORREL, F. y LÓPEZ PELLICER, J. A., *Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales*, Segunda edición, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2002.
- LOIS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ PELLICER, J. A., “Aspectos administrativos del régimen protector de los consumidores”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 234, 1987.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B., “Alcance y aplicación del art. 90. 2 (nuevo 86. 2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102, abril-junio de 1999.
- LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y políticas constitucionales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- MACÍAS CASTILLO, A., “Artículo 14”, en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: cometarios y jurisprudencia veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005.
- MAIRAL, H., *Documentación Administrativa* 267-268, septiembre de 2003-abril de 2004.
- MAISL, H., “Reflexions sur la regulation des reseaux de service public”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, La documentation Française, París, 1998.

- MANZANEDO MATEOS, J. A., "Servicio público: aproximación a su línea evolutiva", en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodo v. II*, Madrid, 1972.
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001.
- MARTI DEL MORAL, A., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, Madrid, 2000.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., "Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de un botella y el defecto de fabricación", *La Ley*, núm. 3, 2003.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., "La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas", en Cámara Lapuente (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- MARTÍN MATEO, R., "La calidad de vida como valor jurídico", en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Madrid, 1985.
- MARTÍN REBOLLO, L., "De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", en *Revista de Administración Pública número 100-102, Tomo II*, Madrid, 1983.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., "Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo".
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (coords.), *Derecho comunitario material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- MARTINAND, C., "Le service public en France et en Europe", en *Revue des affaires européennes 1994-2*.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Actualidad Editorial, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, 2003.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ LAGE, S., "El Tratado de Ámsterdam y las reglas de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Comunidad Europea* 125, julio-agosto de 1997.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación en la Constitución española", en *Persona y Derecho* 6.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos", en *Administración de Andalucía* 39, julio-agosto-septiembre del 2000.

- MARTÍNEZ ROSADO, J., “La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado”, en *RDBB*, núm. 106, abril-junio 2007.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La configuración jurídica de la Administración Pública y el Concepto de ‘Daseinsvorsorge’”, *Revista de Administración Pública* número 38, Madrid, 1962.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007.
- MARTINS, L., *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral*. En *Cadernos Enap*, Brasília, 1997.
- MEDAUAR, O., *Controle da Administração Pública*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993.
- MEDAUAR, O., *Direito Administrativo Moderno*, RT, São Paulo, 1998.
- MEILÁN GIL, J. L., *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, 1967.
- MEILÁN GIL, J. L., *Progreso Tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas. Navarra, 2006.
- MEILÁN GIL, J. L., *Progreso Tecnológico y Servicios Públicos*, Thomson-Civitas, Primera edición, España, 2006.
- MEIRELLES, H. L., *Licitação e Contrato Administrativo*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992.
- MELLO, C. A. B. de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2001.
- MELLO, C. A. B. de, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.
- MELLO, C. A. B. de, *Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação*, en *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 20, Malheiros, São Paulo, 1997.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La defensa del consumidor: un principio general del Derecho”, en *VVAA, Estudios sobre la Constitución española en homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- MOLAS, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Tercera edición, Madrid, 2005.
- MOLLINEDO CHOCANO, J. J., “Los servicios de telecomunicaciones”, en G. CALVO DÍAZ (dir.), *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, CGPJ, Madrid, 1999.
- MONTERROSO CASADO, E., *La responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- MOREIRA NETO, D. de F., *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- MORESI, M., “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (dir.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1988.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública* 84, septiembre-diciembre de 1977.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado I*, Civitas, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, 2004.
- New Public Administration*, vol. 92, September, 2000, p. 02. London, Master & Lews, 2000.
- NINO, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- NOGUEIRA, R., *Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1988.
- O'DONELL, D., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1988.
- OBERMANN, G., “Sector-specific regulation from a public choice perspective with regard to the supply of services of public interest”, en *Annals of Public and Cooperative Economics* 70-2 (1999).
- ORDUÑA MORENO, F. J. (dir.), *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- PAGE, A. C., “Member States, Public Undertakings and article 90”, en *European Law Review* 7 (1982).
- PALAZZO, J. L., SESIN, D. J. y ROLÓN LEMBEYE, V. A., *La transformación del Estado*, Buenos Aires, 1992.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo*, Decimoquinta edición, Marcial Pons, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”, en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo*, Tomo I, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L., *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), Civitas, Madrid, 1999.

- PAREJO ALFONSO, L., *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- PARRA LUCÁN, M^aÁ., “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, en REGLERO CAMPOS, (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2^a ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Responsabilidad civil por productos: crónica de una jurisprudencia titubeante”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 22, 2007.
- PECES BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PEÑA VILLAMIL, M., *La Concesión de Servicios Públicos*, Asunción, 1957.
- PÉREZ HUALDE, A., “Servicios públicos, régimen de regulación y organismos de control”, en *Servicios públicos y organismos de control*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- PÉREZ HUALDE, A., “Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades”, en www.acader.unc.edu.ar.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PÉREZ TREMPES, P., *Derecho Constitucional I*, Segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en *Revista de Administración Pública* 132, septiembre-diciembre de 1993.
- PRATS I CATALA, S., “La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local”, en *Documentación Administrativa* 199 (octubre-diciembre de 1983).
- PRIETO DE PEDRO, J., “Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución”, en T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, (coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española II*, UNED, Madrid, 1978.
- PROSSER, T., *Law and the regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- PUIG BRUTAU, J. “Responsabilidad civil”, en *Fundamentos de Derecho civil*. T. II, vol. III, Bosch, Barcelona, 1983.
- QUINTANA CARLO, I., “El acceso de los consumidores a la justicia como problema”, en I. QUINTANA CARLO y Á. BONET NAVARRO (dirs.), *El sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- QUINTELA GONÇALVES, T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986.
- QUINZIO FIGUEIREDO, J. M., *El Ombudsman. El Defensor del Pueblo*. Santiago de Chile, 1992.
- RACHADELL, M., *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

- REICH, N., *Mercado y derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1993.
- REYES LÓPEZ, M. J., “Derecho a la información”, en M. J. REYES LÓPEZ (coord.), *Nociones básicas del Derecho de consumo*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1996.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos*, Sedavi, Valencia, 1998.
- RIVERO YSERN, E., “Descentralización en Colombia”, en *El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.
- RIVERO YSERN, E., “Los derechos de representación, consulta y participación de consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 3, 1984.
- RIVERO YSERN, E., *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, 1969.
- ROCHA, C. L. A., *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1996.
- RODRIGUES, S., “Les services publics et le Traité d’Ámsterdam”, en *Revue du Marché Commun et de L’Union Européenne* 414, enero de 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista Catalana de Pret públic* 31, 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Nuevas claves del Estado social*, Comares, Granada, 1999.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., “Indemnización del daño moral contractual: Comentario a la STS 28 de marzo de 2005”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- RODRÍGUEZ R., L., *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, Decimocuarta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *Derecho administrativo. General y colombiano*, Decimoquinta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2007.
- ROGEL VIDE, C., “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, *RGLJ*, núm. 5, 1999.
- ROLLAND, L., *Présis de Droit Administratif*, 9ª ed., París, 1947.
- ROMEA SEBASTIÁN, A., *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi. Navarra, 2003.
- RONDÓN DE SANSÓ, H., *Cuatro temas álgidos de la Constitución venezolana de 1999*, Ex Libris, Caracas, 2004.

- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 7ª ed., Aguilar, Buenos Aires, 1965.
- RUIZRICO, J. J. y CONTRERAS, M., “Artículo 51”, en Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la constitución española*, EDERSA, Madrid, 1996.
- SALA ARQUER, J. M., “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 42, abril-junio de 1984.
- SALOMONI, J. L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Argentina, Buenos Aires, 1999.
- SALVADOR CODERCH y SOLE FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ DE VEGA, A., “La prestación de la educación”, en *Revista Jurídica de Castilla y León* nº extraordinario (enero de 2004).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^aP., “El daño moral: Una aproximación a su configuración jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU”, *RDBB*, enero-marzo, 1991, nº 41.
- SANCHO REBULLIDA, “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. III, Pamplona, 1969.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, Universidad Externado, Bogotá, 2003.
- SARAVIA, E., en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas, nº 30 (octubre de 2004).
- SATRUSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Vol. I, Sexta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Tercera edición, Aspen Law & Business, 1991.
- SEGARRA ORTIZ, M. V., “Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo”, en *Revista Española de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004).
- SENDÍN GARCÍA, M. A., “El derecho de acceso a los documentos que contienen datos personales de los pacientes. Especial referencia a la legislación sobre derechos y deberes de los pacientes de Castilla y León”, en *Revista Jurídica de Castilla y León* 8.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.

- SENDÍN GARCÍA, M. A., *Regulación y servicio público*, Comares, Granada, 2003.
- SENDÍN GARCÍA, M. A. y NAVARRO MEDAL, K., “Privatización, liberalización y desregulación. Un nuevo marco para la prestación de servicios públicos en Iberoamérica”, en *Estudios de Derecho administrativo y Derecho de los servicios públicos*, Bitecsa, Managua, 2007.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., “Los derechos de los consumidores en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984”, en VVAA, *Curso de doctorado sobre derecho de los consumidores, constitución económica y derecho del consumo*, Dirección General de Comercio y Consumo, Servicio de Consumo, Madrid, 1987.
- SERRANO TRIANA, A., *Fundamentos del servicio público*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.
- SGUIGLIA, E., “Desregulación y competitividad: evaluación de la experiencia argentina”, en www.clad.org.ve/fulltext/0029845.html.
- SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1995.
- SIMON, D., “Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires”, en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, La documentation Française, París, 1998.
- SOARES, F. de M., *Direito Administrativo de Participação*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998.
- SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Sexta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Madrid, 1982.
- SOUTO PAZ, J. A., “El derecho a la educación”, en *Boletín de la Facultad de Derecho 1* (1992).
- SOUVIRON MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- SUBIRATS, J. y GOMA, R., “Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades”, en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?*, Izquierda Unida, Madrid, 1993.
- TEITGEN-COLLY, C., “Les instances de régulation et la Constitution”, en *Revue du Droit Public 1990-1*.
- THWAITES REY, M. y LÓPEZ, A., “La debilidad regulatoria como estrategia política”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, nº 28 (febrero de 2004).
- TOBAJAS GÁLVEZ, O., “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2002.

- TORNO MAS, J., “La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003.
- TORNO MAS, J., *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- TRIANATAYLLOU, “Le encadrement communautaire du financement du service public”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen 1999-1*.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- UROSA MAGGI, D., *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- VAN DEN BOSSCHE, A. M. y COPPIETERS, S., “Services of General Interest a Challenge for European Economic Integration”, en *Economic Policy in the European Union*, Editado por Wim Meeusen, Edward Elgar, 1999.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “La responsabilidad civil por alimentos defectuosos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002.
- VEDEL, G., *Derecho administrativo*, J. RINCÓN JURADO (trad.), Madrid, Aguilar, 1980.
- VEGA GARCÍA, F. de la, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/94 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1998.
- VEGA GARCÍA, P. de, “Constitucionalismo de la igualdad”, en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 6, Murcia, 1994.
- VELA SÁNCHEZ, J. A., *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos Defectuosos*, Comares, Granada, 2004.
- VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.
- VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo*, Duodécima Edición 2004, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2004.
- VILLAGRA MAFFIODO, S., *Principios de Derecho Administrativo*. Asunción, Paraguay, 2007.
- VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999.
- VILLAR ROJAS, F. J., *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Comares. Granada, 2004.
- VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Buenos Aires, Argentina, 1949.

- VIRGALA FORURIA, E., “Servicios públicos y servicios de interés económico general en la UE (art. 86. 2 TCE)”, en *Revista de Estudios Europeos* 27, enero-abril 2001.
- WEIL, P., *El derecho administrativo*, trad. Luis Rodríguez Zúñiga, Taurus Ediciones, Madrid, 1966.
- WEISS, F. L., *Lei das Concessões: o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos*. En *Revista Jurídica*. nº 235. MAI/1997, Síntese, Porto Alegre, 1997.
- WOUTERS, J. y VAN HEES, B., “Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d’aides d’État”, en *Revue du Marché Unique Européen* 1999-2.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan), leyes defectuosas y sentencias defectuosas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 7, 2003.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extra-contractual*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ZAGREBELKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999.

