

LA PROTECCION DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

POR

ENRIQUE RIVERO YSERN

Catedrático de Derecho administrativo

SUMARIO: A: *La dicotomía usuario-consumidor.*—B: *La creación de servicios públicos.*—C: *La protección del usuario de servicios públicos.* a) El principio de regularidad y continuidad en la prestación. a') Planteamiento y formulación en el Ordenamiento español. b') Las quiebras al principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos. 1. Planteamiento general y protección al usuario. 2. Interrupciones en el servicio. 3. El cese en la prestación. c') La protección de los usuarios frente a las quiebras del principio de continuidad. 1. En los servicios prestados directamente por la Administración. 2. En los servicios prestados por los concesionarios. b) El derecho de acceso al servicio. c) Medidas que tienden a proteger la integridad física del usuario. d) Medidas que tienden a velar por la calidad de las prestaciones de los servicios públicos.—D: *Medidas de protección indirecta al usuario.*—E: *Vías de recurso ofrecidas a los usuarios de los servicios públicos.* a) Servicios públicos prestados directamente por la Administración. b) Servicios públicos prestados por los concesionarios. a') Naturaleza de la relación concesionario-usuario. 1. Tesis jurídico privada. 2. Tesis jurídico pública. 3. Tesis intermedia. 4. Nuestro criterio. b') Vías de recurso ofrecidas a los usuarios frente a los concesionarios.—F: *La participación del usuario en el servicio público.* a) Consideraciones previas. b) Participación en la creación del servicio. c) Participación en la organización del servicio público. d) Participación en la ejecución de los servicios públicos. a') Servicio público portuario. b') Servicio público de Correos. c') Servicio público de enseñanza. 1. Participación directa de los usuarios. 2. Participación directa de personas vinculadas a los usuarios. e) Participación en los servicios públicos a través de los órganos consultivos. a') Servicio público portuario. b') Servicio público del crédito oficial. f) Consideraciones finales.

A) LA DICOTOMIA USUARIO-CONSUMIDOR

Al ciudadano, frente a los servicios públicos, se le denomina usuario.

No obstante, esta denominación no es un hecho que tenga carta de naturaleza ni en el lenguaje común, por supuesto, ni incluso en el propiamente jurídico.

Comúnmente, se emplean los términos consumidor y usuario para designar a uno de los protagonistas de las relaciones socioeconómicas.

Pero, lo que no cabe la menor duda, como ha destacado CHEVALLIER, es que el usuario de los servicios públicos es, en el plano económico, un consumidor de bienes y de servicios cuyos problemas, aspiraciones y necesidades coinciden con los de otros consumidores. A este respecto, el análisis de su estatuto jurídico debe insertarse en la teoría general de los derechos del consumidor (1).

La mutación del consumidor en usuario de servicios públicos no supone ninguna modificación en el lugar ocupado por el consumidor en el proceso económico; más exactamente, la inserción del estatuto del usuario de los servicios públicos en la teoría general de los derechos del consumidor es indispensable para calibrar su particularismo, comprender su razón de ser y quizá para preparar, por asimilación, una mejora de la situación del consumidor ordinario (2).

Lejos de salir de los límites del sector público, el estatuto del consumidor de servicios públicos tiende a acercarse al del consumidor ordinaria del usuario (4). No obstante, el Reglamento del servicio público de la que se beneficiaban tradicionalmente los usuarios de servicios públicos y hace muy precarios los medios de control que se les ha dado en las prestaciones de los servicios públicos (3).

Jurídicamente, si se examinan las disposiciones reguladoras de los diferentes servicios públicos, se observa que la terminología usada es la del usuario (4). No obstante, el Reglamento del servicio público de gas, ya derogado, de 27 de enero de 1956, utilizaba la palabra consumidor en su artículo 53. También se utilizaba el término consumidor en el artículo 1.º, apartado c) de la Orden de 30 de julio de 1958, hoy derogada, Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles. Es frecuente que aparezca, por otra parte, el término de abonado, así en el servicio público de electricidad y gas, junto con el concepto de usuario (5). Para el vigente Reglamento general del servicio público de los combustibles de 26 de octubre de 1973, «usuario es la persona física o jurídica que mediante contrato utiliza el gas para su consumo».

(1) CHEVALIER: *Les droits du consommateur usager de services publics*. «Droit Social», 1975, núm. 2, p. 75.

(2) CHEVALLIER: *Ob. cit.*, p. 75.

(3) CHEVALLIER: *Ob. cit.*, p. 76.

(4) Valga citar al respecto los servicios públicos de transporte, gas, electricidad, correos.

(5) Véanse al respecto, por ejemplo, los artículos 46, 60, 71 y 76 del Reglamento de Verificaciones y regularidad en el suministro de electricidad de 12 de marzo de 1954, donde se emplea el término de abonado. El artículo 81 habla de usuario.

Incluso, como indica MEYNAUD, se emplea el término de usuario para calificar a los beneficiarios de las ventajas que ofrecen fuentes permanentes de satisfacción de necesidades colectivas que dependen del dominio público (usuarios de la carretera) (6).

Verificadas estas consideraciones, es necesario, siguiendo a MEYNAUD, dar a la noción de usuario todo su valor e independencia.

Para MEYNAUD, hay que distinguir la posición, o *status* diremos nosotros, de consumidor y de usuario. Puede parecer oportuno hacer el razonamiento de distinción en función de la naturaleza de las fuentes de las cuales los hombres obtienen los bienes y servicios que les son necesarios, útiles o simplemente agradables. Estas fuentes, que en apariencia son numerosas, pueden reducirse a dos categorías: unas, funcionan o no bajo el control de las autoridades, dependen de la iniciativa y economía privadas; las otras, encuentran su origen en una actividad o conjunto de gestiones que, de una forma, u otra, dependen de toda la colectividad (7).

Esta distinción, manifiesta MEYNAUD, es importante por diferentes razones. En primer lugar, permite delimitar las fronteras de la zona en el interior de la cual la satisfacción de las necesidades humanas, abre a los que detentan los medios de producción la facultad de obtener un enriquecimiento a su favor. Las empresas de la colectividad, sin embargo, presentan la particularidad de no reportar beneficios privados.

Una segunda ventaja de esta distinción, en estrecha relación con la anterior, es la de fijar el sector en el que es pensable hacer participar a los representantes de los usuarios finales, en las decisiones referentes a la actividad en cuestión; excluida por la misma lógica del sistema, de la economía privada, esta participación es plausible y debe tenerse por deseable o indispensable cuando se trata de negocios o servicios de la colectividad (8).

Estas consideraciones permiten determinar un conjunto de instituciones sociales y servicios diversos que, sin preocuparse por la renta-

(6) MEYNAUD: *Ob. cit.*, p. 238.

(7) MEYNAUD: *Ob. cit.*, p. 239.

(8) MEYNAUD: *Ob. cit.*, p. 239. Sin embargo, cada uno de estos sectores comporta situaciones que se apartan de la línea divisoria trazada. Sin olvidar el sector cooperativo, que se encuentra en la zona privada, se hallan también en esta actividad de inspiración privada cuyos promotores no son necesariamente hostiles a la idea de trabajar en común con los representantes de los beneficiarios. De otra parte, el sector público comporta elementos que, sin contribuir al beneficio privado, son movidos por la búsqueda de la rentabilidad máxima (monopolios fiscales).

bilidad financiera, la colectividad edifica y los hace funcionar en beneficio de sus miembros. Como tal, este sector se diferencia de la economía privada.

En consecuencia, no está prohibido denominar grupos de usuarios a los que utilizan o son beneficiarios de estas instituciones y servicios.

B) LA CREACION DE SERVICIOS PUBLICOS

La generalidad de los ciudadanos puede sentir determinada necesidad y reclamar la «publicatio» de la misma. ¿Tienen los ciudadanos un derecho subjetivo a la creación de servicios públicos?

La respuesta que da el Derecho y Jurisprudencia francesa a este interrogante es negativa, como pone de manifiesto DE SORO (9). En caso de lesión a los particulares lo único que cabría exigir sería responsabilidad a la Administración. Solamente se tendría derecho a reclamar la creación de un servicio público cuando tal creación estuviera prevista en disposiciones normativas.

En el Derecho español, la creación de servicios públicos es discrecional para la Administración (10). El artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales señala cómo éstas tienen plena potestad para constituir los servicios de su competencia.

La creación de servicios públicos es discrecional, salvo que aquélla esté expresamente prevista y vincule a la Administración, como en el supuesto del artículo 102 de la Ley de Régimen Local. En el caso de que tales previsiones no se pusieran en marcha cabría exigir responsabilidad a la Administración.

C) LA PROTECCION DEL USUARIO DE SERVICIOS PUBLICOS

Frente a las posibles objeciones sobre la inaplicabilidad del derecho del consumo a los usuarios de los servicios públicos, ha respondido acertadamente CHEVALLIER en estos términos.

Frente a la dificultad de que las disposiciones reglamentarias tienen la vista puesta en las prácticas comerciales frente a los consumidores y los servicios públicos parecen estar sustraídos de su influen-

(9) DE SORO: *Grands services publics et entreprises nationales*. París, 1971, p. 70.

(10) Sobre la publicación de actividades en el Derecho español, VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, t. I, Madrid, 1964, pp. 207 a 257.

cia, hay que señalar que: en primer lugar, si bien es cierto que cuando producen bienes, los servicios públicos hacen uso con bastante frecuencia de una red de distribuidores privados, no siempre acontece así, y cuando hay prestación de servicios, la distribución entre producción y distribución carece de base.

Es vano pretender distinguir, como se pretende para objetar la inaplicabilidad del derecho de consumo a los usuarios de servicios públicos, entre usuario de servicios y consumidor de bienes, porque aparte de que el margen es estrecho a menudo entre las dos operaciones, la teoría económica y los textos jurídicos los similan completamente; por otra parte, hay que resaltar cómo la idea de defensa de los consumidores aparece a fines del siglo XIX en el sector de los servicios públicos.

Todos los usuarios de servicios públicos son consumidores, ya se trate de servicios públicos industriales o comerciales, ya sean administrativos o sociales, porque todos los servicios públicos tienen un objeto o un efecto económico.

Finalmente, la situación dominante en el mercado que tienen la mayoría de los servicios públicos, no cambia las condiciones para aplicar el derecho del consumo a los servicios públicos.

En realidad, la experiencia demuestra que la existencia de una situación de monopolio, incluso en beneficio de una empresa pública, hace todavía más necesaria la protección legal de los consumidores, cuyo poder de negociación económico es débil.

En razón, por tanto, a las consideraciones expuestas, nada se opone para que las dos técnicas clásicas del derecho del consumo, información y reglamentación, se hagan extensivas a los servicios públicos (11).

a) EL PRINCIPIO DE REGULARIDAD Y CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN (12)

a') *Planteamiento y formulación en el Ordenamiento español*

Como ya indicara TARDIEU en *l'arret Winckell* (C. E. 7 de agosto, 199) «*la continuité est de l'essence du service public*». Tanto si el

(11) CHEVALLIER: *Ob. cit.*, pp. 77 y 78.

(12) Sobre el tema, entre otros, pueden consultarse a los siguientes autores: BUTTGENBACH: *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruselas, 1952, pp. 77 y ss. ORIANNE: *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, 1961, pp. 241 y ss. *La continuité des services publics*, varios, París, 1973. CHEVALLIER: *Le service public*, París, 1971, p. 75.

servicio se presta directamente por la Administración como si se gestiona a través del concesionario, el usuario tiene derecho a que el servicio funcione de forma regular y continua. Se trata, indudablemente, de la primera protección del usuario respecto del servicio público.

Nuestro Ordenamiento regula con carácter general, como una de las obligaciones del concesionario, prestar el servicio de forma regular y continua, pero esta continuidad será determinada en los respectivos pliegos concesionales. En este sentido, el artículo 72.1 de la Ley de Contratos del Estado señala como una de las obligaciones del concesionario: «Prestar el servicio con la continuidad convenida.» Por su parte, el artículo 128, 1, 1.ª, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales señala como obligaciones generales del concesionario: «Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión.»

Este planteamiento general se recoge sustancialmente en los diferentes servicios públicos. Así el artículo 68 del Reglamento de Verificaciones y de regularidad en el suministro de energía eléctrica indica que:

«Las entidades suministradoras de energía eléctrica están obligadas, salvo caso de fuerza mayor, a mantener permanentemente el servicio, cuando no conste lo contrario en los contratos de suministro o durante las horas fijadas en dichos contratos si el servicio es limitado.»

Según el artículo 32 del Reglamento General del Servicio Público de los Combustibles, el suministro puede efectuarse en régimen permanente o en régimen discontinuo (13).

En el servicio público de transporte mecánico por carretera, Ley de 27 de diciembre de 1947, se tipifican los servicios públicos regulares de viajeros en su artículo 4.º (14). El artículo 56 de la Orden de

(13) El artículo 32 preceptúa: «El suministro de gas mediante distribución a través de canalizaciones podrá efectuarse bajo las siguientes modalidades: a) En régimen permanente cuando el usuario pueda consumir gas en cualquier hora del día o de la noche. b) En régimen discontinuo, cuando el consumo se realice durante determinadas épocas del año u horas del día o de la noche. Dentro de estas modalidades están comprendidas los usos industriales interrumpibles y cualesquiera otros, en los cuales la empresa, mediante el pertinente contrato, pueda suspender de modo temporal el suministro, previo el aviso convenido con el usuario».

(14) En idéntico sentido el artículo 5.º del Reglamento de Ordenación del Transporte por Carretera.

marzo de 1970, Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos, indica que:

«Los concesionarios de estaciones de servicio están obligados a prestar servicio permanente. Por excepción, teniendo en cuenta el lugar del emplazamiento, aquéllos podrán ser autorizados a prestar servicio por un tiempo diario limitado, que será fijado por CAMPSA».

Del análisis efectuado se desprende, como se indicaba al comienzo, que el principio de continuidad y regularidad hay que examinarlo en concreto en cada servicio, no pudiéndose formular unas reglas generales válidas para todos los servicios públicos.

b') *Las quiebras al principio de continuidad y regularidad en la prestación de los servicios públicos*

1. *Planteamiento general y protección al usuario.*—El Ordenamiento español prevé, con carácter general, la posibilidad de que el principio de continuidad y regularidad de los servicios públicos se vea amenazado. El problema adquiere su significación dentro del orden público en general e incluso tiene su relevancia en la esfera penal.

La Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, en su artículo 2.º, apartado b), tipifica como actos contrarios al orden público:

«Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios, prevaliéndose abusivamente de las circunstancias».

El Código Penal, texto refundido de 14 de septiembre de 1973, en su artículo 222, considera como reos de sedición, después de la reforma operada en dicho artículo por el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, a:

«1.º Los funcionarios encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad».

2. *Interrupciones en el servicio.*—Las interrupciones en los servicios públicos pueden producirse en virtud de previsiones normativas o contra las propias previsiones legales.

Normativamente, el artículo 76 del Reglamento de Verificaciones y Regularidad en el Suministro de Energía Eléctrica manifiesta que las pólizas oficiales consignarán que el suministro

«sólo quedará interrumpido el tiempo necesario, fijado por la Delegación de Industria, para que pueda efectuarse la sustitución o adaptación de elementos de la instalación y de receptores».

El artículo 68 del mismo Reglamento indica que:

«las entidades suministradoras podrán, sin embargo, suspender temporalmente el servicio en alguna parte de la red para proceder a reparaciones en la misma; pero deberán avisar con veinticuatro horas de anticipación, cuando menos, a los centros industriales, a los establecimientos públicos y Delegación de Industria y, por medio de la prensa, al resto de los abonados».

Contra el Ordenamiento jurídico español, la interrupción en determinados servicios públicos podrán provenir por la huelga de funcionarios. En el Derecho español está drásticamente prohibida, incluso llegándose a tipificar como delito de sedición en el ya expuesto artículo 22 del Código Penal (15).

La fuerza mayor se considera como causa que exonera la regularidad en la prestación. En este sentido, el artículo 68 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas. Estos casos de fuerza mayor, según el citado artículo, quedan restringidos a los no evitables en una instalación bien establecida, y si se repitieran con frecuencia las interrupciones, la Delegación de Industria, a instancia de parte o por propia iniciativa, deberá inspeccionar la instalación y ordenar que

(15) Sobre el tema puede consultarse, en el Derecho francés, GILLI: «La grève dans les services publics», en *La continuité*, ob. cit., p. 131; RIVERO: *Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat*, «D. S.», 1951. En el Derecho italiano pueden consultarse: DOMINICO: *Lo sciopero nei pubblici esercizi*, «Riv di Dir. int. e com. del lav.», 1953, II. SICA: «Sciopero e pubblico impiego», en *Scritti in onore di V.E. Orlando*, III. ELIA: *Lo sciopero dei pubblici funzionari*, «Riv. dr. lav.», 1951, I.

sean reparadas las deficiencias que en dicha inspección encontrara, tanto en la red como en las centrales generadoras y centro de transformación.

Interrupción en la prestación, respecto del servicio público de enseñanza, se produce en supuestos excepcionales contemplados en el artículo 32 del Reglamento de Disciplina Académica, Decreto de 8 de septiembre de 1954. El citado artículo preceptúa:

«El Ministerio de Educación Nacional podrá ordenar, por motivos excepcionales, y previo acuerdo del Consejo de Ministros, la clausura de uno o varios centros docentes, determinando las condiciones de aplicación de esta medida, según las circunstancias. En caso de urgencia se adoptará la decisión por el Ministro de Educación Nacional, que dará cuenta al Gobierno».

3. *El cese en la prestación.*—Se produce a consecuencia de la supresión del servicio público o en virtud de la extinción de la concesión por incumplimiento del concesionario.

Respecto del tema de la supresión de servicios públicos, salvo aquellos que son de creación obligatoria por parte del poder público, según quedó ya analizado, y que no pueden ser suprimidos, lógicamente la Administración goza de absoluta discrecionalidad.

En el Derecho francés, el Consejo de Estado tiene indicado que el usuario no es titular de un derecho a reclamar respecto de la supresión de un servicio público o la no supresión de uno no necesario (18).

El incumplimiento del concesionario provoca una ruptura en la relación concesional que motiva la irregularidad en la prestación. El apartado b) del artículo 28 de la Ley de 27 de diciembre de 1947, sobre ordenación de los transportes mecánicos por carretera, contempla como supuesto de caducidad:

«La interrupción del servicio en más de diez días seguidos, quince no totalmente seguidos en el plazo de un mes o treinta no totalmente seguidos durante el transcurso de un año».

(18) Véase a De Soto, *ob. cit.*, p. 70.

c') *La protección de los usuarios frente a las quiebras del principio de continuidad*

1. *En los servicios prestados directamente por la Administración.* En nuestra opinión, lo único que cabría sería exigir responsabilidad a la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Habrá que tener presente que si el servicio público se gestiona en régimen de Derecho privado, la responsabilidad, en los casos conflictivos, sería exigida ante los Tribunales ordinarios (art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

2. *En los servicios prestados por concesionarios.*—Las irregularidades que afecten a la regular y continua prestación pueden ser denunciadas ante los órganos administrativos correspondientes, los cuales podrán poner en marcha la potestad sancionadora frente al concesionario.

Pero de esta forma no se protegen, ni mucho menos, los intereses de los usuarios. El interés del usuario estriba en que el servicio se preste con la continuidad necesaria a sus intereses.

Este legítimo interés no se encuentra suficientemente tutelado en el Ordenamiento jurídico. Para ello sería necesario que, de forma sustitutiva, la Administración interviniera en todos aquellos supuestos en los que el servicio no se preste con la necesaria regularidad. Ello no es factible porque la Administración no cuenta, la mayoría de las veces, con la organización empresarial específica, análoga a la montada por el concesionario para la prestación del servicio.

Las medidas adoptadas por el legislador, por tanto, varían. Así, por ejemplo, el artículo 70 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas señala que en los casos en que existan condiciones anormales en el suministro

«por deficiencias en la tensión o en la frecuencia, o porque el servicio no se dé con las debidas condiciones de permanencia, y aun cuando la Empresa suministradora no resultase responsable de las deficiencias, decretará la reducción o anulación de la tarifa de energía reactiva, la supresión de mínimos en el sector afectado y, en los casos de abono a tanto alzado o de cuota fija, los descuentos en las facturaciones en la cuantía equivalente

a la proporción entre las horas en que ha faltado el suministro y las contratadas» (17).

El artículo 79 del Reglamento que analizamos manifiesta textualmente:

«Cuando una Entidad distribuidora declare que no dispone de medios suficientes para atender el aumento de consumo en el sector en que distribuye energía eléctrica, deberá exponer, ante la Delegación de Industria las causas que *motivan dicha carencia de medios*, la Delegación de Industria abrirá expediente y recabará informes sobre la situación del servicio y posibles soluciones, de las Corporaciones municipales, Cámaras de Propiedad Urbana, de Comercio y de Industria y de cualquier otro Organismo o Entidad que estime de interés, y elevará, con los antecedentes, informes y propuesta a la Dirección General de Industria, que resolverá sobre las medidas que pudieran adoptarse para normalizar las condiciones de suministro».

Más garantizadoras de los intereses de los usuarios, cara al mantenimiento del principio de continuidad y regularidad en los servicios públicos, nos parecen los artículos 18 del Reglamento General del Servicio Público de los Combustibles y 25 y 26 del Decreto de 9 de diciembre de 1949, Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carretera. Respecto de los monopolios, pueden citarse el artículo 9.º de la disposición de 8 de mayo de 1958, dictada por la Inspección de Representaciones de Tabacalera, S. A., relativa a los deberes a cumplir por los expendedores y normas disciplinarias relativas a los mismos.

Los artículos 25 y 26 del Decreto de 9 de diciembre de 1949 van encaminados al mantenimiento del principio de continuidad y regularidad.

El artículo 25 aborda la ampliación de servicios por causa de interés público en estos términos:

«Las ampliaciones de los servicios de explotación para prolongar sus itinerarios por causa de interés público,

(17) En la misma línea, el artículo 71, d, 2.º, del mismo Reglamento.

podrán ser acordadas por el Ministerio de Obras Públicas, con el aumento de material móvil que se precise y el debido incremento de la fianza, cuando conste la conformidad de sus concesionarios y previo informe de los Consejos Superior de Ferrocarriles y Transportes por Carretera y de Obras Públicas.

Si no existiera dicha conformidad, y con el oportuno informe de los citados Consejos, se producirá, en la forma señalada en los artículos 14 y 15, a concursar la explotación de la totalidad del servicio, incluida su prolongación, con las mismas condiciones ofrecidas al concesionario del servicio existente, que no tendrá derecho de tanteo, pero sí el de percibir la indemnización por rescate que, cuando proceda, deberá abonar al adjudicatario. Al concurso precederá, como en los casos a que se refiere el artículo anterior, el correspondiente acuerdo de rescate adoptado, según corresponda, por el Ministerio de Obras Públicas o por el Consejo de Ministros».

Según el artículo 26, relativo a la intensificación de servicios por causa de interés público:

«Cuando el Ministerio de Obras Públicas considera conveniente la intensificación de los servicios de una línea regular en todo o parte de su recorrido, podrá acordarla en uso de las facultades concedidas al Estado en el artículo 5.º de la Ley, formulando condiciones que se ofrecerán al concesionario. Si éste no las aceptase, dicho Ministerio redactará, sin modificar aquéllas, el pliego de bases del concurso público, que se anunciará para la adjudicación del servicio complementario, cuyas tarifas nunca podrán ser inferiores a las del primitivo, mientras ambos existan».

El artículo 9.º de la mencionada disposición de Tabacalera, S. A., preceptúa en su primer párrafo que:

«Los expendedores deberán tener constantemente en sus establecimientos el surtido de labores de tabacos, papel de fumar y efectos timbrados que el consumo de-

LA PROTECCION DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

mande en cantidad suficiente, por lo menos, para atender al de ocho días, con arreglo a la Orden ministerial de 1 de marzo de 1958, por lo que se refiere a los últimos».

Respecto de las labores de tabacos, los fumadores conocen el incumplimiento frecuente de este precepto, así como las discriminaciones provinciales en relación con determinadas marcas.

Finalmente, el artículo 18 del Reglamento del Servicio Público de los Combustibles, Decreto de 26 de octubre de 1973, manifiesta que:

«Declarada la resolución (de una concesión de gas) por cualquiera de las causas expuestas en el artículo anterior, el Ministerio de Industria concretará la forma en que ha de continuar el suministro y las compensaciones que, en su caso, hayan de abonarse a la empresa concesionaria. También podrá el Ministerio designar un Delegado-Gestor con todas las facultades precisas para mantener la regularidad y continuidad del servicio hasta que quede definitivamente organizada la nueva forma de realizarse el servicio que en cada caso sea procedente» (18).

b) EL DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO

No interesa, a efectos de nuestro análisis, examinar la problemática del derecho de los ciudadanos a la creación de servicios públicos y de los posibles medios jurídicos a utilizar para la exigibilidad de los mismos, cuestión ya estudiada, sino estudiar cuál sea el derecho de los ciudadanos al acceso a un servicio público gestionado por un concesionario y los medios de defensa de aquéllos en caso de negativa de éste a admitirlos al servicio; en definitiva, la posición del concesionario y la de los futuros usuarios.

Con relación al tema es necesario que la teoría civilística que

(18) En los supuestos de secuestro de concesiones, según se indica en el artículo 134.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, «La Administración se encargará directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación».

veía en la concesión un contrato a favor de terceros, lo que provocaba que el aspirante al goce del servicio público tuviera un derecho de índole civilística frente al concesionario, fortalecido con una acción ordinaria *ex contractu*, ha sido superado, y, hoy día, el tema es pacífico entre los administrativistas, el aspirante al goce de un servicio público es titular de un derecho subjetivo, de las categorías de los derechos cívicos (19).

Señaladas estas cuestiones, pasaremos a examinar la índole de las relaciones entre el concesionario y el usuario en este primer momento.

La doctrina ha manifestado que la libertad contractual implica el que ninguna de las partes de la relación pueda imponer a la otra el contenido del contrato; éste ha de ser el libre resultado del debate entre ellas (20).

Lo que acaba de indicarse no ocurre en las relaciones entre el concesionario de servicios públicos y el usuario. El concesionario, salvo los casos taxativamente enumerados que le eximen, tiene la obligación de admitir al usuario al goce del servicio, y 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 (21).

La libertad contractual está disminuida porque la norma jurídica impone en beneficio de alguien la celebración de un contrato (22). Se trata, y ello contemplado desde una perspectiva privatística, de un supuesto de contratación forzosa. El que goza de una situación

(19) GALLO: *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, página 203. Sobre el tema, véase: ESCRIBANO COLLADO: «El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica», núm. 82 de esta REVISTA.

(20) MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, t. 1, p. 16.

(21) En este sentido podemos citar el artículo 128 del Reglamento de Servicios, que indica: «Serán obligaciones generales del concesionario: 2.ª, admitir el goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente.» El artículo 218 del Reglamento de Contratos del Estado señala como obligación general del concesionario prestar el servicio con continuidad, indicando el derecho de los particulares a utilizarlo en las condiciones establecidas, mediante la oportuna contraprestación. El artículo 34 del Reglamento general del servicio público de combustibles indica que: «Las Empresas o Entidades suministradoras están obligadas a efectuar los suministros a todo peticionario, en tanto tengan medios técnicos para ello, suscribiéndose al efecto el correspondiente contrato o póliza de abono. Esta obligación se hace extensiva a las ampliaciones que pueda solicitar cualquiera de los abonados, en cuyo caso la empresa podrá variar las características del gas del suministro primitivo.»

(22) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 4.ª ed., Madrid, 1962, p. 26.

de monopolio, señala MESSINEO, no puede negarse arbitrariamente a prestar sus servicios al público, a desarrollar el servicio público (23).

En la contratación forzosa, indica GARRIGUES, como consecuencia de una situación monopolística, «la coacción se da aquí en un triple aspecto: para el particular, al impedir que elija al otro contratante; para la empresa, al imponerle la celebración del contrato con el particular; para ambos, al imponerles el contenido sustancial del contrato» (24).

Para GIORDANO, la disparidad de fuerzas, el que desarrolla una empresa en régimen de monopolio y los terceros que tienen necesidad de la prestación que es objeto de la relación, encuentra su atenuación en la obligación de contratar con el que solicita la prestación y en el principio de la igualdad de trato. Tal obligación impide que los terceros estén a merced del monopolista y que el contrato se convierta en una especie de reglamentación impuesta por la empresa (25).

La doctrina señala que la obligación de contratar constituye una excepción al principio de libertad, conectada directamente con la concesión del servicio o la constitución del monopolio legal.

La obligación de contratar constituye un simple reflejo de la relación concesional entre el gestor y la Administración, o de la constitución del monopolio, por otra parte considerado como una consecuencia de la exclusividad de la concesión. Ello explica que la doctrina dominante explique la obligación de contratar en términos de mero deber (26).

Para BARCELLONA, en la disciplina de la obligación de contratar asume relevancia el interés del usuario o del consumidor. Puede afirmarse, por tanto, que la *ratio* de la obligación de contratar hay que buscarla no tanto en la cualificación jurídica del obligado cuanto en la valoración del bien o servicio en relación a la exigencia de aquella categoría de sujetos que resultan privados de ellos (o que tienen dificultad para obtenerlos a causa de la posición dominante del productor).

La obligación de contratar en materia de servicios públicos no constituye un mero reflejo externo de la relación concesional, sino una consecuencia de la valoración de la necesidad del servicio en

(23) MESSINEO: *Ob. cit.*, p. 6.

(24) GARRIGUES: *Ob. cit.*, p. 26.

(25) GIORDANO: *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 52.

(26) BARCELLONA: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

relación con las necesidades de la colectividad o con los fines sociales unidos a la actividad en cuestión.

Análogamente, la obligación de contratar en materia monopolística mira no sólo a crear un efecto sustitutivo de la libre competencia, sino esencialmente a asegurar la disponibilidad de los bienes producidos respecto de una categoría de sujetos desprovistos de poder económico. La obligación de contratar no es una mera consecuencia de la situación jurídica de exclusiva creada por el Ordenamiento, sino más bien un efecto jurídico autónomo que viene unido por el trámite de una precisa valoración normativa, a un determinado supuesto de hecho (27).

Según MARCHETTI, la negativa a contratar constituye, en el caso de que la empresa se encuentre en mano pública, directa o indirectamente, un comportamiento en contraste con la finalidad de tutela de los consumidores perseguida por la intervención pública (28).

Es indudable que, a pesar de la obligación del concesionario de admitir al usuario al goce del servicio, salvo en los casos en los que se le exime de esta obligación, tal obligación puede ser incumplida. En los supuestos en los que esto ocurra, ¿con qué garantías cuenta el particular? Pensamos que en nuestro Ordenamiento, con unas garantías jurídico-administrativas, el usuario, en caso de negativa del concesionario a admitirlo al servicio, podrá dirigirse a la Administración concedente, la cual decidirá si la negativa del concesionario es fundada o no, admitiendo o no, consecuentemente, al usuario al goce del servicio. Lógicamente, la decisión de la Administración debe ser impugnada por el perjudicado ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Esta posición que sustentamos se desprende de determinado servicio público, aunque el principio se puede aplicar a todos. En este sentido, el artículo 34.2 del Reglamento del Servicio Público de Combustibles indica que:

Si alguna empresa negara por insuficiencia de medios técnicos el suministro de gas a cualquier peticionario, la Delegación Provincial del Ministerio de Industria comprobará si tiene fundamento técnico tal negativa y, en caso contrario, hará obligatorio el suministro, imponien-

(27) BARCELLONA: *Ob. cit.*, pp. 90 a 93.

(28) MARCHETTI: *Boicottaggio e rifiuto di contratte*, Padova, 1987, pp. 275 y ss.

do a la empresa la correspondiente sanción, y si por la importancia de la negativa estima procedente la imposición de una sanción de cuantía superior al límite de sus facultades, elevará la correspondiente propuesta de sanción a la superioridad.

Si la Delegación Provincial encontrara justificada la negativa de la empresa a suministrar gas a un peticionario por falta de medios técnicos, la empresa suministradora no podrá admitir en lo sucesivo peticiones similares de otros nuevos abonados hasta haber llevado a efecto el citado suministro» (29).

Es indudable que entre el concesionario y el usuario existe una relación jurídica en el momento de acceso al servicio. Relación jurídica porque, como indica LEVI, «toda actividad o, mejor dicho, todo comportamiento positivo o negativo de cualquier sujeto, cuando se investiga su aspecto jurídico, puede ser reconducido al concepto fundamental de relación jurídica, esto es, asumido como un momento de ella, o cuanto menos, considerado como un presupuesto o como una consecución de ella» (30).

Finalmente, es necesario destacar que en el acceso a este servicio público los administrados sean tratados sin ninguna discriminación. Es el principio de igualdad ante los servicios públicos, que no es sino una concreción del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley.

Este principio de igualdad, sin embargo, como ha destacado WALINE, puede sacrificarse en beneficio de una igualdad real, cuando las ventajas particulares acordadas para ciertos usuarios se legitiman, bien sea por situaciones de hecho diferentes o por cortraprestaciones distintas (31).

Según el comisario GALMOT, en sus conclusiones en el asunto *Ville d'Elbeuf*, de 6 de enero de 1967, son lícitas las siguientes discriminaciones entre los usuarios.

(29) JEZE: *Fonctionnement des services publics*, «Revue de droit public», 1912, páginas 37 y ss. Se ocupa de los medios que tenían a su disposición tanto la Administración como los particulares para hacer funcionar los servicios públicos concedidos.

(30) LEVI: *Teoria generale del diritto*, 2.ª ed., Padova, 1935, p. 29.

(31) WALINE: *La jurisprudence du bac d'Eloka remise en question. Les discriminations tarifaires entre usagers d'un service public* (Conseil d'Etat, 10 mai 1974. Denoyez et Chorques), en «Revue de droit public», 1975, núm. 2, p. 474.

En primer lugar, cuando se fundan en una situación diferentes de los usuarios respecto del servicio.

En segundo lugar, cuando correspondan a una diferencia en la calidad o coste del servicio prestado.

Están prohibidas:

En primer término, las ventajas y privilegios consentidos *intuitu personae*.

En segundo lugar, las ventajas consentidas por razones electorales.

En último término, y de forma general, las discriminaciones que no respondan a las condiciones anteriormente reseñadas.

c) MEDIDAS QUE TIENDEN A PROTEGER LA INTEGRIDAD FÍSICA DEL USUARIO

Existen servicios públicos que conllevan, en razón del objeto de la prestación, situaciones peligrosas para los usuarios e incluso para el público en general. Pueden citarse en este sentido los servicios públicos de electricidad y gas.

Respecto del servicio público de gas merecen citarse las medidas contenidas en el vigente Reglamento y en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 29 de marzo de 1973, así como la Resolución de la Dirección General de Industria de 23 de junio de 1973. Igualmente, dentro de esta dirección, la condición séptima de las condiciones de carácter general de la póliza de abono para el suministro de energía eléctrica.

d) MEDIDAS QUE TIENDEN A VELAR POR LA CALIDAD DE LAS PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

No se trata ya de que las prestaciones se realicen de forma regular y continua, sino con un determinado nivel de calidad.

Nuestro Ordenamiento es muy parco en esta materia. Del análisis de los diferentes servicios públicos y de la legislación complementaria a los mismos sólo hemos podido encontrar tres disposiciones al respecto.

El artículo 11 del Reglamento General del Servicio Público de los Combustibles, Decreto de 28 de octubre de 1973, trata de los expedientes de concesión del servicio. En él se indica que:

«Cuando se presenten varias solicitudes de concesión, coincidentes, y aunque se hayan producido como consecuencia del trámite de información pública, se confrontarán, previo informe del Consejo Superior del Ministerio de Industria, otorgándose la concesión a favor del peticionario que presente mayores ventajas en orden a la garantía, importancia, calidad, regularidad y precios de los suministros que hayan de efectuarse, así como cualquier otra razón de interés general».

El Decreto de 1 de febrero de 1952, que modifica las normas sobre auxilio del Estado a los Ayuntamientos para obras de abastecimiento de agua y alcantarillado en poblaciones de más de 12.000 habitantes, indica en su artículo 10, A, que:

«Para la concesión de estos auxilios se tendrá en cuenta por el Ministerio de Obras Públicas un orden de prelación caracterizado por las circunstancias siguientes:

a) Necesidad de mejorar, en el aspecto sanitario, la calidad del agua que se está suministrando, o los servicios de alcantarillado».

Finalmente, la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, de 4 de agosto de 1970, nos habla de la necesidad de mejorar la calidad del sistema educativo mediante un profesorado mejor, finalidad ésta que pretende conseguirse, en cierta medida, a través de los Institutos de Ciencias de la Educación.

e) POLÍTICA DE TARIFAS (32)

La tarifa es la contraprestación por el servicio público utilizado. Una definición de la misma la encontramos en el artículo 59 de la Ordenanza Postal, Decreto de 19 de mayo de 1960:

(32) Sobre el tema, ARIÑO ORTIZ: *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, 1978.

«La tarifa postal es el conjunto de tasas y derechos que se satisfacen en ocasión de utilizar el correo».

La aprobación y modificación de tarifas corresponde a la Administración Central, y en ella a diferentes Departamentos y a la Administración Local.

Desgraciadamente, el usuario es absolutamente desconocido en estos momentos, entre otras cosas, porque no se encuentra organizado.

Del análisis de los diferentes servicios públicos, solamente el artículo 54 del Reglamento de Combustibles indica que:

«Las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria o la Dirección General de Energía pedirán informe sobre las tarifas propuestas a la Organización Sindical, Cámaras Oficiales, Ayuntamientos y otros Organismos afectados por el servicio, entendiéndose que, de no recibirse contestación en el plazo de treinta días, se considerará dicho informe favorable».

La desprotección del usuario es, prácticamente, total, dependiendo de la buena voluntad de la Administración, que, en definitiva, se inclina más por los intereses de los concesionarios que por los de los usuarios. Ello se debe a que las compañías concesionarias funcionan como poderosos grupos de presión económicos que actúan eficazmente sobre las estructuras administrativas.

Una protección al usuario en materia de tarifas se contempla en los artículos 149 y 150.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 73 del Reglamento de Ordenación de Transporte por Carretera y 61.1, primera, de la Ordenanza Postal.

El artículo 149 del Reglamento de Servicios indica que la cuantía de las tarifas puede ser inferior al coste del servicio.

El artículo 150.2 del mismo Reglamento señala que:

«Podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles» (en idéntico sentido, el artículo 438 de la Ley de Régimen Local).

El artículo 73 del Reglamento de Ordenación del Transporte por Carretera preceptúa que:

«En los servicios de viajeros, y sin bajar el límite mínimo que se hubiera señalado, podrán establecerse tarifas reducidas para billetes de ida y vuelta o tarjetas de abono, previa autorización de las correspondientes Jefaturas de Obras Públicas que darán conocimiento a la Dirección General».

Finalmente, el artículo 61.1, primera, de la Ordenanza Postal, indica que una de las condiciones a las que se acomodarán las tasas postales será el:

«Nivel económico o capacidad tributaria de la mayoría de los usuarios».

D) MEDIDAS DE PROTECCION INDIRECTA AL USUARIO

No cabe la menor duda de que, siquiera de forma indirecta, puesto que no sólo se protege los intereses de los usuarios, sino también los de la propia Administración, las obligaciones de los concesionarios pueden estimarse como medios de protección indirecta a los usuarios.

Como otras manifestaciones de protección indirecta a los usuarios pueden citarse las siguientes:

a) El artículo 116.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales determina la nulidad de las cláusulas por las que la Corporación concedente renuncia a fiscalizar el servicio al rescate o a declarar la caducidad.

b) El secuestro de concesiones previsto en el artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

c) La caducidad de las concesiones prevista en los artículos 75 de la Ley de Contratos del Estado y 136 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

d) La intervención del servicio público prevista en el artículo 77 de la Ley de Contratos del Estado.

Indudablemente en todas estas medidas están en juego también los intereses de la Administración.

E) VIAS DE RECURSO OFRECIDAS A LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

Al tema se ha aludido en diferentes momentos de esta exposición, pero lo abordaremos ahora de forma unitaria. Se estudian en este momento los medios jurídicos que pueden utilizar los usuarios de servicios públicos para hacer valer sus derechos. Nos ha parecido oportuno hacer una distinción entre los medios jurídicos que puedan esgrimirse frente a los servicios públicos prestados directamente por la Administración y los servicios públicos gestionados por concesionarios.

a) SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS DIRECTAMENTE POR LA ADMINISTRACIÓN

Los servicios públicos gestionados directamente por la Administración pueden serlo en régimen de Derecho público o de Derecho privado. Ejemplo de los primeros, el correo, la enseñanza; de los segundos, el transporte férreo.

El ordenamiento estatal recoge de forma más o menos explícita este planteamiento en el artículo 2.º, apartados 2 y 8, de la Ley de Contratos del Estado. En ellos se indica que quedan fuera del ámbito de la legislación estatal:

«2. Las relaciones jurídicas de prestación reglamentaria, entendiéndose por tales aquellos negocios que, bajo la forma de cualquier tipo contractual, se celebren entre la Administración y los particulares como consecuencia de la prestación de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa o tasa de aplicación general a personas indeterminadas.»

«8. Los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sus normas peculiares, aplicándoseles los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse...»

Se desprende de los párrafos transcritos, en nuestra opinión, que si el particular abona una tarifa estaremos en presencia de servicios

públicos prestados en régimen de Derecho privado, y si se abona una tasa el servicio se presta en régimen de Derecho público (33).

Este criterio se confirma en el apartado 8, ya que las normas peculiares pueden tener carácter jurídico-público o jurídico-privado. De todas formas creemos que cuando la relación tenga carácter jurídico-privado no lo será en términos absolutos, como veremos en algún servicio, y porque se nos indica que los principios de la Ley de Contratos del Estado han de tenerse en cuenta para resolverse las lagunas o dudas que puedan plantearse en la relación.

En los servicios prestados en régimen de derecho público, los usuarios, previo el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, habrán de formular sus reclamaciones por vía administrativa.

En los servicios que se gestionan en régimen de derecho privado no pueden sostenerse, en nuestra opinión, criterios uniformes. Cabría pensar que todas las reclamaciones se formularán ante los Tribunales ordinarios, pero ello no es así. Veamos algunos servicios públicos como la RENFE y los puertos en régimen de autonomía.

El artículo 68 del Estatuto de la RENFE, Decreto de 23 de julio de 1964, después de indicar que:

«RENFE está sometida a las normas comunes sobre competencia y jurisdicción aplicables a las personas de derecho privado...», determina estas particularidades:

«1.^a Las reclamaciones atribuidas a las Juntas de Tasas que se regirán por su especial regulación.

2.^a La resolución de los recursos de alzada contra los acuerdos de RENFE formulados por los usuarios del servicio, encomendada por razón de la materia al Ministerio de Obras Públicas, será atribuida a la Delegación del Gobierno y tendrá la consideración de acto administrativo definitivo a los efectos de su posible impugnación en vía contencioso-administrativa.»

(33) Las tarifas son aprobadas por la Administración. Valga citar, por ejemplo, el artículo 54 del Reglamento general del servicio público de los combustibles. La aprobación corresponde a la Dirección General de la Energía. El artículo 148 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales preceptúa que es la Corporación quien las aprueba. Si se trata de servicios de carácter industrial o mercantil, también han de ser aprobadas por el Ministerio al que corresponde la inspección del mismo.

El artículo 24 de la Ley de 20 de junio de 1968, Juntas de Puertos y Estatutos de Autonomía, preceptúa que:

«1. Los acuerdos que dicten los órganos de Gobierno de los puertos autónomos no tendrán carácter de actos administrativos, y de las pretensiones que en relación con ellos se deduzcan conocerá la jurisdicción que en cada caso corresponda, sin necesidad de formular reclamación previa en vía gubernativa.

2. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Los recursos referentes a la aplicación de las tarifas por servicios habrán de interponerse en la vía económico-administrativa; y

b) Los recursos de los usuarios por razón del servicio no comprendidos en el número anterior se formularán ante el Delegado del Gobierno, cuyas resoluciones causarán estado en la vía administrativa y podrán impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

En el ordenamiento local, los servicios pueden ser gestionados igualmente en régimen de Derecho público o de Derecho privado. A la vista del artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de junio de 1955, la tarifa o la tasa es el criterio determinante para saber si el servicio se presta en régimen de Derecho público o de Derecho privado, con las correspondientes consecuencias de orden jurisdiccional. El mencionado precepto indica:

«1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, o con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o empresa mixta o por consorcio con otros entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio.

2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada, municipal o provincial, arrendamiento o concierto,

las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles.

3. Cualquiera que fuere la forma de prestación, tendrán, no obstante, carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueran de recepción obligatoria para los administrados» (34).

b) SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS POR CONCESIONARIOS

a') *Naturaleza de la relación concesionario-usuario.*

La determinación de las vías de recurso que se ofrecen a los usuarios de los servicios públicos prestados por los concesionarios viene determinada, según nuestro criterio, en aspectos fundamentales, por una cuestión previa: la naturaleza de las relaciones que median entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios. Examinemos las tesis que han sido sustentadas al respecto.

1. *Tesis jurídico-privada.*—Es un hecho innegable la resistencia de la doctrina a configurar la relación existente entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios como relación jurídico-administrativa, no ya en su aspecto global, sino en aquellas cuestiones en las que el Derecho positivo no ofrece ninguna duda.

ZANOBINI ha indicado que el carácter jurídico-público de la relación entre la Administración prestadora de un servicio público y los usuarios, no puede extenderse al supuesto concesionario-usuario. Frente al usuario, el concesionario no aparece con carácter publicístico, sino como un industrial cualquiera que vende el producto de su servicio; por tanto, la relación que se origina entre concesionario y usuario es una relación contractual sometida al Derecho privado (35).

GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado que el concesionario privado es el que «monta el establecimiento industrial necesario y presta a continuación el servicio por el sistema privado de la contraprestación individual, siendo accidental el hecho de que la Administración se reserve.

(34) El artículo 142 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 indicaba que «en todos los servicios municipalizados las contiendas entre el Ayuntamiento y los usuarios se considerarían administrativas».

(35) ZANOBINI: «L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici», en ORLANDO, *Primo Trattato*, II, parte III, p. 480.

como contrapartida el privilegio que le otorga, e incluso dentro de los principios liberales antimonopolísticos, la facultad de vigilar más o menos esa prestación, y aun de tasar los precios individuales de la misma. En cualquier caso, con precio libre autorizado, las relaciones entre el industrial concesionario y los usuarios privados son consideradas inequívocamente relaciones privadas, sometidas al Derecho común y a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios» (36).

Los privatistas han intentado explicar las relaciones entre el concesionario y el usuario bajo el prisma del contrato de adhesión.

El contrato de adhesión, indica MESSINEO, es aquel «en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato, lo que introduce un límite a la libertad contractual» (37).

«La falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil» (38).

GARRIGUES ha señalado el carácter de contrato de adhesión en el celebrado entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios, indicando al respecto que «la posición monopolística (de hecho o de derecho) de las grandes empresas les permite imponer unilateralmente sus condiciones en los llamados contratos de adhesión, que dominan enteramente en materia de seguros, transporte por grandes empresas concesionarias de servicios públicos, venta en grandes almacenes, etcétera» (39).

Para GARRIGUES, el contrato de adhesión presupone la mayoría de las veces una situación de monopolio legal o de hecho por parte de la empresa contratante que impide buscar otras condiciones más favorables (RENFE, aviación, suministro de agua, gas, electricidad, teléfonos, etc.) (40).

Realmente, no creemos que la prestación de los servicios públicos por los concesionarios se lleve a cabo por el contrato de adhesión tal

(36) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, número 17 de esta REVISTA, p. 45.

(37) MESSINEO: *Ob. cit.*, p. 440.

(38) MESSINEO: *Ob. cit.*, p. 440.

(39) GARRIGUES: *Ob. cit.*, p. 27.

(40) GARRIGUES: *Ob. cit.*, p. 32.

y como lo han estructurado la doctrina privatística, puesto que las condiciones generales para la prestación de un servicio público no han sido determinadas por el concesionario sino por la Administración. Como ha indicado ALESSI, en el pliego de condiciones no sólo se establecen los deberes del concesionario para con la Administración, sino también para con los usuarios (41).

2. *Tesis jurídico pública.*—Un sector de la doctrina, aunque sin verificar un minucioso análisis del problema, ha señalado el carácter jurídico-administrativo de las relaciones que median entre el concesionario de los servicios públicos y los usuarios.

En esta dirección, ALESSI manifiesta que es necesario sostener el carácter publicístico de la relación entre el concesionario y el usuario. Un fuerte argumento consiste en la consideración del concesionario como un ente auxiliar del Estado, capaz de dictar actos y disposiciones de carácter administrativo y sujetos al Derecho público. De esta forma, indica ALESSI, cae por tierra el obstáculo fundamental que pudiera existir para ver entre el concesionario y el usuario la existencia de una relación jurídico-administrativa, es decir, el obstáculo dimanante del hecho que relaciones publicísticas puedan darse sólo entre entes administrativos y particulares y no entre sujetos privados exclusivamente (42).

Indica ALESSI, que si bien el ánimo que mueve al concesionario es el ánimo de lucro, éste sólo podrá realizarse cuando no sea incompatible con el interés público. El interés público aparece como predominante, preside el desarrollo del servicio, confiriendo carácter iuspublicístico a la relación entre el concesionario y el usuario.

Consecuentemente con lo anterior, en las prestaciones realizadas por el concesionario, los principios que deben aplicarse son los de Derecho público, contenidos en la teoría de las prestaciones administrativas a los particulares (43).

Esto debe sostenerse, indica ALESSI, incluso para los servicios desarrollados en régimen de concurrencia y con aparato industrial (44).

Para MOLteni, lo que decide la naturaleza de una relación es su estructura y su disciplina, no la naturaleza pública o privada de los

(41) ALESSI: *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milano, 1966, p. 182.

(42) ALESSI: *Le prestazioni...*, ob. cit., pp. 35 y 36.

(43) ALESSI: *Le prestazioni...*, ob. cit., pp. 25 y 36.

(44) ALESSI..., ob. cit., p. 75.

sujetos. La actividad del concesionario, aunque se desarrolle por un particular, es objetiva o intrínsecamente pública (45).

Indica BENOIT que a los usuarios efectivos de los servicios industriales o comerciales, ya sean gestionados directamente por la Administración o en régimen de concesión, se les considera frente al servicio en una situación jurídico-privada, y la competencia en casos de conflictos corresponde a la jurisdicción ordinaria. Estos principios han sido formulados en el Arrêt Bac d'Eloka, admitidos por el Consejo de Estado y reafirmados por el Tribunal de Conflictos.

En el plano de las ideas, no obstante, se marca un límite a la competencia judicial: de conformidad con los principios generales sobre cuestiones accesorias, el juez ordinario no puede interpretar las cláusulas de una concesión.

El juez ordinario sólo es competente para aplicar respecto de los usuarios las cláusulas que son claras; si hay una cláusula oscura, nos encontramos con una cuestión prejudicial de interpretación que hay que reenviar al juez administrativo.

Esta limitación es lógica. Las cláusulas relativas a los usuarios tienen un carácter reglamentario. Pero existe un vínculo demasiado estrecho en la concesión entre el reglamento y el contrato para que puedan disociarse los problemas de interpretación del contrato y del reglamento, el volumen real de las obligaciones contractuales dependientes de la interpretación del reglamento.

Tal limitación demuestra que el juez ordinario no es el conveniente para decidir los litigios entre usuario y concesionario. Los litigios surgen sobre todo cuando hay que aplicar cláusulas oscuras y hay que interpretarlas. Todo litigio importante implica, pues, en principio, un reenvío de la cuestión de interpretación al juez administrativo, que es el único competente para interpretar el contrato.

¿Qué ocurre en la práctica? Los jueces ordinarios nunca ven las cláusulas oscuras. Consideran su interpretación del tratado como derivada claramente de las cláusulas y solucionan los litigios sin reenviar a la jurisdicción administrativa.

De todo ello resulta que los jueces ordinarios no sólo son jueces de las relaciones concesionarios-usuarios; en realidad llegan a ser los jueces de las relaciones del concedente con el concesionario. Por el

(45) MOLTENI: *Le concessioni postali e di telecomunicazioni*, Milano, 1960, páginas 86 y 87. Sobre el tema puede consultarse, DE VALLES: *I servizi pubblici*, Milano, 1924, pp. 178 a 186.

camino del conocimiento de los derechos de los usuarios, son ellos los que fijan el volumen real de las obligaciones del concesionario.

Los directores del servicio no pueden discutir con los usuarios la tasa y las modalidades de la prestación, deben aplicar el reglamento del servicio y principalmente sus disposiciones tarifarias. El concesionario no puede acordar amigablemente condiciones particulares con relación a las tarifas; no debe vulnerarlas, debe respetarlas, no puede aumentarlas ni disminuirlas.

La voluntad de los dirigentes del servicio y la de los usuarios no tienen efecto creador en sus relaciones. No existe posibilidad jurídica de discusión. Las modalidades de la prestación se fijan por el reglamento; la suma pagada por el usuario es una tasa fijada unilateralmente por la Administración y no un precio susceptible de debatirse.

No hay contrato de adhesión ni contrato. Respecto de las autopistas de peaje, el Tribunal de Conflictos, en *Ruban c. Société de l'Autoroute Estered-Côte d'Azur* ha indicado: «Las cantidades pagadas por los usuarios ...tienen el carácter de una tasa cuya entrega no hace nacer ningún vínculo contractual entre aquéllos y el concesionario autorizado a percibir las» (46).

El usuario de un servicio público prestado por un concesionario se encuentra en la misma situación jurídica que los usuarios de servicios propiamente administrativos, es decir, en una situación legal y reglamentaria de Derecho público.

El usuario de estos servicios se encuentra sometido al reglamento del servicio. Su situación no se encuentra determinada por un acto individual que medie entre él y las autoridades del servicio. En virtud del reglamento es por lo que el usuario tiene la posibilidad de exigir las prestaciones del servicio y, en contrapartida, la obligación de pagar las tasas que correspondan al volumen de prestaciones que le son suministradas. En virtud del reglamento, el concesionario debe realizar la prestación y recibir las tarifas.

Ese análisis es válido incluso para los servicios de agua, gas o electricidad, que hacen firmar al usuario una fórmula denominada «policía», «contrato» o «concesión». No se trata de un contrato, porque este documento no crea derechos ni obligaciones, ya que éstos existen en virtud del reglamento del servicio.

El único alcance de la fórmula es precisar la identidad del usua-

(46) BENOIT: *Le droit administratif français*, París, 1968, pp. 839 a 843.

rio, la naturaleza e importancia de la prestación a realizar, el lugar donde ha de efectuarse y el modo de pago de las tasas.

La situación de los usuarios efectivos de los servicios públicos industriales y comerciales es, por tanto, una situación de Derecho administrativo. Afirmar su carácter jurídico privado es una ficción perjudicial que sólo puede conducir a contradicciones. El usuario eventual se encuentra en la misma situación que el efectivo.

La competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los litigios reposa sobre un error político. El considerar contrato privado la relación concesionario-usuario está en contradicción con un principio fundamental del Derecho francés, el de la igualdad de los usuarios de los servicios públicos, que no es sino un aspecto de la igualdad de todos los ciudadanos.

La competencia de la jurisdicción ordinaria conduce a la ausencia de un control jurisdiccional serio. El deseo de los jueces de someter los servicios industriales y comerciales al Derecho privado y a la competencia de la jurisdicción ordinaria ha conducido, en efecto, a conferir a los dirigentes de aquellos servicios una gran libertad respecto de los usuarios. De esta forma se explica el que se acepte de buena gana la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Pero no es conveniente que el juez ordinario sea el juez de los servicios públicos. Dirimir los litigios entre concesionarios y usuarios es siempre definir de forma precisa las obligaciones del servicio respecto de los usuarios, es decir, la carga que pesa sobre el servicio en interés de los habitantes de una colectividad determinada. En los servicios públicos concedidos no se explica cómo el juez ordinario, que es el juez de los particulares, pueda definir las obligaciones de los servicios públicos: los usuarios de los servicios públicos son administrados, no clientes.

El juez administrativo debe volver a ser el juez de la totalidad de la actividad administrativa y borrar los errores que le han conducido a dejarse arrebatar el contencioso de los servicios económicos, contencioso-administrativo esencial en el futuro (47).

GARCÍA OVIEDO ha indicado que, respecto a la índole de las relaciones entre concesionarios de servicios públicos y usuarios, el problema es, en sustancia, relativo a la naturaleza de la relación jurídica que entraña la utilización de un servicio público que es explotado

(47) BENOIT: *Ob. cit.*, pp. 846 y 847, 856 a 851.

por el Estado. Si el uso del servicio no nace de un contrato, sino de una situación reglamentaria, no hay ninguna razón para que cambie la naturaleza de la relación cuando el servicio está concedido (48).

3. *Tesis intermedia.*—Determinado sector doctrinal establece dos categorías en las relaciones de los concesionarios con los usuarios: la de la admisión y la de la relación contractual.

Para la primera, la contraprestación tiene carácter de tasa; para la segunda, de precio. Son relaciones jurídico-públicas las prestaciones relativas a asistencia o instrucción, y jurídico-privadas las de los servicios industriales.

Según GALLO, la naturaleza de las relaciones entre concesionarios y usuarios deben resolverse de igual forma que las relaciones que median entre la Administración y los usuarios (49).

Indica GALLO que la actividad del concesionario permanece objetiva e intrínsecamente pública y no se transforma porque sea efectuada por un sujeto privado, mediante una actividad privada. La actividad conserva todas sus características propias y se presenta con una estructura y disciplina inmutables; en otras palabras, con las mismas características objetivas que cuando es ejercitada por un sujeto de Derecho público.

Por tanto, cuando un servicio público tiene frente a los particulares carácter contractual en el régimen de gestión directa, igual ocurrirá en el régimen de gestión indirecta; y cuando tiene carácter jurídico público la prestación en el sistema de gestión directa, lo mismo ocurrirá en el de gestión indirecta.

Las consecuencias jurídicas son idénticas: la contraprestación, si se considera tasa en el sistema de gestión directa, igual será considerada en el de gestión indirecta, y si se considera precio en el primero, igual ocurrirá en el segundo (50).

Una configuración intermedia o mixta de las relaciones entre los concesionarios y los usuarios se aprecia en algunos autores españoles.

GAZTAÑAGA e IBARRA, respecto del contrato de suministro de energía eléctrica, ha indicado que constituye «una categoría especial de con-

(48) GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo*, t. II, pp. 512 y 513.

(49) GALLO: *Ob. cit.*, p. 204.

(50) GALLO: *Ob. cit.*, p. 205.

trato que tiene un carácter mixto, de Derecho privado y público, contractual-reglamentario» (51).

GUALTA, también respecto del contrato de suministro de energía eléctrica, ha manifestado que el contenido básico del contrato es dictado por la Administración, y ella debe detallar y precisar para las partes el contenido de aquel contrato, «pero no es competente la Administración, sino los Tribunales civiles, cuando se trata de interpretar el alcance de las declaraciones de voluntad de las partes—se trata efectivamente de un contrato entre particulares—o de valorar las conductas observadas para resolver si debe considerarse aplicable o no determinada tarifa, en virtud precisamente del principio *pacta sunt servanda*» (52).

4. *Nuestro criterio.*—Desde nuestro punto de vista, el montaje de las relaciones entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios no debe hacerse con criterios jurídico-privados, como actualmente.

DUGUIT ya indicó que entre el concesionario de un servicio público y el usuario no nace un contrato, sino una relación de derecho, porque el particular realiza un acto unilateral de voluntad conforme a la ley del servicio (53).

Manifiesta DUGUIT que las relaciones entre el concesionario y el usuario están regladas, pero no por lo que indique el concesionario, sino por un acto anterior; el de la concesión, al cual el concesionario es completamente extraño, demostrándose así que la concesión no es un contrato (54).

Cuando un particular quiere usar de un servicio público, el concesionario provee; el pretendido contrato que aplicará esta situación puramente individual es el acto que ha creado y organizado el servicio público de una forma general y permanente (55).

Señala DUGUIT que la categoría del contrato es demasiado estrecha y rígida para encerrar los actos y situaciones que se aplican en el funcionamiento de los servicios públicos; que el individuo que usa de ellos no concluye un contrato, sino que se coloca voluntariamente

(51) GAZTAÑAGA e IBARRA: *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid, 1947, p. 130.

(52) GUALTA: *Derecho administrativo especial*, t. IV, Zaragoza, 1966, pp. 54 y 55.

(53) DUGUIT: *De la situation des particuliers a l'égard des services publics*, «Revue de droit public», 1907, p. 429.

(54) DUGUIT: *Ob. cit.*, p. 421.

(55) DUGUIT: *Ob. cit.*, p. 430.

bajo la ley funcional y adquiere un estatuto legal protegido por enérgicas vías de derecho y, sobre todo, por el recurso por exceso de poder (56).

b') *Vías de recurso ofrecidas a los usuarios frente a los concesionarios*

En primer lugar, hay que señalar que tanto la Administración como los Tribunales son competentes. Veamos el planteamiento jurídico positivo, doctrinal y jurisprudencial.

El apartado 32 de las condiciones de carácter general de la póliza para el suministro de energía eléctrica indica que:

«Las reclamaciones, dudas e interpretación de las condiciones del suministro y cuanto se relacione con esta póliza serán resueltas administrativamente por la Delegación de Industria de la provincia en que se efectúa aquél, contra cuya resolución pueden entablar recurso las partes interesadas en el plazo de quince días y ante la Dirección General de Industria. Los recursos deben presentarse en la propia Delegación de Industria mediante recibo».

Posteriormente se indica que «independientemente corresponde a los Tribunales de Justicia, a instancia de parte interesada, intervenir en todas las cuestiones propias de su jurisdicción» (57). Como puede

(56) DUCUIT: *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, Melanges HAURIOU, París, 1929, p. 284.

(57) GAZTAÑAGA e IBARRA, después de indicar que la condición 32 de la póliza oficial del Reglamento de Verificaciones de 5 de diciembre de 1933 señalaba la competencia de la jurisdicción ordinaria para intervenir en las cuestiones propias de su jurisdicción, manifiesta que «la vía administrativa, más expedita y rápida, se ha atribuido la solución de la mayoría de las cuestiones que pueden surgir entre las partes contratantes, según expusimos antes». *Ob. cit.*, pp. 133 y 134.

Sigue indicando que «una prueba de la intervención, cada día más decisiva, de la Administración en la resolución de las incidencias que puedan surgir entre las empresas y abonados en el suministro de agua, gas o energía eléctrica, la tenemos en la resolución dictada a favor de la Administración en la cuestión de competencia promovida por la misma contra la Autoridad judicial, en un caso de suspensión de suministro de agua» (Decreto de 16 de diciembre de 1943, BOE del 29).

Dice uno de sus considerandos que «por lo que respecta a las facultades que el Gobernador tuviera para dictar la referida resolución, son indiscutibles, por tratarse de un servicio público, el de abastecimiento de agua a poblaciones, objeto de una concesión administrativa, en relación con la cual a la Administración corresponde otorgar los aprovechamientos, establecer las condiciones de los mis-

observarse, el Derecho positivo vislumbra el carácter jurídico administrativo y jurídico privado de la relación de prestación. ¿Qué alcance e interpretación se ha dado a este precepto?

En dos Decretos decisorios de competencias de 14 de noviembre de 1963 se sienta la siguiente doctrina:

«Que el contrato existente entre la Empresa y el usuario aludido por surgir de las manifestaciones de voluntad de dos personas de naturaleza jurídico-privada y tener por finalidad no la administración o gestión del servicio público, sino el mero disfrute de la prestación de aquella energía (se refiere a la energía eléctrica) mediante el pago de su precio, debe ser conocido por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, según lo ordenado en los artículos 2.º y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 3.º de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa...» (primer considerando).

En el cuarto considerando se indica que:

«La Administración, al interpretar a aplicar los reglamentos, póliza y demás normas sobre distribución de energía eléctrica a los que necesariamente tienen que ajustarse las partes por tratarse de uno de los que la doctrina denomina de adhesión, precisa el contenido de la obligación que los vincula, y estas resoluciones, en cuanto declaren derechos y deberes, no pueden ser desconocidas por los contratantes ni por el Tribunal que entienda en los litigios derivados del contrato, por lo que, alegados y probados oportunamente, surten efecto ante los mismos, no porque aquella actividad de la Administración sea vinculante para la jurisdicción ordinaria,

mos y velar por su buena marcha, estando bajo su tutela todo cuanto no suponga cuestiones de propiedad, que deberán ser debatidas en todo caso ante los Tribunales; funciones entre las que, de conformidad con las disposiciones que rigen el suministro de agua a las poblaciones, se encuentra la discutida, toda vez que al poder ordenar a las Empresas realicen el suministro en las condiciones establecidas, puede igualmente autorizarles a cortarlo cuando se cumplen los supuestos que el propio Reglamento de Verificaciones Eléctricas de 5 diciembre de 1933, al caso aplicable, establece». *Ob. cit.*, p. 134 y nota.

sino en virtud del artículo 1.091 del Código Civil, según el que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos y la Administración, que ha dictado el contenido básico de tal contrato de adhesión, en los casos en que el suministro de energía tiene tal forma, es evidentemente competente para precisar y detallar con fuerza vinculante para las partes el contenido de aquel contrato; por lo que debe rechazarse la tesis mantenida por el Juzgado comarcal y confirmada por el de Primera Instancia, según la que las resoluciones de la Administración a este respecto tienen la categoría de informes periciales y quedan sometidos, por lo tanto, a la apreciación del juzgador».

«Que las facultades atribuidas a la Administración por el artículo 3.º del Reglamento y condición 32 de la póliza suponen, como se ha visto, que aquélla puede precisar el contenido del contrato en cuanto que es una norma dictada por ella misma que las partes deben observar al formular sus declaraciones de voluntad, pero no el que puede interpretar el alcance de éstas ni observar las conductas observadas para resolver si debe considerarse aplicable o no determinada tarifa en virtud precisamente del principio *pacta sunt servanda*, pues esta tarea compete exclusivamente a los Tribunales de Justicia» (quinto considerando).

Los preceptos que hemos señalado empiezan a ofrecer problemas de interpretación, si no grandes, por lo que respecta a la competencia de la Administración, sí con relación a lo que sea competencia de la jurisdicción ordinaria, pues sólo se indica que a ésta corresponde conocer las cuestiones que son propias de la misma.

Ahora bien, en la relación de prestación, ¿cuáles son estas cuestiones? ¿Todo lo que se relacione con esta relación de prestación?

Examinando los Decretos de competencia mencionados, se insiste en el carácter privado del contrato, porque se celebra entre personas privadas, pero se reconoce, como ya hemos visto reiteradas veces, que el contenido básico del contrato es dictado por la Admi-

nistración. Va a ser ella la que va a establecer de forma básica, fundamental, que no va a poder ser discutida ni por el concesionario ni por el usuario, de cómo va a realizarse la prestación. Las partes están vinculadas por la normativa jurídico-administrativa que fue dictada por la Administración.

La vinculación entre las partes, reconocen los Decretos mencionados, se produce en virtud de lo dictado por la Administración, que precisa el contenido de la obligación, y sus resoluciones, cuando declaran derechos y deberes, no pueden ser desconocidos por la jurisdicción ordinaria, al amparo del artículo 1.901 del Código Civil. Lo único que no puede interpretar la Administración es el alcance de la declaración de voluntad de las partes.

Sólo este aspecto privatístico parece ser el que ofrece obstáculos para una construcción unitaria de la relación, ya que no creemos deba sostenerse el carácter jurídico privado de la relación concesionario-usuario, aunque ésta sea la posición predominante, cuando es la Administración la que resuelve las dudas y reclamaciones, así como interpreta las condiciones del suministro. La relación de prestación debe configurarse, por tanto, de *lege ferenda*, como jurídico-administrativa, y de los litigios que en ella se originen conocerá la Administración, con unas funciones arbitrales, y, por supuesto, contra su resolución podrá acudir por el que se considere perjudicado a la jurisdicción contencioso-administrativa. Finalmente, por lo que respecta al aspecto jurídico-privado, el alcance de la declaración de voluntad de las partes. ¿Qué inconvenientes existirían para que esto fuera conocido por la Administración y posteriormente, si hubiera discrepancia entre las partes, por la jurisdicción contenciosa? De esta forma se llegaría a la unificación total en la relación de prestación.

Examinemos otros supuestos conflictivos y vías garantizadoras con las cuales cuentan los usuarios. Nos referimos al problema de las tarifas.

Como ya sabemos, las tarifas han de ser aprobadas por la autoridad administrativa correspondiente. Ahora tratamos de determinar lo que ocurrirá en los litigios que se originen entre los concesionarios y los usuarios en relación con las tarifas.

¿Conocerán de los mismos la jurisdicción contencioso-administrativa o la ordinaria?

Veamos qué ocurre cuando el concesionario ha cobrado tarifas superiores a las permitidas por la Administración y se plantee la

necesidad de tener que devolver una cantidad al usuario. ¿Se reclamará la devolución ante la Administración o ante la jurisdicción ordinaria?

En un Decreto decisorio de competencias de la Presidencia del Gobierno de 25 de abril de 1963, dado para resolver una planteada entre un gobernador civil y un juez comarcal, al requerir el primero de inhibición al segundo para que dejara de conocer en juicio de cognición sobre devolución de una cantidad indebidamente pagada por suministro de energía eléctrica, al no haberse hecho por el concesionario en los recibos unos descuentos establecidos en las tarifas, se declara la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer el asunto en los siguientes términos:

«Que en el caso presente, ninguno de los preceptos invocados por el gobernador civil requirente, todos ellos de rango inferior, por otra parte, a los que consagran la competencia de los Tribunales de Justicia, puede servir para fundar una competencia especial de la Administración que excluya la de esos Tribunales, pues la sola circunstancia de que sea un servicio público el suministro de energía eléctrica, ni el hecho de que deba reglamentarlo el Ministerio de Industria, ni el hecho de que determinados organismos de la Administración, para garantía de la seguridad e intereses de consumidores y empresas, deban vigilar entre otras muchas cosas la equidad en las facturaciones y aclarar las dudas que pueda originar la aplicación del Reglamento de Verificaciones Eléctricas, ni la necesidad de que en la contratación hayan de incluirse unas cláusulas generales fijadas por la Administración ni su intervención en la aprobación de las tarifas pueda estimarse que traspasan a la Administración la competencia judicial» (tercer considerando).

En el cuarto considerando se indica que las condiciones de las pólizas atribuyen a la jurisdicción ordinaria las cuestiones propias de su jurisdicción, lo que no cambia ni supone una limitación a esta jurisdicción por el hecho de que sean resueltas administrativamente las reclamaciones, dudas e interpretación de las condiciones del suministro y cuanto se relacione con la póliza. Ante esto, indica el

considerando, nos encontramos con una valoración profesional de las condiciones del suministro eléctrico, pero de las condiciones técnicas no de las jurídicas, de los problemas de derecho que plantean los contratos que estamos examinando en estos momentos.

Examinado el Decreto, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Puede sostenerse que las reclamaciones, dudas e interpretaciones que suscite el contrato de suministro y cuanto se relacione con la póliza son una valoración profesional de las condiciones técnicas del suministro simplemente?

A nuestro juicio, no. Pensamos que las discrepancias que se planteen con ocasión del suministro y las tarifas, así como las dudas e interpretaciones, no son, aunque puedan también serlo, cuestiones técnicas, sino que la mayoría de las veces llevarán encerrados problemas jurídicos, problemas que dimanen de la relación de prestación entre los concesionarios y los usuarios.

Estas discrepancias, dudas e interpretaciones pueden y deben ser conocidas por la Administración, la cual resolverá, dejando expedita la vía ante los Tribunales contencioso-administrativos.

La vía ante la jurisdicción no desaparece, ni mucho menos, con este planteamiento, sino que en lugar de ser planteado el litigio ante la jurisdicción ordinaria, después de una justificadísima intervención de la Administración que no puede quedar ajena a la problemática que se suscita en el servicio público, el litigio tiene acceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es curioso destacar que la competencia de la Administración en esta materia, que se niega tajantemente en el Decreto que hemos comentado, se afirma, tajantemente también en un caso análogo al anteriormente expuesto, en una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de 19 de noviembre de 1954.

El supuesto que en esta sentencia se contemplaba era el de una elevación de tarifas realizada por un suministrador de energía eléctrica, elevación que se produjo indebidamente.

¿Se planteó el litigio ante la jurisdicción ordinaria para la devolución de la cantidad indebidamente cobrada? No, sino que se planteó ante la Administración.

Los usuarios plantearon su recurso ante la Delegación Provincial de Industria, la cual indicó que las tarifas, si habían de actualizarse,

era un problema de su competencia, ordenando que en los recibos sucesivos que girara la compañía suministradora a los usuarios, habrían de compensarse las elevaciones producidas, es decir, cobrar menos hasta llegar a la total devolución de lo indebidamente cobrado.

El concesionario, al interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, planteó la incompetencia de jurisdicción, porque decía que no existía violación de derechos atribuidos individualmente al recurrente, pero la sentencia indica que había que tener presente el párrafo quinto, artículo 2.º del texto refundido de la Jurisdicción Contencioso-administrativa del año 1952, que dice: «Se entenderá establecido el derecho a favor del recurrente cuando la disposición que reputé infringida le reconozca ese derecho individualmente o a personas que se hallen en el mismo caso en que él se encuentra».

La sentencia, en su primer considerando, indica:

«Y no puede negarse que las disposiciones citadas en la demanda al regular los procedimientos y atribuciones administrativas de las Delegaciones de Industria y del propio Ministerio en la rama correspondiente de suministro de fluido eléctrico, señalan unas normas, que de haber sido infringidas hubieran lesionado un derecho concedido a cuantos se hallasen en las condiciones determinadas y entre ellos el demandante».

Una vez examinada esta importante cuestión, analizaremos otra igualmente de gran trascendencia; se trata de saber qué es lo que ocurre cuando el usuario no paga.

Indudablemente, si el concesionario tiene concedida la vía de apremio por la Administración, podrá utilizarla en la forma prevista por las disposiciones legales. De otra parte, y como se indica en el apartado 26 de la póliza de electricidad, en caso de impago, el concesionario puede privar del suministro al usuario. Pero ¿qué ocurriría si no tuviera concedida la vía de apremio?

En nuestro Ordenamiento se establece que la reclamación hay que plantearla ante la jurisdicción ordinaria.

Pensamos, sin embargo, que *de lege ferenda* sería de desear la

intervención de la Administración. En virtud de sus poderes de vigilancia y control sobre el servicio podría obligar a pagar al usuario si ello procediera, aparte de las medidas que pudiera adoptar el concesionario, como la privación del suministro.

Esta solución nos parece más acorde con toda la problemática que encierra el servicio público. Piénsese que un reiterado incumplimiento en el pago por parte de los usuarios, podría provocar un desequilibrio económico en algunas concesiones, y consecuentemente una deficiente prestación del servicio, ante lo cual la Administración no puede permanecer impasible.

La intervención de la Administración puede salvar problemas que de otro modo serían complejos. Piénsese que el impago por parte de un usuario se haya producido porque exista algún problema en torno a las tarifas, problema que el usuario haya planteado a la Administración, como se desprende, por ejemplo, del apartado 26 de la póliza de electricidad.

La postura que sostiene la necesaria competencia de la jurisdicción ordinaria podría encontrarse con el supuesto de que, junto con una reclamación de cantidad ante los Tribunales ordinarios planteada por el concesionario, existiera al mismo tiempo una reclamación efectuada por el usuario ante la Administración sobre interpretación de tarifas u otro problema cuya solución podría ser decisiva para saber si se debe pagar la cantidad que el concesionario reclamó ante la jurisdicción ordinaria. Con este planteamiento pudiera darse el caso de que nos encontrásemos con una sentencia de los Tribunales ordinarios, obligando a pagar al usuario una determinada cantidad reclamada por el concesionario, y con una decisión de la Administración indicando que las tarifas no se han aplicado correctamente, por lo cual el usuario no tiene que pagar la cantidad que le reclamaba el concesionario. Es por ello por lo que creemos que la solución está en lo indicado anteriormente: competencia de la Administración, y, ante la discrepancia en su resolución, acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (58).

(58) La tesis que hemos expuesto es combatida por Javier SALAS, para quien, restringiendo su punto de vista a los servicios de agua, gas y electricidad, la situación y la relación empresa suministradora-usuarios es mixta; reglamentario por un lado, contractual por otro. «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias», «Revista Española de Derecho Administrativo» núm. 4, p. 42. Véanse, especialmente, las páginas 39 a 47.

F) LA PARTICIPACION DEL USUARIO EN EL SERVICIO PUBLICO

a) CONSIDERACIONES PREVIAS

Es indudable que un mejor funcionamiento de los servicios públicos podría lograrse con la participación de los usuarios en la gestión de los mismos. De esta forma, igualmente, la protección del usuario sería mucho mayor.

MEYNAUD señala que es necesario que el usuario participe en la gestión y decisiones del servicio público, que adquiera responsabilidades. Esta participación no debe ceñirse exclusivamente a determinados servicios, ideales para esta participación, como pueda ser la enseñanza, sino que aquélla debe hacerse extensible a otros servicios públicos (59).

Los interrogantes a los que debiera responder el Ordenamiento positivo en este tema serían los siguientes: ¿Tienen los usuarios derecho a participar en la creación, organización y ejecución de los servicios públicos?

¿Debe variar la naturaleza de tal participación según el servicio público se preste a través de la Administración o de concesionarios?

¿Tal participación debe existir en todos los servicios públicos?

¿A través de qué técnicas de representación se articulará tal participación?

Formulados los anteriores interrogantes, veamos el planteamiento que sobre estos temas hace el ordenamiento español, poniendo de manifiesto los sectores donde tal participación existe.

La parquedad en la materia es prácticamente absoluta, si se exceptúan contados servicios públicos.

b) PARTICIPACIÓN EN LA CREACIÓN DEL SERVICIO

Es absolutamente inexistente.

(59) MEYNAUD: *Ob. cit.*, pp. 240 y 241. El tema de la participación en los servicios públicos no es sino una concreción sectorial del tema general de la participación, reivindicaciones democrática fundamental. Como indica el Club Jean Moulin, los ciudadanos deben participar en la dirección de los asuntos, deben servirse de ese derecho y hacerlo con lucidez. *El Estado y el ciudadano*, París, 1987, p. 183. Sobre el tema puede consultarse también CHEVALLIER: *Ob. cit.*, pp. 84 a 88.

c) PARTICIPACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO

No se alude directamente en ninguna disposición a la participación de los usuarios en la organización de los servicios públicos. La Administración, por otra parte, goza de una gran discrecionalidad a la hora de organizar los servicios públicos (60).

d) PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

a') *Servicio público portuario*

Una participación indirecta de los usuarios se regula en el artículo 4.º de la Ley de 20 de junio de 1968, Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, ya que en la Junta que rige el puerto en régimen de organismo autónomo se integran seis vocales, cuatro designados por la Organización Sindical y dos por las Cámaras Oficiales y Entidades profesionales.

b') *Servicio público de Correos*

La Ordenanza Postal, Decreto de 19 de mayo de 1960, bajo el epígrafe «Cooperación del público», indica en su artículo 4.º:

«La Administración postal procurará que en su gestión cooperen los particulares usuarios, facilitándoles, con informaciones adecuadas, el conocimiento de sus normas reglamentarias y prácticas de utilización que favorezcan la mejor ejecución de los servicios y hagan posible métodos de superior eficacia y rapidez».

c') *Servicio público de Enseñanza*

Dentro del servicio público de Enseñanza hay que destacar una participación directa de los usuarios y una participación indirecta de personas vinculadas con los usuarios.

1. *Participación directa de los usuarios.*—El artículo 125 de la Ley

(60) Sobre el tema, RIVERO YSERN: *Potestad organizatoria y actividad organizativa*, «Documentación Administrativa» núm. 153, pp. 31 y ss.

General de Educación, en su apartado 4, como uno de los derechos de los estudiantes señala:

«A la cooperación activa en la obra educativa en la forma adecuada y con los límites que imponen las edades propias de cada nivel educativo».

En el plano de la enseñanza universitaria, los estudiantes participan en el claustro y las Juntas de Facultades, según se indica en los artículos 84 y 88 de la Ley General de Educación.

Esta participación, por vía de representación, se regula en el Decreto de 27 de septiembre de 1974 y en la Orden de 21 de octubre de 1974.

Según el artículo 11 del citado Decreto, la representación estudiantil tendrá los siguientes fines:

a) Participar en los órganos de gobierno y asesoramiento de las Universidades y en su Patronato, de acuerdo con lo que se establece en la Ley General de Educación, en los Estatutos provisionales y demás disposiciones en vigor.

b) Actuar como órgano de diálogo con las autoridades académicas y con el Ministerio de Educación y Ciencia y en el establecimiento de una información adecuada sobre la vida académica.

c) Participar en la elaboración del programa de actividades académicas en conexión con las autoridades universitarias, coordinador de curso, departamentos y profesores, y en la exposición de los problemas de la vida corporativa.

d) Intervenir en la organización de la extensión universitaria y en la asignación de los fondos dedicados a ella.

e) Participar en la concesión de becas que otorguen las Universidades con cargo a sus fondos y en la organización de los comedores universitarios y otros medios asistenciales».

2. *Participación directa de personas vinculadas a los usuarios.*— Se lleva a efecto a través de las Asociaciones de Padres de Alumnos, sometidos a la Ley de Asociaciones, y de los Patronatos.

Respecto de estos últimos, el artículo 83 de la Ley General de Educación manifiesta que:

«1. El Patronato universitario es el órgano de conexión entre la sociedad y la Universidad, a través del cual ésta se hace partícipe de las necesidades y aspiraciones sociales, y la sociedad colabora con la Universidad prestando el apoyo necesario para la realización de sus cometidos y planteándole sus propias exigencias».

e) LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS
DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

Los usuarios directamente, o a través de sus representantes, pueden participar por vía consultiva en la gestión de determinados servicios públicos. Como manifestaciones en nuestro Ordenamiento pueden mencionarse las siguientes:

a') *Servicio público portuario*

La Ley de 20 de junio de 1968, Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, indica en su artículo 20:

«1. Como órgano consultivo e informativo del Consejo de Administración, existirá en cada puerto autónomo un Consejo asesor integrado... por los representantes directamente interesados en las actividades portuarias».

b') *Servicio público del crédito oficial*

El artículo 7.º de la Ley sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial, de 19 de junio de 1971, crea la Junta Consultiva del Crédito Oficial, integrada, entre otros:

«...de dos representantes de los usuarios del crédito...».

f) CONSIDERACIONES FINALES

La participación del usuario en la gestión de los servicios públicos es en el Derecho español prácticamente inexistente, deficiencia ésta de la que también se resienten otros Ordenamientos. Sin embargo, tal participación es necesaria para un mejor funcionamiento de los servicios públicos. No cabe, sin embargo, desconocer que este mejor funcionamiento se conseguiría a través de los movimientos asociativos de los usuarios, que presionando sobre la Administración pública hubieran satisfecho sus derechos de forma más eficaz.

Como ha señalado CHEVALLIER, el control de los usuarios sobre los servicios públicos supone la organización previa de aquéllos. Este control está en los primeros balbucesos, quedando aún por precisar el estatuto de los usuarios que participen en la determinación de la estrategia de los servicios públicos (61).

(61) CHEVALLIER: *Ob. cit.*, p. 88.

