

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LOS CONCESIONARIOS

Juan Carlos BENALCÁZAR GUERRÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas reflexiones sobre la denominada “modernización” del Estado y la “privatización” de los servicios públicos*. III. *La relación jurídica entre el usuario de los servicios públicos y el concesionario: ¿derecho público o derecho privado?* IV. *Algunas consecuencias de una concepción sustancialmente pública de la relación*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha señalado que la finalidad y utilidad de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de las relaciones que se establecen entre los usuarios y los concesionarios de los servicios públicos es “...llegar al encuentro de un régimen jurídico que sea efectivamente válido en la práctica respecto del derecho de los usuarios”.¹ Este propósito nos recuerda la acertada apreciación de Dabin, quien al referirse al método en el derecho, parte por constatar que éste, en su misma esencia, no es “dado”, sino “construido”, y por ende, objeto de la prudencia.²

¹ Farrando, Ismael, “La relación jurídica del usuario con el concesionario de los servicios públicos”, en González de Aguirre, Marta (coord.), *Los servicios públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 31 y 32.

² “Una cosa es «*dada*» cuando existe como objeto aparte de toda actividad productora del hombre: así Dios, la naturaleza, los seres humanos y sus relaciones, los acontecimientos de la historia... Una cosa es «*construida*» cuando es fabricada o producida por el hombre: una casa, un poema, un razonamiento, el Estado belga o el francés”. Dabin,

Al tender a un cierto fin de orden práctico, a saber, la buena regulación de las relaciones sociales en una determinada sociedad, la elaboración del derecho depende no del conocimiento *especulativo*, científico o filosófico, sino del *juicio*: de modo más preciso, como la buena regulación de las relaciones sociales afecta al bien de la vida humana en general, la acción desplegada con esta finalidad pertenece esencialmente, para la determinación del contenido de la regla (ya que no para su *factura exterior*), a la prudencia. Si, según la antigua definición, la prudencia (*recta ratio agibillium*) significa el discernimiento y la aplicación, en la esfera del obrar humano (*in operabilibus*), de los medios más apropiados a los fines (*ea quae sunt ad finem*), la tarea del jurista es la de adaptar al *fin* que persigue el sistema jurídico, el *medio* que constituye la regla jurídica.³

Cabe señalar que el tema que nos ocupa propone la interrogante de si pueden existir relaciones jurídicas administrativas entre particulares, lo cual remite —según advierte Salas— a temas más generales y polémicos, como son la distinción entre derecho público y derecho privado, sin dejar de plantear también, en una concreta aplicación, la validez de una conceptualización objetiva o subjetiva de la administración pública.⁴ Sin duda, la cuestión puede trascender aún más hacia la visión del Estado que el estudioso plantee o defienda. Este complejo contexto teórico podría hacer

Jean, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 149 y 150.

³ *Ibidem*, p. 189.

⁴ Salas, Javier, “Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y las empresas concesionarias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 4, enero-marzo de 1975, versión en cd-rom, Civitas, 1999. Precisamente el autor advierte que “Por un cierto sector de la doctrina se viene insistiendo, en los últimos tiempos, en la crisis del concepto de la relación jurídico-administrativa como manifestación de otra crisis más amplia, la del concepto subjetivista de la administración y del derecho administrativo”, ya que esta concepción se muestra incapaz de explicar la existencia de auténticas relaciones jurídico-administrativas entre particulares y el fenómeno progresivamente creciente de la “administrativización” de las relaciones jurídico-privadas. Sin perjuicio de adoptar una postura que define a la relación como mixta, Salas formula diversos argumentos que pretenden reivindicar y mantener dicha concepción subjetiva. Para el autor citado, “...sólo existen relaciones administrativas entre particulares cuando uno de ellos ejerce por delegación —singular o institucional— poderes o facultades propios de la Administración, entendida en sentido subjetivo. En todos los demás casos, las relaciones entre sujetos privados son de naturaleza privada, por muy ‘públicos’ que sean los intereses que las ‘coloreen’ y por muy ‘administrativas’ que sean las normas que las regulen”.

pensar que es apresurada la afirmación que hicimos al inicio del presente trabajo, pues metodológicamente, de modo previo e ineludible, debería tomarse postura sobre aquellos tópicos más generales, para luego abordar con suficiencia el tema de la naturaleza jurídica de la relación usuario-concesionario de los servicios públicos, y específicamente, para asegurar que el objetivo preciso es llegar a definir un régimen jurídico apropiado para la tutela de los derechos del usuario.

Sin embargo, recordando lo antes dicho en cita de Dabin, cabe afirmar que la presencia de un contexto teórico, formulado como previo a la discusión de un problema jurídico concreto, no debe conducir a una elaboración doctrinal que se reduzca al planteamiento de soluciones jurídicas puramente especulativas, dogmáticas y apriorísticas; que broten de conceptos y esquemas estáticos, alejados de una realidad social y humana que reclama resultados de justicia, en consonancia con las vicisitudes sociales del momento.⁵ Desde una perspectiva realista —atenta a las reali-

⁵ En este, como en muchos otros temas que interesan al derecho, observamos la preocupación de llegar a certezas, mediante la elaboración de conceptos claros, clasificaciones precisas y sistemas doctrinarios adecuados, que sean funcionalmente aplicables a la legislación y a la jurisprudencia. Sin negar la validez científica de dicha preocupación, vale tener presentes algunas advertencias de Ferrer Arellano:

La certeza exige, en efecto, una positivización adecuada mediante vocablos técnicamente correctos que signifiquen conceptos precisos. Y reducir a “tipos” claramente definidos la indefinida multiplicidad de posibles casos reales, más o menos semejantes.

Se explica así el peculiar hábito del jurista, definidor de su *forma mentis*, que le inclina a un formalismo desvinculado de la realidad. Sin el debido control, podría llevarle a los siguientes excesos rechazables:

1. El culto inmoderado al verbalismo: no debe olvidar que la abundosa floración de palabras de los textos normativos debe servir a la *res justa*. Las palabras agotan su sentido en servir de técnicas instrumentales en orden a facilitar la comprensión de las normas, y en última instancia, su justa aplicación. (Recuérdese el fetichismo por las fórmulas verbales del Derecho romano más antiguo “Uti lingua nuncupasset ita ius esto”. Equivocar una palabra en la fórmula establecida equivalía a perder la *litis*).

2. La tendencia a un abuso de conceptos complicados en la elaboración de sistemas, tan grandiosos a veces, como apriorísticos (dogmática formalística). También ellos agotan su función en servir de medio para una mejor comprensión e interpretación del Derecho. Pero muchas veces, lejos de ayudarlas, las dificultan. (Por ejemplo, la dogmática de muchos pandectistas, y de las “direcciones formalistas” en general).

3. La tendencia a olvidar que en los tipos definidos —en los esquemas legales— no encajan con frecuencia los casos concretos; y como consecuencia, a forzar (cuando es aplicado el derecho) las concretas situaciones de la vida, que es dinámica, en los esque-

dades de la sociedad y a los problemas del hombre— puede verse en el usuario una profunda significación y un elemento clave en la elaboración de las soluciones jurídicas relacionadas con los servicios públicos. Es por ello que la tutela de los derechos del usuario constituye un criterio acorde con las exigencias de la sociedad contemporánea, de tal modo que resaltar su proyección en el tema de las relaciones jurídicas usuario-concesionario de ningún modo elude temáticas jurídicas más generales; por el contrario, y como podrá verse en la subsiguiente exposición, implica una decisiva posición frente a ellas, precisamente, respecto de la concepción del Estado y de su fin.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DENOMINADA “MODERNIZACIÓN” DEL ESTADO Y LA “PRIVATIZACIÓN” DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1) Ecuador, de conformidad con el artículo 1o. de su Constitución, se configura como un Estado social de derecho, y por definición éste constituye una superación del Estado liberal, “...que pretende establecer un orden económico-social basado en la igualdad de oportunidades y en la procura de un mínimo existencial, para garantizar materialmente el principio de la dignidad humana”.⁶ Frente al modelo teórico del Estado liberal, caracterizado por sus postulados abstencionistas respecto de la organización y el funcionamiento de la sociedad, el Estado social trata de superar la separación entre la sociedad y el Estado para establecer entre ellos una íntima relación. En tal virtud, se propugna la responsabilidad de la autoridad pública en el logro del bienestar de la comunidad, lo cual exige una intervención decisiva del Estado en la configuración de condiciones favorables a la buena vida humana, en la solución de los problemas sociales y en la activa promoción del bien común. Ello significó un gran crecimiento de la administración, tanto en lo funcional como en lo

mas casuísticos, que son estáticos. No se tiene en cuenta, cuando así se procede, que la decisión justa no es mera deducción racional, sino un conocimiento traspasado de voluntad, que es inmediatamente realizador de orden, flexibilizador y quizá creador.

Ferrer Arellano, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963, p. 315.

⁶ Madriñán, Ramón Eduardo, *El Estado social*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p. 80.

orgánico, y llegó a implicar que el Estado, monopólicamente, emprenda diversas actividades asistenciales, prestacionales, e incluso, industriales y comerciales en forma análoga a la actividad privada.⁷

En la actualidad se habla con mucho énfasis de una crisis, pero al mismo tiempo, de una renovación del Estado social y, por ende, del derecho público, lo cual parte de la constatación de la complejidad de las realidades sociales que caracterizan a nuestros días, las mismas que han llegado a desbordar la idea de un Estado que monopolice la gestión de actividades de interés general.⁸ En efecto, existe un profundo cuestionamiento del Estado social por su “gigantismo”, “pesadez” y “paternalismo”; por la insuficiencia de su actuación, inercia y falta de respuesta oportuna frente a problemáticas sociales de urgente atención, sin dejar de condenar el vicio del burocratismo. A ello se suma que el Estado social en muchas ocasiones se ha encavado frontalmente con agobiantes crisis económicas y marcados déficit presupuestarios. Estas situaciones y problemáticas plantean al derecho administrativo una preocupación trascendental que no sólo está en la juridicidad del actuar de la administración, sino también en la calidad de los resultados de su gestión, es decir, en su eficacia y eficiencia.⁹

La conjugación de los elementos juridicidad-eficacia-eficiencia como criterio de una recta y buena administración pública, reflejada en la calidad de los resultados, derivan hacia una reformulación del papel, métodos y procedimientos de actuación del Estado. Señala Daniel Nallar que lo que importa no es el grado de intervención del Estado, sino las formas y los medios, es decir, “...el tema sujeto a opinión es, en realidad, cuál sería el rol que le corresponde asumir al Estado para cumplir adecuadamente sus fines, puesto que esos fines se hallan directamente ligados a la

⁷ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 25-27.

⁸ Sobre el tema, véase Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el derecho público*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

⁹ El paradigma que la sociedad contemporánea impone a la administración pública conjuga al tradicional principio fundamental de legalidad y juridicidad, con los postulados de eficacia y eficiencia, a los cuales se les coloca en el mismo rango como criterio de legitimidad de la actuación administrativa. Ya no sólo se trata de que la administración se sujete al derecho, sino que también produzca resultados de calidad. En este sentido, los nuevos postulados de legitimidad significan que la administración satisfaga con suficiencia una necesidad social a través de medios idóneos (eficacia), y que dicha satisfacción se la haga optimizando recursos escasos, al menor costo posible (eficiencia).

concreción del bien común”.¹⁰ En el mismo sentido, destaca Parejo Alfonso que no se trata de un cuestionamiento del Estado mismo —y tampoco del avance histórico de la fórmula del Estado social—, sino de “...una reafirmación de su función, por más que ésta se ofrezca precisada de una renovación en su misma concepción general y en los instrumentos de los que debe servirse”.¹¹

Según Daniel Nallar, en el siglo XXI la actuación estatal se guiará por dos paradigmas: el de la eficacia y el de la abstención. El paradigma de la eficacia nos presenta al Estado como un instrumento, como un medio, del que se vale el hombre para alcanzar los aspectos pertinentes de algunos de sus objetivos, nada más pero nada menos. El Estado es una expresión natural de la sociedad, existe en función del hombre y le permite desarrollarse plenamente. Es por ello que las transformaciones que experimenta el Estado no son para su beneficio —pues no es más que un medio— sino para que mediante su perfeccionamiento en calidad de instrumento se asegure el cumplimiento de los fines y objetivos de la comunidad, es decir, para que se procure la consecución del bien común. El paradigma de la abstención, por su parte, es expresión del principio de subsidiaridad que guía a la actuación del Estado, y que postula su intervención sólo en aquellos casos en que la satisfacción de las necesidades humanas rebase a la iniciativa privada, o ésta sea impotente frente a ellas, o bien, no resuelva con la solvencia requerida los menesteres que enfrenta, de tal modo que se ponga en riesgo el bien común.¹²

El principio de subsidiaridad no exime al Estado de la responsabilidad constitucional de garantizar que los habitantes puedan vivir y desenvolverse satisfaciendo unos estándares mínimos de necesidades que son evaluados y concertados por la comunidad misma, a partir de las estructuras democráticas y participativas que deben caracterizar a los Estados modernos.¹³ Por esta razón, la transformación del Estado y las modernas

¹⁰ Nallar, Daniel, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 6. Hay una cita de Almada, Carlos, *Economic integration, development and public administration: the experience of the European Community and NAFTA*, Toluca, 1993.

¹¹ Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el derecho público*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, p. 89.

¹² Nallar, Daniel, *op. cit.*, nota 10, pp. 12 y 13.

¹³ Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 61 y 62.

técnicas de gestión privada de los servicios públicos deben modelarse según un referente preciso: el usuario y sus derechos, esto es, un destinatario que representa “lo público” y sus justas exigencias.

2) Las vicisitudes de la sociedad contemporánea, y la necesidad de una administración pública recta, eficaz y eficiente, no han sido pasadas por alto por el legislador ecuatoriano, enfrentado a un sinnúmero de necesidades sociales insatisfechas, en el contexto de severas crisis económicas que agobiaron a su país, especialmente desde los años ochenta. Precisamente, el año de 1993 se promulgó la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, la misma que se planteó como objetivo establecer principios y normas generales para regular, entre otros aspectos, la racionalización y eficiencia administrativa, la prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, y la enajenación de la participación del Estado en ciertas empresas estatales y en compañías de economía mixta.¹⁴ En la parte introductoria de la Ley, el legislador ecuatoriano, en síntesis, consideró lo siguiente:

¹⁴ La ley tuvo por fundamento constitucional la disposición del artículo 46 entonces vigente, el mismo que disponía que el Estado, *excepcionalmente*, podía delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades económicas que según la citada disposición constitucional le estaban reservadas. La citada disposición constitucional decía:

Art. 46. La economía ecuatoriana funciona a través de cuatro sectores básicos:

1. El sector público, compuesto por las empresas de propiedad exclusiva del Estado.

Son áreas de explotación económica reservadas al Estado:

a) Los recursos naturales no renovables y en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo;

b) Los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones; y,

c) Las empresas estratégicas definidas por la ley.

El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia y magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social.

El Estado, *excepcionalmente*, podrá delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de cualesquiera de las actividades antes mencionadas, en los casos que la Ley establezca.

2. El sector de la economía mixta, integrado por las empresas de propiedad de particulares en asociación con entidades del sector público.

El Estado participará en empresas de economía mixta para promover la inversión en áreas en las cuales el sector privado no pueda hacerlo sin el concurso del sector público.

3. El sector comunitario o de autogestión, integrado por empresas cooperativas, comunales o similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad cuya pro-

a) La necesidad de atenuar las cargas económicas que soportaba el presupuesto general del Estado por la existencia de actividades empresariales que representaban una dura carga económica;

b) La falta de un modelo económico estable y duradero, que en lugar de mejorar el nivel de vida de los ecuatorianos lo ha empeorado, con la consecuencia de serias distorsiones sociales;

c) La exigencia ineludible de entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios públicos, con la finalidad de atenuar las cargas económicas que soporta el presupuesto general del Estado y de contar con recursos financieros que permitan atender las más apremiantes demandas de los sectores sociales más postergados;

d) La constatación de que las actividades empresariales que el Estado tiene a su cargo no sólo deben medirse en términos de rentabilidad financiera, sino que por el contrario debe alentarse el concepto de rentabilidad social caracterizado por una amplia cobertura para garantizar el acceso del mayor número de ecuatorianos a los servicios públicos básicos, y

e) La convicción de que el proceso de privatización y concesión de servicios debe buscar la eficiencia de las entidades y empresas públicas, y sólo por excepción transferirse al sector privado, comunitario y de autogestión.

En nuestro sentir, los ideólogos de la Ley de Modernización no acertaron con el método. El llamado “proceso de modernización” del Estado ecuatoriano manifestó el gran defecto de una falta de visión integral de la transformación estatal, que muestra su evidencia en la situación de retraso que no se ha podido superar satisfactoriamente. Bien observa Nallar que la transformación (o “modernización”) del Estado abarca diversos aspectos íntimamente entrelazados, que se refieren a profundos aspectos del ser estatal, mientras que la privatización aborda sólo uno de los ámbitos de la transformación.¹⁵ Por ello, es muy necesario advertir que la de-

pedad y gestión pertenezcan a la comunidad de personas que trabajen permanentemente en ellas.

El estado dictará leyes para la regulación y desarrollo de este sector; y

4. El sector privado, integrado por empresas cuya propiedad corresponde a una o varias personas naturales o jurídicas de derecho privado y en general, por empresas que no estén comprendidas en los otros sectores de la economía.

¹⁵ La ingenua confianza en la “privatización”, como mágica panacea de la transformación estatal, ha degenerado en un olvido de indispensables aspectos de reforma administrativa y de modernización del Estado ecuatoriano. Se reclama con vehemencia una

nominada “modernización del Estado” no puede tener en la privatización su componente fundamental —tal vez concebido como prioritario o como la mágica panacea de la reforma estatal— ni debe llegar a creerse que de la “privatización” surgirá la “modernización”, es decir, la transformación del Estado. En una corriente de opinión contraria, tampoco es válido atacar a ultranza a los procesos de privatización, desechando irreflexivamente las indudables ventajas que en muchos casos puede proporcionar. Este sesgo ideológico originado por una visión inexacta de la llamada “modernización” provoca no sólo la desfiguración del concepto y utilidad de la privatización, sino también la pérdida de perspectiva sobre la reforma integral del Estado.

La privatización debe entenderse con un criterio moderado, y debe enmarcarse en contextos más amplios y profundos, en respuesta a los objetivos trascendentales de la sociedad. Daniel Nallar, con acierto, observa que la privatización transcurre en el campo de la técnica y en el de la política, de tal forma que en su desarrollo se deben cubrir las necesidades y exigencias de ambos.¹⁶ El equilibrio entre lo técnico y lo político, sin duda exige de una buena dosis de prudencia. Esta concepción de la privatización —técnica sujeta a una evaluación prudente en su aplicación— permite afirmar que es un método que puede o no ser conveniente, y que su implementación exige un acto de recta razón y juicio recto por parte del gobernante. En suma, no puede estarse a priori a favor o en contra de la privatización, sino que debe considerarse como una potencial solución, como una opción a la que se acudiría luego de una reflexión seria y conforme con las realidades, según los parámetros de un marco jurídico caracterizado por la transparencia y la exigencia de rendición de cuentas. Además, la privatización no debe constituir un procedimiento ciego, sino encuadrado en un contexto de planificación económico-social, en el cual es indispensable tener claros los objetivos de bien común a los que se servirán.

cultura de servicio que sólo brotará con la capacitación técnica de la burocracia, con la implementación de tecnologías rápidas y eficaces, la disminución de trabas inútiles que frustran la iniciativa privada o la satisfacción de los requerimientos del ciudadano, la reingeniería de procesos, y ante todo, el establecimiento de políticas de Estado que provengan de un contacto con la realidad social, para lo cual es fundamental que dicha realidad la constate la autoridad a través de la participación ciudadana en los procedimientos de toma de decisiones.

¹⁶ Nallar, Daniel, *op. cit.*, nota 10, pp. 26 y 40-45.

Las advertencias que nos hemos permitido formular tienen el propósito de poner a la técnica privatizadora en sus justos límites y alcances, y en lo concerniente al tema que nos ocupa, resaltan la necesidad de definir la naturaleza de la relación usuario-concesionario en cauces jurídicos ciertos, pues si se trata de hacer posible la tutela eficaz de los derechos del usuario, un régimen adecuado debe tomar la previsión de que la gestión privada puede ser tan “imperfecta” como la pública y tan susceptible de los mismos (o de peores) errores.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y EL CONCESIONARIO: ¿DERECHO PÚBLICO O DERECHO PRIVADO?

1. *Síntesis de las principales posiciones de la doctrina sobre el problema*

El problema planteado en este título ha dividido a la doctrina en dos posiciones contrapuestas.

Así, mientras la concepción privatista caracteriza a la relación que une al usuario con quien presta el servicio como un contrato de Derecho privado la corriente publicista, considera que tales vinculaciones pertenecen al Derecho Administrativo, en virtud de la situación estatutaria, reglamentaria o legal que rige al servicio.¹⁷

Garrido Falla explica que la configuración de las prestaciones administrativas como relaciones jurídico-privadas ha encontrado tradicionalmente su apoyo, de una parte, en la vieja doctrina que establecía en la distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión el criterio delimitador del derecho administrativo; de otra, en el hecho de que muchas de las prestaciones administrativas (tanto asistenciales como industriales o mercantiles) presentan sustanciales analogías con las realizadas por los particulares, a los que con frecuencia el Estado ha venido cabalmente a suceder (por ejemplo, nacionalización de los ferrocarriles). Por su parte, quienes defienden que el derecho público debe aplicarse a la ac-

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2002, t. II, p. 310.

tividad de todos los servicios públicos, y que la situación del usuario no es contractual, sino reglamentaria, formulan una crítica a la solución civilista, incluso desde la perspectiva de las ventajas que la existencia de una relación contractual privada puede representar para el administrado.

Estas ventajas se entiende que son ilusorias y que, aun desde el punto de vista práctico, la seguridad jurídica se alcanza mejor a través de la técnica de la situación reglamentaria. Se trata, como puede verse, de argumentos cuya capacidad de suscitar adhesiones entre los administrados está casi asegurada de antemano, sobre todo si se tiene en cuenta que la idea de que la actividad de servicio público debe estar sometida a régimen jurídico especial ha tenido absoluta vigencia hasta tiempos bien recientes.¹⁸

Por su parte, González Rivas señala que las diversas posturas se pueden concretar en los siguientes puntos: 1o. La que considera que la situación jurídica del usuario del servicio se enmarca en el contenido de las prestaciones y tiene un indudable carácter contractual. 2o. La que supera la tesis del carácter estrictamente contractual, puesto que para los que definen la tesis contractual se trataría de un contrato de adhesión en el cual los usuarios y el servicio carecen de la posibilidad de determinar libremente el contenido del mismo y quienes consideran que estaríamos más bien ante un acto-condición y no ante un estricto contrato.¹⁹

A las tesis expuestas debe agregarse una posición mixta. Manifiesta Garrido Falla que a pesar de que la solución iuspublicista se ofrezca de suyo como la más adecuada (sobre todo desde el punto de vista de *iure condendo*) a las exigencias propias de la actividad de servicio público, no hay duda de que con su unilateralismo es insuficiente para explicar las diversas circunstancias en que las relaciones de prestación pueden tener lugar. No debe olvidarse, por una parte, la variedad de las que hoy en día están a cargo de la administración; por otra, la circunstancia de que el servicio esté o no concedido.

Por lo pronto, téngase en cuenta que la clásica exigencia del sometimiento de los servicios públicos a las reglas exorbitantes del Derecho público ha

¹⁸ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, vol. II, pp. 380 y 381.

¹⁹ González Rivas, Juan José, "Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos", *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, núm. 28, 1996, versión en cd-rom, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 15-58.

perdido gran parte de su vigencia. Pero es que, además, suele escapar a la doctrina —cuando de resolver esta cuestión se trata— una consideración fundamental: que las mismas razones que postulan la cualificación de “situación mixta” (es decir, en parte contractual y en parte reglamentaria) para aquella en que se encuentra el concesionario, valen para justificar una conclusión análoga en relación con el usuario del servicio público. La Administración, en efecto, comienza por reglamentar (haciendo uso de los poderes que tiene para ello), el funcionamiento y uso del servicio por parte de los administrados. Esta reglamentación será tanto más intensa, y abarcará tanto más aspectos de las relaciones entre servicio y usuarios, cuando el servicio tenga un carácter más administrativo (o, lo que es lo mismo, menos industrial o comercial), y en tanto se emplee una fórmula directa de gestión. Pues bien, en el ámbito de cuestiones no previsto en la reglamentación administrativa, puede y debe resolverse (si de su naturaleza no se deduce lo contrario), mediante la aplicación de los criterios contractualistas. Ocurre así que, como antes se ha dicho, la situación del usuario del servicio puede ser simultáneamente (según el aspecto de la relación de que se trate) estatutaria y contractual. Lo que no empece, naturalmente, para que la realidad administrativa nos ofrezca igualmente ejemplos de situaciones puras, es decir totalmente reglamentarias o totalmente contractuales.²⁰

2. Nuestra posición

En nuestra opinión, el problema merece determinar si es posible —y de serlo, hasta qué punto— la aplicación de los postulados de la autonomía de la voluntad en la configuración de la relación jurídica entre el usuario y el concesionario de los servicios públicos. En los negocios jurídicos privados campea la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de la persona, que derivan de aquella capacidad inherente y natural al ser personal de dominarse a sí mismo y a su entorno, y que marcan el decisivo protagonismo que tiene en el orden jurídico. Los negocios jurídicos privados, ante todo, son actos libres, bien porque hay libertad de celebrarlos o no, bien porque hay libertad de determinar su contenido. Reflejan el poder que tiene la persona de crear reglas de conducta (*leges privatae*) y de originar, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En este plano, el ordenamiento jurídico se muestra como un límite negativo,

²⁰ Garrido Falla, Fernando, *op. cit.*, nota 18, pp. 381 y 382.

pues denota las justas y necesarias restricciones a las que se somete la libertad de las personas, que nunca puede ser absoluta.²¹

Estas características contrastan, no sólo con el régimen jurídico propio de los servicios públicos, sino aun más, con sus fines y su función, de cuya consideración dicho régimen jurídico resultaría una consecuencia. En efecto, y como subraya Nallar, los servicios públicos constituyen un instrumento de concreción del bien común y de la satisfacción del interés público. Su principal justificación es la satisfacción del bien común, como fin último del Estado. De ahí que los servicios públicos queden comprendidos dentro de las atribuciones que los órganos del Estado reciben directamente de la Constitución, sea para legislar, ejecutar o juzgar a favor de las necesidades comunitarias.²²

En el derecho ecuatoriano, el cometido de precisar la naturaleza jurídica de la relación usuario-concesionario de los servicios públicos parte del examen de varias disposiciones constitucionales, relacionadas con los derechos fundamentales y con la titularidad y gestión de los servicios públicos. Sobre este aspecto, el artículo 249 de la Constitución dispone lo siguiente:

Art. 249. Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

Como puede verse, el Estado ecuatoriano puede prestar servicios públicos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, pero no le es lícito resignar su responsabilidad por la “provisión” de los servi-

²¹ Hervada, Javier, *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 4a. ed., Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1998, pp. 98-106.

²² Nallar, Daniel, *op. cit.*, nota 10, pp. 62 y 63.

cios públicos que de modo no taxativo enumera la norma constitucional citada. La gestión privada se realiza por delegación, lo cual significa que la titularidad del servicio público la conserva el Estado, quien asume un nuevo papel de control y regulación.

Es importante destacar, por otra parte, que la Constitución ecuatoriana reconoce los derechos del consumidor y del usuario en calidad de derechos fundamentales, en congruencia con la consagración de los derechos de vida digna, de disponer de bienes y servicios públicos y privados de óptima calidad y de elegirlos con libertad (artículo 23, numerales 7 y 20). El reconocimiento de los derechos fundamentales se rige por solemnes principios generales que destacan que el bienestar humano en sociedad es el fin del Estado. Así, el artículo 16 de la Constitución ecuatoriana declara que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”, lo cual significa que aquella nebulosa idea del “interés general” —que muchas veces no se sabía en qué consiste o dónde está, y que se invocaba con frecuencia para justificar cualquier actuación autoritaria del poder público— tiene ahora el referente preciso del bien humano en sociedad, que viene a constituir el principal elemento de definición del bien común. Por otra parte, específicamente pertinente para el tema del presente trabajo es la disposición del artículo 18, que dispone que “En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia” (principio *pro homine*), y que establece que “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

En congruencia con todo el contexto constitucional citado, es forzoso concluir que en el Ecuador, la relación jurídica entre el usuario y el concesionario de los servicios públicos, en su esquema fundamental y en referencia a su objeto principal, es de carácter público, lo cual claramente define el régimen jurídico al que se somete. En efecto, la elaboración de un régimen jurídico de la relación, que parta de un bien común referido sustancialmente a los derechos fundamentales del usuario, que se somete a la interpretación más favorable a su efectiva vigencia y que debe respetar la prohibición de que las leyes restrinjan su ejercicio, no se amolda a los esquemas del derecho privado, sino a las del derecho público. Además, la responsabilidad y titularidad del Estado sobre los servicios públicos y su provisión, como aspecto concreto de bien común y expresión del fin estatal, restringe decisivamente la voluntad del concesionario, quien claramente vendría a ser un colaborador de la administración, y

que su voluntad se ve decisivamente limitada por el régimen jurídico del servicio. Esto trae como consecuencia que los postulados de la autonomía de la voluntad no rijan al objeto principal de la relación, y que el concesionario se vea sometido forzosamente a un estatuto del servicio público en el cual priman derechos fundamentales. De ahí que en la configuración de la relación jurídica concesionario-usuario sea preponderante la heteronomía de la voluntad, esto es, la preeminencia de las normas jurídicas que propiamente regular el servicio público.

El derecho privado, agotadas las exigencias de dicho régimen jurídico fundamentalmente público, únicamente podría ser aplicado de forma residual, en aquellos aspectos que pudieran escapar del modelo público del servicio, de su prestación y de la satisfacción del derecho del usuario.

En este punto, es preciso que también formulemos nuestra opinión sobre la posibilidad de la existencia de relaciones jurídicas administrativas entre particulares. Tras el problema subyace el concepto que se tenga sobre la administración pública, que se sabe, se la define según criterios orgánicos o subjetivos o según criterios objetivos. En términos generales, como reiteradamente en la cátedra y en algunas publicaciones lo hemos sostenido, consideramos que es erróneo concebir a la administración pública desde una sola perspectiva.²³ Todo depende del aspecto de la realidad sobre que se pretende investigar y estudiar. En efecto, la administración pública implica una actividad o función, por una parte, y una organización, por otra. Como actividad, la administración pública está dirigida a la promoción de unos fines públicos, a la gestión con mira a los resultados, a la satisfacción de necesidades colectivas, al servicio del conglomerado humano.²⁴ Esto distingue a la función administrativa de las otras funciones estatales, en virtud de un propósito, técnica y método propio, que se diseña en torno a la realización inmediata y práctica de los objetivos públicos, a diferencia del gobierno, de la legislación o de la administración de justicia, que atienden al bien común con otro tipo de ac-

²³ Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2006, pp. 17-19. También nuestro ensayo “El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la administración pública: una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador”, *Temas Constitucionales. Revista del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador*, Quito, año 1, núm. 2, junio de 2004, pp. 95-97.

²⁴ *Cfr.* Martín Mateo, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, 21a. ed., Madrid, Trivium, 2002, pp. 25-28 y 65-67.

tividad más mediata o con otro método y cauce de acción.²⁵ El criterio subjetivo observa a la administración pública como un complejo de órganos, como una estructura o, incluso, como una persona jurídica.²⁶ Sin embargo, reducir el fenómeno administrativo a este criterio resulta limitado, y no ofrece una cabal comprensión del mismo, lo cual no quiere decir que sea incorrecto plantearse una apreciación subjetiva de la administración pública, desde el momento en que queremos apreciar, por ejemplo, el fenómeno de la organización y de las competencias.

En suma, la administración pública puede verse, válidamente, desde diversas perspectivas a efectos de conocimiento científico. Es un error el apreciar las cosas desde una sola perspectiva excluyente de la otra, sin combinar ambas, pues bien puede aludirse a la administración pública en sentido subjetivo, si lo que se estudia es el aspecto organizacional y los sujetos a los que el ordenamiento jurídico confía, por antonomasia, la actividad administrativa. Pero también se puede utilizar el concepto objetivo de administración pública, si lo que se analiza es una función, una actividad que se desarrolla para alcanzar el bien común. Lo cierto es que administrar la cosa pública implica una actividad determinada y perfectamente distinguible de otras funciones estatales, pero esa actividad siempre requiere una organización con ese cometido específico y con unas facultades para su realización, y a su vez, esta organización no se explica sin esa actividad específica.

En el caso de la relación jurídica entre el usuario y el concesionario de los servicios públicos, la perspectiva subjetiva de la administración pública —válida para otras temáticas— resulta insuficiente, y es necesario acudir a una visión objetiva. Los particulares concesionarios —e incluso en algunos casos, prestatarios de servicios públicos indirectos— pueden, por disposición del ordenamiento jurídico, realizar funciones administrativas en cuanto actividad concreta y práctica que persigue la realización de objetivos de bien común. En el preciso caso del concesionario, y en virtud de un título jurídico, realiza una *gestión* del servicio público —cometido esencial para la realización del bien común— bajo tutela y control del aparato administrativo del Estado, que conserva la responsa-

²⁵ Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, trad. de la 5a. ed. italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954, t. I, p. 22.

²⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 12a. ed., Madrid, Civitas, 2004, t. I, pp. 31-43.

bilidad y titularidad de dicho cometido. Vemos así que el derecho administrativo es un régimen que necesariamente debe aplicarse al objeto principal de la relación, independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto que emprende y gestiona la actividad administrativa.

IV. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIALMENTE PÚBLICA DE LA RELACIÓN

1. *La preeminencia de los derechos del usuario*

Explica Carlos Eduardo Tambussi:

Mediante el consumo (en cualquiera de sus niveles) procuramos satisfacer nuestras necesidades elementales y alcanzar una adecuada calidad de vida. Ello nos lleva a buscar en el ámbito llamado “mercado”, los bienes y servicios que necesitamos. Somos, como consumidores, destinatarios finales de todos los bienes y del producto de la actividad comercial.

En esa ineludible y constante “excursión” al mercado, con esos fines tan básicos, estamos a merced de abusos de nuestra situación y de la imposición de condiciones por parte de quienes tienen (venden) lo que necesitamos. Realizamos como consumidores un acto de confianza máxima, al adquirir bienes o contratar servicios. Ignoramos calidades, formas de producción, composición de materiales; en suma: nada sabemos respecto de la aptitud del producto o servicio que contratamos. Generalmente, contamos con poco tiempo para comparar, discutir, consultar. Y todo ello, con el apremio de la necesidad.²⁷

La consagración en el nivel constitucional de los derechos del consumidor y usuario reconoce la necesidad social de llegar a un equilibrio entre la situación del proveedor y la del consumidor y usuario, reconociendo que éstos constituyen la parte débil de la relación de consumo. Al efecto, como explica el autor antes citado, se establecen desigualdades jurídicas diseñadas para corregir una desigualdad natural, que desembocan en un principio proteccionista.²⁸

²⁷ Tambussi, Carlos Eduardo, “Los derechos del consumidor como derechos humanos”, en Gordillo, Agustín *et al.*, *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, <http://www.gordillo.com/DerHum.htm>, p. IX-14.

²⁸ *Ibidem*, pp. IX-15. También, Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 701 y ss.

Sin embargo, además de las consideraciones apuntadas, es preciso remitirnos nuevamente a la declaración del artículo 16 de la Constitución ecuatoriana, que al declarar que el máximo deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos que reconoce, concibe a los derechos fundamentales como elemento cierto de la definición del bien común. Por otra parte, y como ya se indicó, la Constitución ecuatoriana dispone, como principio general, que en materia de derechos humanos se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. En tal virtud, los derechos del usuario de los servicios públicos prevalecen sobre los del concesionario, y los de éste deben interpretarse de modo restrictivo,²⁹ lo cual permite afirmar que los derechos del usuario son un componente esencial del régimen jurídico de la relación entre el usuario y el concesionario de los servicios públicos; régimen jurídico fundamentalmente público, que por estas características no puede amoldarse a los esquemas de los negocios jurídicos privados, en los cuales campea la autonomía de la voluntad. Justamente, esto implica que los actos jurídicos que celebran el usuario y el concesionario deban diseñarse necesariamente según determinadas cláusulas, acordes con las exigencias y el estatuto propio del servicio público. Estos caracteres se observan en las prohibiciones del artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor, que sanciona con nulidad de pleno derecho a las estipulaciones que eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; impliquen renuncia a los derechos del consumidor o limiten su ejercicio; inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;

²⁹ Precisamente, en congruencia con las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, el artículo 1o. de la Ley de Defensa del Consumidor dispone:

“Art. 1. *Ámbito y Objeto.* Las disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. *En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes*” (lo resaltado es del autor).

impliquen renuncia por parte del consumidor a sus derechos procesales, y, en general, cualquier otra cláusula que cause indefensión al consumidor.

2. La responsabilidad del concesionario sometida a un régimen jurídico especial

Una concepción fundamentalmente publicista de la relación usuario-concesionario de los servicios públicos implica también un régimen especial de responsabilidad del concesionario. Es por estas razones que el artículo 20 de la Constitución ecuatoriana trata, en el mismo texto y con las mismas consecuencias, tanto la responsabilidad del Estado como la de los concesionarios y delegatarios:

Art. 20. Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Como es conocido, la responsabilidad pública se caracteriza por ser objetiva y directa. El carácter objetivo de dicha responsabilidad, aplicada al concesionario, no puede ser objetado por el carácter privado del ente que presta el servicio público, para con este solo argumento exigir la aplicación de la normativa civil, en olvido de la naturaleza de la actividad concesionada. El fundamento de la responsabilidad objetiva del concesionario brota del interés público en juego, y por ello, en nada varía el régimen jurídico por la sola circunstancia del sistema de prestación. Sería del todo arbitrario e ilógico imponer regulaciones de derecho público si el servicio lo presta directamente la administración, y por el contrario, el derecho privado si lo presta un concesionario de la misma administración, aunque la prestación sea la misma.³⁰

³⁰ Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la administración pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 18, julio-septiembre de 1978, Civitas, 1999, versión en

Por otra parte, reconocidos unos derechos fundamentales del usuario, es infundamentado restar sus garantías por el solo hecho de la concesión, lo cual, en el derecho ecuatoriano, significaría una contravención a la interpretación más favorable a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y al principio de que ninguna norma jurídica puede exigir condiciones y requisitos no establecidos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de estos derechos. En tal virtud, una interpretación coherente con la efectiva vigencia y eficacia de los derechos del usuario hace entender que artículo 20 de la Constitución impone una responsabilidad objetiva al concesionario por la calidad del servicio y por la satisfacción de las exigencias de continuidad, calidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad, por las cuales debe responder objetivamente el concesionario.

En cuanto al aspecto de la imputabilidad, ésta es directa respecto del concesionario, y no respecto de la administración. Si consideramos que la administración es titular del servicio público y el concesionario quien lo gestiona, no podría admitirse que la administración deba responder por los actos del concesionario. De igual forma, a nivel de los conceptos, la concesión "...indica que la Administración desgaja de su seno alguna facultad, derecho, poder en fin, que entrega a otro sujeto",³¹ quien por dicho título vendrá a ejercer. De este modo, no parece de ningún modo justo y conforme a derecho que la administración responda por los actos u omisiones del concesionario, que no forma parte de la organización administrativa, a menos que dichos actos u omisiones provengan de una orden expresa e ineludible que la administración imponga al concesionario, o que en el acto de concesión se hayan impuesto unilateralmente condiciones que determinan un resultado imputable a la administración.³²

No obstante, a pesar de la disposición del artículo 20 de la Constitución ecuatoriana, el concepto de responsabilidad jurídica no abarca únicamente el aspecto indemnizatorio, sino que por definición implica la posibilidad de una valoración y evaluación jurídica de los resultados de la acción u omisión, y en la cualidad que permite que el concesionario asuma las consecuencias de su obrar toda vez que una persona sufra un daño o perjuicio en cualquiera de sus derechos por causa de dicha acción. Co-

CD-ROM. Cita de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo del 18 de marzo de 1976.

³¹ García-Trevijano Fos, José Eugenio, *Los actos administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 238.

³² *Cfr.* Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, nota 30.

mo tal, la responsabilidad jurídica pública no se limita al ámbito patrimonial ni se traduce exclusivamente en una técnica indemnizatoria, sino que mucho más aún, es presupuesto de todas las instituciones de garantía. Dicha posibilidad de valoración y evaluación jurídica, que no sólo abarca el aspecto patrimonial, tiene por referente preciso el mismo estatuto del servicio público que gestiona el concesionario. Precisamente, por estas razones en el derecho ecuatoriano encontramos instituciones procesales de garantía de carácter especial que tutelan los derechos del usuario frente a los del concesionario. A ellas nos referiremos enseguida.

3. Los medios de tutela de los derechos del usuario

El estatuto fundamentalmente público que regula la relación jurídica entre el usuario y el concesionario permite la aplicación de institutos procesales distintos a los esquemas del proceso civil. En el derecho ecuatoriano podemos citar principalmente los siguientes:

A. El amparo constitucional contra particulares

El artículo 95 de la Constitución ecuatoriana establece el amparo constitucional, garantía que en principio procede para atacar actos u omisiones ilegítimos de cualquier autoridad pública, pero que también puede dirigirse en contra de “personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública”.³³ A través del amparo se adoptan medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos, que violen o puedan violar derechos fundamentales, y que, de modo inminente, amenacen con causar un daño grave.

El diseño de un amparo contra particulares, como observa Rafael Oyarte Martínez, considera que el concesionario, en virtud de la concesión, ejerce potestades administrativas, de tal forma que frente a sus actos se prevé la posibilidad de reaccionar mediante una garantía constitucional. Evidentemente, el amparo contra concesionarios se admite solamente cuando su actuación u omisión tenga relación directa con la prestación del servicio público, que según las normas constitucionales ecuatorianas se rige por

³³ El amparo contra particulares también procede cuando éstos vulneran un interés comunitario, colectivo o difuso, como es el caso del medio ambiente.

los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.³⁴

Estos criterios fueron ratificados en la resolución 0485-05-RA, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, que concedió el amparo propuesto por varios usuarios del servicio público de agua potable por la omisión ilegítima en que incurrió una empresa privada concesionaria al suspender la provisión del servicio de cuya gestión era responsable directa.³⁵ Es interesante destacar que los demandantes dirigieron su demanda en contra de dicha empresa y de la entidad pública concedente, pero el Tribunal consideró que la entidad pública no era legítimo contradictor por efectos de la concesión, y que la legitimación pasiva recaía precisamente en la empresa privada, quien fue condenada a restablecer la provisión de agua potable en beneficio de los demandantes, justamente, por haber asumido la gestión.³⁶ Sin embargo, lo más importante es que el Tribunal apreció que la empresa concesionaria, entre otras obligaciones, había asumido la de “garantizar la eficiencia, calidad, cobertura y trato igualitario en la prestación del servicio a los usuarios...; así como no suspender, reducir o interrumpir la prestación del servicio a los usuarios en

³⁴ Cfr. Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, 2a. ed., Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006, pp. 76 y 79. No obstante, también se ha admitido el amparo constitucional en contra de quienes prestan cualquier actividad considerada como servicio público en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir, contra prestadores de servicios públicos impropios. Así, en resolución 048-RA-01-IS, dictada en el caso 378-2001-RA, la Primera Sala del Tribunal Constitucional concedió el amparo constitucional propuesto por varios ciudadanos en contra de una institución educativa privada que negó injustificadamente la matrícula a los hijos de los demandantes, los cuales habían anteriormente protestado por el alza de las colegiaturas. En aquella ocasión, frente a la excepción de que la institución demandada hacía valer su “autonomía”, el Tribunal manifestó que la educación —considerada como servicio público impropio— se sujeta a un régimen de derecho público. Por otra parte, el Tribunal expresó que la institución educativa había actuado contra los principios constitucionales que guían a la educación, lo que provocó un daño grave a los alumnos excluidos por “entorpecer el goce del servicio público de la educación”.

³⁵ Dicha omisión ilegítima consistía en la suspensión del servicio por haberse averiado la tubería y desconectado la manguera que conduce el agua potable al predio de los demandantes, sin que la empresa concesionaria haya tomado las medidas pertinentes para restablecer el servicio, pese a las continuas reclamaciones que se le formularon.

³⁶ La sentencia está publicada en el Registro Oficial núm. 11, del 30 de enero de 2007, pp. 13-17.

cualquier forma”. En suma, el Tribunal Constitucional aplicó a la empresa concesionaria el régimen jurídico-público que es propio del servicio.

Vale anotar, sin embargo, que el amparo constitucional, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano, no es procedente para resolver pretensiones procesales relacionadas con la fijación del monto de la indemnizaciones a las que pueda tener derecho el usuario, o para resolver controversias sobre el cobro de tarifas; asuntos estos que se reservarían a los jueces de lo civil.

La Ley de Defensa del Consumidor establece la posibilidad de acudir al Defensor del Pueblo, al juez de contravenciones y al juez de lo penal en caso de infracciones que atenten contra el consumidor o usuario, las mismas que se sancionan con multa, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, las cuales se fijan por los jueces indicados.

B. El Defensor del Pueblo

Dentro de las garantías constitucionales que establece la Constitución ecuatoriana se encuentra la institución del Defensor del Pueblo, que tiene legitimación activa en el proceso de amparo constitucional, y que entre sus atribuciones está la de recibir quejas de los usuarios de los servicios públicos, y realizar las investigaciones y acciones pertinentes en defensa de los derechos de aquéllos.

V. REFLEXIONES FINALES

Recordando el contexto teórico que subyace al tema de la naturaleza jurídica de la relación entre el usuario y el concesionario de los servicios públicos, al cual nos referimos en la parte introductoria del presente trabajo, podemos encontrar una nueva apreciación, muy propia de nuestra época, de lo que constituye “lo público”, materia del derecho administrativo. El administrado de antes —sujeto pasivamente receptor de los mandamientos del poder público y de su gestión— es el usuario de hoy, referente preciso de los contenidos del bien común, del fin del Estado, y elemento sólido de justificación y legitimación de la actuación de la administración pública, en un redefinido papel frente a la sociedad. Sin resignar su responsabilidad directa e inmediata frente a la consecución del fin del Estado, nada excluye la posibilidad de una activa participación

del sector privado en los cometidos públicos, como método válido para lograr el bienestar general. Esto implica la existencia de relaciones jurídico-administrativas entre particulares y un replanteamiento del derecho administrativo, que no puede concebirse, a ultranza, a partir de una conceptualización subjetiva de la administración pública, sino como un régimen perfectamente aplicable en relaciones jurídicas entre particulares cuando participan en la realización de una tarea pública, en colaboración con la función administrativa.

Es el derecho público —administrativo— y no el derecho privado el competente para regir el objeto principal de las relaciones jurídicas que se producen, y sólo de modo residual, agotadas las exigencias normativas de dicho objeto, es posible y conveniente la aplicación del derecho privado. Esta conclusión parecería que nos ubica en una concepción mixta de la relación —y en efecto, así aparece—, pero si de elaborar un régimen jurídico adecuado se trata, más que una apreciación y descripción de los componentes o elementos de aquélla, se trata de un modelo que propone cómo debería regularse. Es decir, el legislador debe agotar su esfuerzo en asegurar las garantías que el régimen de derecho público implica, y únicamente cuando se ha satisfecho el interés público representado por el usuario, asegurando los medios para esta satisfacción, dejar las demás cuestiones a los modelos del derecho privado. Esto no significa que estas últimas cuestiones sean de poca monta, sino que se quiere afirmar que el derecho privado cumple una determinada función en la relación, que permite no ahogar al concesionario en un régimen extremadamente rígido, para favorecer su gestión y conservar sus inversiones, no en interés del empresario, sino para lograr la permanencia de las prestaciones. Además, el derecho privado es favorable para ofrecer modalidades de servicio innovadoras, dar libertad al usuario de diseñar algunos aspectos sobre la prestación y establecer parámetros que puedan amoldarse a sus particulares requerimientos.

En definitiva, consideramos que una elaboración normativa, según un modelo fundamentalmente público y residualmente privado, es lo conforme a la prudencia, a lo propio del método de la elaboración del derecho.