

# Retos y Desafíos Para La Regulación Del Siglo XXI: Equidad En Los Servicios Públicos



# Retos y Desafíos Para La Regulación Del Siglo XXI: Equidad En Los Servicios Públicos<sup>1</sup>

**Investigadores:**

Luis A. Ortiz Zamora, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica<sup>2</sup>

## Resumen

El fundamento y fin del servicio público es lograr la equidad y solidaridad.

Existen, sin embargo, retos y desafíos que deben ser contenidos a fin de conservar esos dos pilares inalterados. La liberalización de servicios públicos, las amenazas a la independencia de los reguladores y las tecnologías disruptivas son algunos.

## Palabras clave

Servicio público, equidad, solidaridad, liberalización, independencia, regulador, tecnologías disruptivas.

**Recibido:** 02 de setiembre 2019

**Aprobado:** 12 de noviembre de 2019

**DOI:** [https://doi.org/10.35485/rcap77\\_4](https://doi.org/10.35485/rcap77_4)

Lusi Ortíz. (2019). Retos y Desafíos Para La Regulación Del Siglo XXI: Equidad En Los Servicios Públicos

## Abstract

The basis and purpose of public service are equity and solidarity.

However, there are threats and challenges that must be overcome to preserve these two pillars intact. Privatizations, threats to the independence of regulators and disruptive technologies are some of them.

## Keywords

Public service, equity, solidarity, privatization, independence, regulator, disruptive technologies

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el II Congreso Nacional y I Congreso Regional Servicios Públicos Sostenibles: desafíos de la regulación.

<sup>2</sup> Abogado especialista en Derecho Público y Regulación Económica. Reconocido por Who's Who Legal como uno de los cuatro expertos en Derecho administrativo "Most Highly Regarded" de América Central. Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Miembro del Jurado Examinador de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Profesor del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Co-coordinador de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Socio de BLP Abogados.

## 1. Introducción

Hoy que la equidad en los servicios públicos se ve amenazada, unas veces por los regulados que intentan anteponer sus intereses y otras tantas por instituciones del propio Estado que usurpan competencias e irrespetan la independencia del regulador, viene a bien recordar cómo y por qué inició toda esta revolución que llamamos SERVICIO PÚBLICO, pues como dijera el Juez Holmes: “Para poder saber qué es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser.”

Así, pues, luego de hacer recuento de las ideas que dieron origen al servicio público, identificaremos y analizaremos esos retos y desafíos que amenazan a su postulado central: LA EQUIDAD.

## 2. La Equidad En Los Orígenes Del Servicio Público

La construcción teórica del servicio público se produce, en sentido estricto, en la Francia de los primeros años del Siglo XX, sobre todo de la mano de la Escuela de Burdeos, con León Duguit y Gastón Jèze a la cabeza. Sin embargo, esta institución ya había dado sus primeros pasos con mucha anterioridad.

### 2.1 Los Orígenes

En efecto, en la Inglaterra de los siglos XII a XIV, con sus estructuras feudales, existieron los denominados *common calling*. Estos eran prestadores de ciertos servicios ajenos a las estructuras feudales que, como tal, se convertían en únicos o escasos. Dentro de estos estaban herreros, sastres y cirujanos que, quedaban sujetos a la obligación de proporcionar sus servicios a todo aquel que lo solicitase bajo circunstancias razonables y, tras la escasez de profesionales generada por la peste negra de 1348, también se les exigió cobrar un precio razonable.

Con la desaparición de las estructuras feudales desaparecieron también los *common calling*, pero surgieron entonces los *common carrier*, quienes hacían profesión de un comercio necesario para el bien común y, por ello, según lo estableció la sentencia dictada en el caso *Lane v. Cotton* en 1701 por los tribunales ingleses, quedaban obligados a servir a todos los súbditos del Rey. Así, por ejemplo, si en el camino una herradura caía de mi caballo, el herrero estaba obligado a ponérsela de vuelta; si

un viajero solicitaba hospedarse en una posada que no estuviese llena, el posadero tenía que albergarlo; y un porteador cuyo caballo no estuviese cargado, también venía obligado a llevar el paquete solicitado.

Andando el tiempo y sobre esta misma institución del *common carrier* construirían los juristas norteamericanos, sobre todo a partir de la sentencia *Munn v. Illinois* dictada por la Corte Suprema en 1876, lo que hoy conocemos como la regulación económica. Así, pues, a las actividades de transporte, eléctricas, gasistas y más adelante de telecomunicaciones se impondrían obligaciones de precio, prestación y otras bajo la premisa de que cuando la propiedad “es afectada por un interés público, cesa de ser solo *ius privati*”. Este concepto luego evolucionaría, sobre todo a partir de la sentencia *USA v. Terminal Road Association* dictada en 1912 en lo que hoy conocemos como la doctrina de las facilidades esenciales.<sup>3</sup>

### 2.2 La Escuela Del Servicio Público

Pero volvamos a la Escuela de Burdeos, pues sería a partir de ésta que se construiría en América Latina la noción de servicio público, arraigada, precisamente, en la solidaridad y la equidad como causas y fines de éste.

Para Duguit, los cambios formidables en la economía sucedidos a partir de la segunda mitad del Siglo XIX habían dejado sin fundamento las construcciones jurídicas rígidas y metafísicas de la Revolución francesa que se basaban en un sistema de economía doméstica que había sido sustituida por la gran economía nacional sustentada en los descubrimientos científicos y el progreso industrial. A la luz de tales cambios, se hacía necesaria la presencia del colectivo para asistir las falencias del individuo y atender la gran masa de sus necesidades elementales, mediante la prestación de servicios públicos.

Así las cosas, en la concepción de los servicios públicos no reposa otra cosa distinta que la más pura solidaridad e interdependencia social generadora de deberes funcionales para los gobernantes. En consecuencia, la finalidad de toda actividad de los gobernantes no podía ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos.

<sup>3</sup> Cfr: BURDICK, Charles K. The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part I. Columbia Law Review, Vol. 11, No. 6 (junio, 1911), pp. 514-531. MONTERO PASCUAL, Juan José. Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014. ace referencia a la alegoría “El Mito de la Caverna” de Platón.

El Estado ya no sería más un poder soberano que manda, sino un grupo de individuos con una fuerza que debía emplearse en crear y dirigir los servicios públicos. El concepto de soberanía había sido sustituido así por el de servicio público, en cuanto que, al hecho objetivo y palpable, comprobable de las necesidades colectivas, correspondía una respuesta real, y ésta sólo podía provenir de la materialización de la solidaridad y la equidad que implica el servicio público.

De esta forma, los agentes del Estado no eran más poderosos señores superiores con autoridad de mando, amos empotrados, y los gobernados simples subalternos destinados a obedecer; ahora estos roles mudaban absolutamente, al transformarse sustancialmente el contenido conceptual del Estado propiamente dicho, pues ahora los gobernantes se convertían en verdaderos servidores de la comunidad y los individuos los servidos, los destinatarios de la acción y actividades de aquellos a quienes se les deben las prestaciones serviciales públicas. Los gobiernos no eran más los representantes de un poder social que manda: eran los gerentes de los servicios públicos. Podían pues los hombres decir que los gobernantes eran sus servidores y no sus amos.<sup>4</sup>

### 2.3 El concepto de *Daseinsvorsorge*

Mientras tanto, en Alemania, el profesor Forsthoff expresaría por primera vez la doctrina de la *Daseinsvorsorge* en 1938 con un libro denominado "La Administración como soporte de prestaciones".

Planteaba el profesor alemán – con evidente similitud de criterio que Duguit y Jéze – que, ya no era el individuo por sí solo suficiente para procurarse los medios para llenar su existencia. Su independencia había pasado a ser dependencia. Lo que antes eran problemas individuales ahora eran un problema social que exigía, por tanto, una solución supraindividual. Estábamos así ante un cambio fundamental del contenido de las tareas del Estado, pues ya no podía quedarse como mero garante del orden, sino que ahora debía comportarse como Estado distribuidor y repartidor con el objeto de satisfacer las prestaciones vitales de los individuos.

De suerte que, si el objeto particular del Estado en Esparta consistía en la guerra; en Roma se trataba de su extensión; para el pueblo judío lo era, fundamentalmente, la religión; el comercio para Marsella; la navegación para Rodas y la libertad para Inglaterra, hoy día – decía Forsthoff – la *Daseinsvorsorge* ha de constituir el objeto de la Administración contemporánea; es decir, la procura existencial.<sup>5</sup>

### 2.4 Conclusión Parcial

Puede comprobarse con facilidad que la noción de servicio público siempre ha girado sobre dos ejes: la solidaridad y la equidad, tanto así que la Escuela de Burdeos pretendió sustituir la soberanía por el servicio público, mientras que, de forma similar, la teoría de la *Daseinsvorsorge* hizo de la procura existencial el objeto del Estado. Por tanto, las ideas de la solidaridad social y la equidad, por encima de circunstancias espaciotemporales, siempre han estado esculpidas con letras de oro en el alma y la esencia del servicio público.<sup>6</sup>

## 3. Los Retos y Desafíos: ¿Cómo Mantener La Equidad?

### 3.1 La Liberalización

Desde aproximadamente mediados de los 90's, en América Latina los servicios públicos en su noción tradicional tienden a girar hacia la competencia y la libertad económica. Se pasa de un sistema de titularidad pública sobre la actividad (*publicatio*), concesiones cerradas, derechos de exclusividad, obligación de suministro, fijación de precios y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, hacia un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa y de iniciativa privada, sometida a autorizaciones o licencias regladas, liberalización de precios y regulación para la competencia.<sup>7</sup>

Ello supone, por supuesto, el reto de mantener la equidad y la solidaridad en la prestación de los servicios públicos, pues ya no es la Administración Pública ama y señora de estos.

Con todo, lo cierto es que las leyes de liberalización, en su mayoría, someten a esos servicios liberalizados

<sup>4</sup> Véase por todos: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Revista digital de Derecho Administrativo, N° 5, primer semestre/2011, pp. 43-86. RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit, Revista de Administración Pública, núm. 190, Madrid, enero-abril (2013), págs. 61-100.

<sup>5</sup> Sobre el concepto de *Daseinsvorsorge* véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". Revista de Administración Pública, núm. 38, Madrid, mayo-agosto (1962), págs. 35-65. BULLINGER, Martin. El Service Public francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania. Revista de Administración Pública, núm. 166, Madrid, enero-abril (2005), págs.29-49.

<sup>6</sup> Op. cit. RODRIGUEZ ARANA, Jaime.

<sup>7</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Derecho de la competencia en sectores regulados. Madrid, Editorial Comares, 2001.

a una regulación por causa de servicio público – muy a la usanza de los antiguos *common callings* y *common carriers* del Derecho anglosajón – mediante la cual se imponen cargas y obligaciones de servicio en la medida que haya que garantizar determinadas prestaciones al público. Surge así, por ejemplo, el servicio universal que pretende garantizar accesibilidad a un conjunto definido de prestaciones que se consideran esenciales a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica a un precio asequible y razonable.

Por tanto, esas obligaciones y cargas de servicio público no son más que corolarios derivados de la teoría de León Duguit acerca de la solidaridad social como columna vertebral de la noción de servicio público. Ello así, sin importar que hoy los servicios públicos tiendan a la competencia y la libertad de empresa, la equidad y la solidaridad seguirán siendo sus piedras angulares mientras se exija de ellos: universalidad, asequibilidad y calidad.<sup>8</sup>

### 3.2 La intromisión de órganos no especializados en las competencias del regulador y el irrespeto a su independencia

De la mano con lo que viene señalado, consideramos la creación de autoridades reguladoras como el sello distintivo de la transformación del Estado como proveedor de servicios, en un Estado regulador. Una de las características esenciales de estas agencias es que han sido dotadas de cierto grado de independencia respecto del control político directo, en un intento por aumentar su “credibilidad política”.

Si permitimos que órganos administrativos que no son especializados se entrometan en las competencias del regulador, y, peor aún, impongan sus criterios con irrespeto supino a su independencia, todo el edificio de la gobernanza regulatoria, basado justamente en la independencia, habrá sucumbido.

Justamente por ello, en el asunto C424/07, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia han defendido la imposibilidad, incluso del propio Congreso, de usurpar, condicionar o limitar la facultad discrecional que tienen las agencias para regular los servicios públicos. Dijo la Comisión: “una norma nacional que dispone de modo expreso que los nuevos mercados no deben regularse salvo que

determinadas circunstancias, como la falta de una competencia sostenible en el mercado, demuestren la necesidad de hacerlo, usurpa las facultades amplias otorgadas a la Autoridad Nacional de Reglamentación.”

Sin ese escudo de independencia, al regulador le resulta imposible defender la equidad y solidaridad en la prestación de servicios públicos. Cuando otros órganos públicos se creen omnipotentes y se arrojan competencias para las que no están ni legal ni técnicamente capacitados, de la regulación solamente pueden resultar chapuzas.

### 3.3 Las tecnologías disruptivas

Finalmente, el presente y el futuro nos presenta quizás los retos más difíciles de enfrentar: la revolución de las tecnologías disruptivas y las plataformas digitales. Y es que hoy, cuando menos, el transporte de personas, el suministro de electricidad, la telefonía, la mensajería y los servicios bancarios se pueden prestar por medio de estas plataformas digitales que escapan a los límites de territorio y soberanía típicamente necesarios para hablar de regulación. Por tanto, son capaces de desplegar sus efectos masivamente en cualquier jurisdicción sin necesidad de esperar autorizaciones o validaciones del Estado, de ahí que alguna doctrina las concibe como *permissionless*.<sup>9</sup>

La tecnología ahora permite que los individuos lleguen libremente a acuerdos satisfactorios con sus pares, sin necesidad de intervención reguladora del sector público. ¿Cómo hacer para resguardar la equidad y solidaridad?

Esa respuesta sí que escapa de mis manos. Los dejo pues con esta inquietud para sus noches de insomnio.

<sup>8</sup> Op. cit. RODRIGUEZ ARANA, Jaime. MAUDES GUTIÉRREZ, Antonio. Prólogo. En Alfonso Sánchez, Rosalía y Valero Torrijos, Julián (Dirs) Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital (pp. 37-48). Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters, 2017.

<sup>9</sup> Maudes Gutiérrez, Antonio. Prólogo. En Alfonso Sánchez, Rosalía y Valero Torrijos, Julián (Dirs) Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital (pp. 37-48). Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters, 2017.

## Referencias bibliográficas

- Ariño Ortiz, G.(2011). *Derecho de la competencia en sectores regulados*. Madrid, Editorial Comares.
- Bullinger, Martin. (2005) *El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania*. Revista de Administración Pública, núm. 166, Madrid, enero-abril (2005), págs.29-49.
- Burdick, K. (2011). *The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part I*, Columbia Law Review, Vol. 11, No. 6 (junio, 1911), pp. 514-531.
- Martín-Retortillo, L. (1962). *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge"*. Revista de Administración Pública, núm. 38, Madrid, mayo-agosto, págs. 35-65.
- Maudes Gutiérrez, A. (2017). *Prólogo*. En Alfonso Sánchez, Rosalía y Valero Torrijos, Julián (Dir) Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital (pp. 37-48). Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters.
- Montero Pascual, J. (2014). *Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez Arana, J. (2013). *Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit*. Revista de Administración Pública, núm. 190, Madrid, enero-abril (2013), págs. 61-100.
- Santofimio Gamboa, J. (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público. Revista Digital de Derecho Administrativo [en línea]. 2011, (5), 43-86