

## El servicio público: ¿instrumento de intervención o método de regulación para la protección de intereses colectivos?

### The public service: instrument of intervention or method of regulation for the protection of collective interests?

Juan Miguel CASTILLO ROLDÁN\*

RESUMEN: El concepto de servicio público ha sido, desde siempre, uno de los ejes del Derecho Administrativo, y la irrenunciable necesidad de comprenderlo ha proyectado incontables ponderaciones doctrinales y jurisprudenciales en todo el hemisferio. La interacción entre el mercado y el Estado debería articularse mediante fórmulas claras que logren delimitar aquellos campos sujetos a una razonada y legítima intervención estatal, ya sea por medio del monopolio público para la satisfacción directa de los servicios o de la delegación en manos privadas para la satisfacción indirecta de servicios mediante regulación sectorial. En el libre mercado permiten al Estado desconocer arbitrariamente las libertades de empresa, de asociación y de competencia libre y leal, las cuales constituyen auténticos logros de la evolución del Derecho. De tal forma, es una meta común explorar formas de maridaje entre: a) fiscalización y supervisión ejercidas por entes públicos legalmente competentes, b) la obligación inexorable de satisfacer con calidad, universalidad y equidad tarifaria servicios de interés general en favor de todas las comunidades, los cuales se conecten estrechamente en sus derechos fundamentales más imprescindibles, y c) permitir el desenvolvimiento eficiente, transparente y accesible de una economía, por definición, ca-

---

\* Profesor de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Contacto: <juanmiguel\_13@hotmail.com>. Fecha de recepción: 13/02/2020. Fecha de aprobación: 30/04/2020.

pitalista y democrática.

**PALABRAS CLAVE:** servicios públicos; servicios de interés general; servicios de utilidad pública; intervención estatal; derechos del consumidor y usuario.

**ABSTRACT:** The concept of public service has always been one of the axes of Administrative Law, and the inescapable need to understand it has projected countless doctrinal and jurisprudential weightings throughout the hemisphere. The interaction between the market and the State should be articulated by means of clear and viable formulas that manage to delimit those fields subject to a reasoned and legitimate state intervention, either through the public monopoly for the direct satisfaction of services or delegation in private hands. for the indirect satisfaction of services through sector regulation. In the free market, they allow the State to arbitrarily ignore the freedoms of business, association and free and fair competition, which are true achievements in the evolution of law. In this way, it is a common goal to explore ways of pairing between: a) control and supervision exercised by legally competent public entities, b) the inexorable obligation to satisfy with quality, universality, and rate equity services of general interest in favor of all communities, which are closely connected with its most essential fundamental rights, and c) allow the efficient, transparent and accessible development of an economy, by definition, capitalist and democratic.

**KEYWORDS:** public services; services of general interest; public utility services; government intervention; consumer and user rights.

Según el catedrático Luciano Parejo Alfonso: “El servicio público es, y así se ha repetido hasta la saciedad, una noción - carente de definición legal y, por tanto, esencialmente dogmática - que, de la mano de su misma expansión, dice todo y nada (...) el concepto de servicio público, calificado frecuentemente de polisémico (...) puede invocarse bien como idea más propiamente política que jurídica, bien como técnica precisa de organización de una actividad de dación de bienes o prestación de servicios”<sup>1</sup>.

La anterior cita sirve como una antesala a las peculiares complejidades del objeto del presente artículo pues, indudablemente, el “servicio público” es una idea arropada de subjetividades, y cuya definición destaca por su carácter mutable en el tiempo. Las normas, la jurisprudencia y la abundante doctrina no han podido ignorar la necesidad de comprender cada vez mejor la naturaleza exacta del servicio público y el rol que éste juega en la vida de las comunidades y los individuos, pero tampoco han logrado consensuar y delimitar con exactitud las prestaciones sujetas a su esfera conceptual en la sociedad contemporánea.

En palabras del tratadista Agustín Gordillo, los “servicios públicos” tienen su origen en Francia, como una “*actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo*”<sup>2</sup>. De acuerdo a dicho autor, esta noción a su vez justificó la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, la naturaleza de los con-

---

<sup>1</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros*”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2º semestre 2004, Madrid, Editorial Constitución y Leyes, p. 52.

<sup>2</sup> GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, t. I, *La Defensa del Usuario y del Administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, pp. VI-1-VI-5.

tratos administrativos, el régimen jurídico del dominio público y la monopolización de los servicios. Uno de los principales ejes de este planteamiento se origina en “*L'arrêt Blanco*” (el fallo Blanco) del Tribunal de Conflictos de Francia, de fecha 8 de febrero de 1873, el cual definió que la responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por “*el hecho de personas empleadas en el servicio público*” no podía regirse por principios del Código Civil aplicable a relaciones privadas, sino, por reglas especiales que variaran según la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

En el transcurso de las transformaciones sociales, políticas y económicas del siglo XX y XXI, la idea tradicional de “*servicio público*” ha tendido a renovarse, especialmente por el hecho de que su anclaje teórico partía de una superposición vertical y rígida de los elementos “*Estado*”, “*Mercado*” y “*Sociedad*”<sup>3</sup>. Sin embargo, la expresión unilateral del monopolio estatal a través de la nacionalización y el ejercicio indiscriminado de la autoridad pública es una práctica notoriamente abandonada, ya que los ordenamientos jurídicos democráticos y de libre mercado no soportan la presencia de un Estado que interviene en todas las esferas de la economía, así como tampoco admiten que sus gobernantes fijen precios al margen de la ley, ni que sus regímenes fiscales y recaudatorios confundan “*tarifas*” o “*tasas*” por servicios con “*impuestos*”.

La historia reciente ha señalado que en el siglo XX se combinó una acelerada urbanización (que acarreó crisis en la provisión de los servicios esenciales)<sup>4</sup> con un paulatino proceso de desmo-

---

<sup>3</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “*Servicios Públicos y usuarios de servicios*”, *Documentación Administrativa*, N°271-272, España, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005, p. 154.

<sup>4</sup> STURLA, Mercedes, “*El acceso al agua: políticas públicas y problemáticas inherentes al proceso de descentralización administrativa. El caso de Río Ceballos*”, SOLVEIRA, Beatriz R. (coord.) *Prescendencia e Intervención. Relación retrospectiva entre Gobierno y Servicios Públicos*, Córdoba, Editorial Brujas, 2011, p. 153.

nopolización. Tal traspaso de ciertos servicios a manos de la actividad privada abrió camino hacia un régimen de libre competencia y regulación sectorial en el cual, en teoría, sólo mantienen las características duras de “servicios públicos” aquellos casos en que subsisten condiciones monopólicas de la prestación, que a su vez admiten la potestad de control estatal y la fijación legítima de tarifas; pero, sin ignorar que “hay casos en que la regulación existe sin que se aplique la calificación de servicio público: bancos y entidades financieras, seguros, etc.”<sup>5</sup>. Dicha transmisión a manos privadas permitiría a los ciudadanos dejar de ser meros receptores de servicios públicos, para pasar a convertirse en entes activos, participativos y exigentes de principios de gestión de los servicios y su saludable desburocratización.<sup>6</sup>

En sentido general, la intervención pública que pretende la satisfacción, directa o delegada, de necesidades colectivas a través de la prestación regulada de ciertos servicios depende del papel que juega el Estado según las fórmulas que éste maneja para la regulación sectorial del mercado y la competencia, a lo que se le suma la configuración normativa de los derechos y las relaciones entre Administración y administrados. Al día de hoy, podemos asegurar que el rol del aparato administrativo contemporáneo no se circunscribe únicamente a la actividad de policía o mantenimiento de orden público, sino que funge como un “sujeto conformador del orden social”<sup>7</sup>, cerrando paso - afortunadamente - a la

---

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín, *op. cit.*

<sup>6</sup> ARNÁEZ ARCE, Vega María, “La participación ciudadana en la prestación de los servicios públicos. El supuesto de las cooperativas de utilidad pública en la comunidad autónoma del País Vasco”, *Revesco, Revista de Estudios Cooperativos*, España, vol. 116, 2014, p. 29.

<sup>7</sup> MALARET I GARCÍA, Elisenda, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, Enero-Abril, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 50 y 51.

atávica actitud reverencial y sumisa del ciudadano frente al agente público. Esa expresión resulta una consecuencia natural y previsible del reconocimiento y positivización de la inalienable dignidad humana como principal fundamento y esencia de los derechos humanos, éstos últimos enfocados como mínimos de existencia<sup>8</sup>. Esa misma dignidad humana, “fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento”<sup>9</sup> y soporte del orden constitucional, se presenta en la mayoría de las Cartas Fundamentales<sup>10</sup>. Esta es una de las principales razones por la que el derecho público moderno construye un conjunto de reglas para la organización y el funcionamiento regular e ininterrumpido de los servicios públicos, lo cual obliga al Estado y a los gobernantes a adoptar una “función social”<sup>11</sup>. De dicho modo, la conexión entre “servicios públicos” y “dignidad humana” deviene en una realidad inminente e inexorable, en tanto que “mediante la adecuada prestación de los servicios públicos, el Estado garantiza y protege la dignidad humana, hace efectivos otros derechos fundamentales y promueve los valores en que se sustenta el sistema democrático”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, julio-diciembre 2011.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen, «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Revista Diánoia*, UNAM, vol. LV, México, núm. 64, mayo de 2010, p. 33-25.

<sup>10</sup> Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Uruguay, núm. 5, 2010.

<sup>11</sup> DUGUIT, León, “Las transformaciones del derecho privado desde el Código de Napoleón”, Edeval, Valparaíso, Chile, 1987, citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 1994, p. 97.

<sup>12</sup> NIN, Darío, “Existen servicios públicos en la República Dominicana”, artículo publicado en la sección “Opinión”, del periódico *El Nuevo Diario*,

Incluso, algunos servicios públicos indudablemente esenciales, como el agua, la electricidad, la infraestructura y las comunicaciones, resultan ser tan fundamentales para el desarrollo y la dignidad humana, que el acceso a los mismos forman parte de los objetivos y metas universales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, adoptada en 2015 para erradicar la pobreza y la desigualdad.<sup>13</sup>

No obstante, la noción de “servicio público” presenta connotaciones diversas entre los distintos Estados, incluso dentro de un mismo espacio de integración (como la Unión Europea<sup>14</sup>), por lo que resulta difícil intentar exhibir una definición universal de “servicio público”. Al igual que cada realidad social es única en su propio espacio territorial y su propio entorno jurídico, también lo es el modelo de gestión pública elegido por el Gobierno para responder dilemas como el que describe Segarra Ortiz: “(...) de un lado, garantizar la igualdad de trato, su coherencia y uniformidad y, al tiempo, dar respuestas rápidas y flexibles, ser eficaces y eficientes y responder políticamente a una sociedad compleja y

---

Santo Domingo, República Dominicana, disponible para consulta en: <https://elnuevodiario.com.do/existen-servicios-publicos-la-republica-dominica/> (16 de septiembre de 2017).

<sup>13</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, septuagésimo período de sesiones, temas 15 y 116 del programa, documento No. A/RES/70/1, citado por VILLALOBOS-ROSALES, Gabriel Jesus, “El gasto en servicios públicos regulados de los hogares de Costa Rica en el año 2013”, *Revista de Ciencias Económicas*, Costa Rica, vol. 36, 2018, p. 10.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el concepto clásico de servicio público en España empezó a convivir con el concepto comunitario de “servicio de interés general” luego de su entrada a la Unión Europea. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material”, *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, España, Editorial Dykinson, 2018, pp. 25, 26 y 28.

diversificada en multitud de intereses contradictorios”<sup>15</sup>. Es por esta razón que resulta preferible identificar denominadores comunes (como los elementos de “interés general” o “utilidad pública”) que permitan el análisis de los servicios públicos partiendo desde un panorama holístico, el cual resulte aplicable, o al menos como referencia de interpretación, para la arquitectura constitucional y legal de cada Estado.

Los servicios públicos en ocasiones son llamados “servicios de interés económico general”, en razón de su contenido económico o de satisfacción de necesidades económicas<sup>16</sup> (distintas a otros servicios de autoridad y solidaridad que se encuentran fuera del comercio). En el caso del Derecho colombiano, la doctrina distingue, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, entre servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, ambos imprescindibles para el desarrollo de la nación, pero sólo los segundos considerados tan esenciales que todos los residentes en el país necesitan de forma continua en su vivienda y lugar de trabajo para disfrutar de éste en libertad e intimidad frente a terceros, y vivir en forma digna y saludable.<sup>17</sup> En dicho país, los servicios públi-

---

<sup>15</sup> SEGARRA ORTIZ, Miguel V., “Los servicios públicos: Una exigencia de nuestro tiempo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2004, p. 13.

<sup>16</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, España, Mayo-Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 109.

<sup>17</sup> Ver LÓPEZ-MURCIA, Julián Daniel y SCHONBERGER-TIBOCHA, Johann, “Servicios Públicos domiciliarios: Una reinterpretación con base en el Bloque de constitucionalidad”, *Universitas*, núm. 117, 2008, Bogotá, p. 171-196; GALVIS ACEVEDO, Omar Andrés, “Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: Régimen objetivo, subjetivo y jurisdicción competente para conocer sus actos y contratos”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 35, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005, p. 201-241; CARVAJAL RENZA, Boris y POLANCO TRUJILLO, Mireya, “Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

cos domiciliarios “son un conjunto de servicios proporcionados por el estado, en conformidad con el artículo primero de la ley 142 de 1994, los cuales son conocidos como servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada y telefonía local móvil en el área rural, cuya prestación implica la existencia de redes domiciliarias”<sup>18</sup>.

Al margen del interés “económico” o “domiciliario”, el establecimiento de servicios públicos se suele basar en el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado sólo asume de forma directa y monopólica la producción, o interviene mediante regulación, en aquellas actividades específicas de bienes y servicios que no pueden - o quizás no deberían - ser satisfechas plena e independientemente por los particulares, y de ese modo salvaguardar el derecho de libre empresa.<sup>19</sup> A modo de ejemplo, apoyado en el comprensible esquema de la tesis doctoral complutense de Javier de Arribas Cámara<sup>20</sup>, en el caso de los “monopolios naturales”, un mismo ente produce todos los bienes y/o servicios demandados por los consumidores o usuarios, y esto se debe a una o varias causas concretas: que el coste es menor que si existiesen varios entes

---

Reflexiones sobre su naturaleza jurídica”, Colombia, *Revista Jurídica Piélagus*, vol. 15, 2016, p. 103-109.

<sup>18</sup> CATAÑO-MONTOYA, Yan Carlos, ARANGO, María Catalina y MEJÍA, Cistina, “La penumbra de los desconectados de los Servicios Públicos Domiciliarios de la ciudad de Medellín”, *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 36, mayo-agosto 2018, Colombia, p. 64-82.

<sup>19</sup> RIEBER DE BENTATA, Judith, “Nuevo Concepto de Servicios Públicos y su Prestación en Libre Competencia”, BADELL MADRID, Rafael (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Caracas, t. I, Universidad Católica Andrés Bello, p. 66-68.

<sup>20</sup> ARRIBAS CÁMARA, Javier, “Servicios públicos, municipalización y privatización en la historia del pensamiento económico: estudio de caso limpieza viaria de Madrid (S.XV - S.XXI)”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2019, p.14, 16, 17 y 21.

en régimen de competencia, o que la existencia de varios prestadores competidores supone un perjuicio para el interés público por falta de eficiencia en el servicio o encarecimiento injustificado del mismo. Se trata, pues, de una situación de excepción al desenvolvimiento normal del mercado, y tal fenómeno también puede ocurrir si los costos fijos de producción son muy elevados, lo que desmotiva la participación del empresariado que persigue un interés económico. El aludido monopolio es, en esencia, un fenómeno causado por un concurso de circunstancias que nacen en un mercado, entre las cuales puede figurar la escasez de los recursos o bienes que confieren a su propietario un poder monopólico<sup>21</sup>, el cual puede ser natural (si emana de la naturaleza)<sup>22</sup> o artificial (si es obra del Gobierno y sus leyes o de firmas privadas)<sup>23</sup>. Según algunos autores, en los monopolios naturales<sup>24</sup> el ente productor de bienes o prestador de servicios no tiene sustitutos cercanos,

---

<sup>21</sup> MCKENZIE B., Richard y LEE R., Dwight, "In Defense of Monopoly. How market power fosters creative production", Estados Unidos, The University of Michigan Press, 2008, p. 11.

<sup>22</sup> Un ejemplo prototípico de esta situación es el espectro radioeléctrico, el cual es limitado por su propia naturaleza.

<sup>23</sup> MILL, John Stuart, *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy*, Londres, Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1871, p. 248, MCKENZIE B., Richard y LEE R., Dwight, *op. cit.*

<sup>24</sup> Es importante señalar que, de acuerdo a la autora Manuela Mosca, el primer uso explícito de este término en la literatura se le atribuye a Thomas Malthus. Efectivamente, dicho término puede leerse en la página 15 de su ensayo de *The Nature and Progress of Rent* de 1815 (The Johns Hopkins Press y The Lord Baltimore Press, Estados Unidos). No obstante, tanto la autora Mosca como César Yáñez coinciden en que tal idea surge realmente a partir de instituciones ya desarrolladas anteriormente por Adam Smith en el análisis de los mercados. Ver MOSCA, Manuela, *On the origins of the concept of natural monopoly*, Working Paper No. 92/45 de la "Università di Lecce Department of Economics", 2007, Italia, p. 5; y YÁÑEZ, Cesar, "Electricity Generation and Electric Power in Chile before 1975", *Capitalists, Business and State-Building in*

otra razón que hace inviable la intervención regulatoria para promover la competencia<sup>25</sup>, siempre y cuando aquél pueda satisfacer toda la demanda<sup>26</sup>, de lo contrario, la intervención resulta necesaria para favorecer el consumo y el bienestar social<sup>27</sup>. Otro ejemplo es la prestación del servicio público de suministro y distribución en red del agua potable, como un monopolio natural del Estado en favor de la ciudadanía, puede encajar perfectamente en la descripción aquí pretendida, pues resulta incontrovertido que se trata de un recurso limitado, escaso y que, por su carácter tan vital para el ser humano<sup>28</sup>, debe ser de bajo precio al consumidor final, por lo que el margen de ganancia es poco lucrativo. A todo esto se le suman las dificultades en materia de infraestructura, según se explica a continuación: “Usualmente los servicios de agua se caracterizan como servicios públicos, debido a que son proporcionados por la administración pública. (...) Un enfoque económico identifica los servicios del agua como públicos por su condición de monopolio natural. Los servicios de agua potable y saneamiento se toman como un ejemplo típico de monopolio natural, dado que la competencia es técnicamente imposible, pues implicaría la superposición de redes de agua y alcantarillado en una ciudad.

---

Chile, editado por Manuel Llorca-Jaña, Rory M. Miller y Diego Barría, Palgrave Macmillan, 2019, Suiza, p. 228.

<sup>25</sup> POSNER, Richard, *Natural monopoly and its regulation*, Washington D.C., Cato Institute, 1999, p. 1.

<sup>26</sup> MARCOS RAMOS, Jorge, *Firm dominance in EU Competition Law*, Los Países Bajos, Kluwer Law International B.V., 2020, p. 130.

<sup>27</sup> GROSSMAN, Peter: “The zenith of the natural monopoly system”, extraído de *The end of a natural monopoly: Deregulation and competition in the electric power industry*, COLE, Daniel H. (coord.), *The Economics of Legal Relationships*, Routledge, vol. 7, 2003, p. 84.

<sup>28</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró, mediante la Resolución No. A/RES/64/292, del 28 de julio de 2010, que: “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Este carácter monopólico justifica la intervención del gobierno como proveedor o regulador de estos servicios para evitar tarifas injustificadamente elevadas.”<sup>29</sup>

El mismo principio de subsidiariedad citado anteriormente parte de un presupuesto ideológico del sistema capitalista que critica al Estado como un “ineficiente empresario”, y el particular que asume la explotación de una actividad en beneficio del interés general (por delegación del Estado) debe percibir un lucro que fomente la participación, la oferta, la calidad y la competencia, de lo contrario no sería atractivo para ningún agente del sector privado. Ésta misma ideología apoyaría que el servicio público tradicional se cristalice directamente a través del Estado de forma restringida a zonas y/o circunstancias que no son económicamente rentables para ningún empresario privado.<sup>30</sup>

Otro principio que inspiraría en sus inicios el concepto de servicio público es el “*minimum nacional*”, según explica el jurista y profesor García de Enterría al referirse a la óptica económico-política del dogmatismo socialista inglés de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, según el cual “el Estado debe asumir la responsabilidad directa de asegurar un nivel de realizaciones técnicas, culturales, etc., que ha de ofrecer como mínimo a todos y cada uno de sus miembros”<sup>31</sup>. Esta visión, que en algún momento del capitalismo desenfrenado habría pecado de anacrónica, sería parcialmente rescatada en las décadas recientes del Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacio-

---

<sup>29</sup> AGUILAR BENÍTEZ, Ismael y MONFORTE, Gabriela, “Servicios Públicos del agua, valor público y sostenibilidad. El caso del área metropolitana de Monterrey”, *Gestión y Política Pública*, México, vol. 27, enero-junio 2018, p. 151.

<sup>30</sup> ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Derecho Administrativo General*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia (EUNED), 1999, p. 93.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La actividad industrial y mercantil de los Municipios”, *Revista e Administración Pública*, núm. 017, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 123.

nal modernos. Basta con evaluar la postura compartida por parte de la comunidad jurídica con propuestas como la siguiente: “El servicio público tiene que servir como instrumento de desarrollo social. El Derecho tiene un importante carácter instrumental para proveer justicia, orden y, sobretodo, mejoramiento social, todo esto responde a un proceder de Derecho Público, pues en esta rama del derecho se identifica cómo la administración pública se proyecta funcionalmente sobre la comunidad”<sup>32</sup>.

La comprensión de dicha proyección funcional, así como la relación de derechos y obligaciones entre el Estado, los prestadores públicos o privados y los consumidores o usuarios, es de suma relevancia, pero no responde claramente lo que constituye y no constituye un servicio público. A modo de ilustración, citamos al autor Sergio Valls Hernández<sup>33</sup>, quien clasifica los enfoques del concepto de servicio público en dos: a) enfoque orgánico: es servicio público la actividad que por ley es exclusiva del Estado, ya sea que éste lo gestione de forma directa o indirecta, lo cual es un denominador común en todas las definiciones doctrinarias; y b) enfoque funcional: es servicio público la actividad que en sí misma tiende a satisfacer una necesidad colectiva, sin importar si se concede en exclusiva al Estado e, incluso, puede ser realizada por un particular sin previa autorización estatal. Según Valls Hernández, este último enfoque se subdivide a su vez en dos tipos de necesidades colectivas: el orden público y la utilidad pública.

---

<sup>32</sup> MATILLA CORREA, Andry, “El servicio público: vicisitudes de una categoría del Derecho Administrativo”, conferencia pronunciada para la Fundación Global Democracia y Desarrollo (FUNGLODE), reseñada en fecha 1ro de julio de 2013 bajo el título *Los servicios públicos son instrumentos para el desarrollo social*, en el portal: <<http://www.funglode.org/notice/los-servicios-publicos-son-instrumentos-para-el-desarrollo-social/>>.

<sup>33</sup> VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., “La Noción del servicio público en el Estado social de Derecho”, CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coords.) *Actualidad de los servicios públicos en México*, UNAM, 2009, D.F., México, p. 442

La primera consiste en asegurar las condiciones mínimas para la convivencia social, y la segunda atiende a los arreglos sociales que deben hacerse para mejorar el bienestar social y la comodidad de los individuos, tomando en cuenta que no todas las necesidades colectivas son generales, pero todas las necesidades generales son colectivas (por ejemplo, todos los seres humanos requieren de agua para sobrevivir, sin embargo, no todos requieren de transporte público).

La misma acepción de “público” en el significado de estos servicios refleja dos características: por un lado, implica la satisfacción de intereses generales (objetivo elemental de la prestación), y por otro lado, implica una conexión directa con la autoridad pública<sup>34</sup>, razón por la que “todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que sólo pueda organizarlo la Administración titular del mismo”<sup>35</sup>. Esta función normativa, reguladora y fiscalizadora del Estado en cuanto al desarrollo y operación de los servicios públicos son intransferibles e irrenunciables, sin importar la naturaleza, organización y el régimen de propiedad de la empresa que lo ofrezca.<sup>36</sup> Esta convergencia de “intereses públicos” y “autoridades públicas” conlleva a que el Estado, a través de sus entes reguladores, pueda recurrir a métodos y prerrogativas exorbitantes excluidas del derecho común.<sup>37</sup>

Sin embargo, no escasean las críticas a la subsistencia del servicio público como concepto jurídico que implica, consustancialmente, la intervención del Estado en aparente perjuicio de la

---

<sup>34</sup> ROMERO PÉREZ, *op. cit.*, p. 109.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 116-117.

<sup>36</sup> ORTEGA POLANCO, Francisco Antonio, “Evolución y perspectivas del Derecho Administrativo en la República Dominicana”, Tesis para optar por el título de Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, asesorado por Ricardo Rivero Ortega, Universidad de Salamanca, enero de 2017, Santo Domingo República Dominicana, p. 38.

<sup>37</sup> BROWN, Neville L. y BELL S., John, “French Administrative Law”, Oxford, Clarendon Press, 1998, New York, p. 132.

libertad de empresa y competencia, lo que impacta directamente en las obligaciones debidas por administración que deben ser satisfechas de forma universal, accesible y continua en favor de una ciudadanía usuaria y acreedora de tales derechos. En palabras del catedrático complutense Germán Fernández Farreres: “en el marco general de la globalización y de los procesos de liberalización de la economía (...) uno de los aspectos jurídicos más sobresalientes es la marcada tendencia a abandonar formalmente la calificación de servicio público en los principales sectores serviciales, fundamentalmente en los servicios que se prestan en red (gas y electricidad, telecomunicaciones, servicios postales) (...) Se trata, pues, de articular nuevas formas de intervención, más de ordenación que de gestión pública”<sup>38</sup>. Y continúa explicando: “En la doctrina española, sobre todo a partir de los trabajos de VILLAR PALASÍ y de GARCÍA DE ENTERRÍA, el servicio público ha quedado referido al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado, a fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo nota distintiva la *publicatio*, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa”. Aunque dicha *publicatio* tenga como consecuencia la gestión directa por parte de la Administración, en caso de permitir la gestión privada, la misma sólo ocurre como consecuencia del acceso subordinado a la concesión, y el cumplimiento de las obligaciones que de ahí se desprenden: suministro, fijación administrativa de los precios, carácter temporal de la permanencia en el sector y regulación total de la actividad. En definitiva, estaríamos hablando de un “servicio público subjetivo” (que provoca la sujeción de la libertad de empresa) y un “servicio público compartido o concurrente”, que no conlleva monopolio en favor de la Administración, aunque la declaración suponga que

---

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, publicado en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18, Madrid, Editora Lex Nova, 2003, p. 7.

la prestación siempre debe estar garantizada por el Estado (categoría en la que ingresan los “servicios no económicos” o “sociales”, como la educación y la sanidad). En esta última categoría, tiene cabida el concepto de “servicio de interés general”, los cuales pueden ser prestados bajo régimen de libre competencia, con sus respectivas ventajas, y sin ignorar el nivel mínimo de regulación que sea indispensable y saludable.<sup>39</sup>

Precisamente por esa obligatoria presencia reguladora del Estado en el servicio público, ya sea como prestador directo o indirecto (por delegación), las reglas aplicables en sus relaciones con los particulares, así como las competencias de la jurisdicción administrativa, deben ser al menos mencionadas, ya que los aspectos estrictamente procesales no son el objeto del presente artículo. Por ejemplo, es posible diferenciar entre, primero, servicios públicos administrativos que funcionan con reglas especiales, y segundo, servicios públicos industriales y comerciales que, aún interesando a la colectividad, “toman la forma de gestión privada y se mantienen en el área de las relaciones de particular a particular, bajo condiciones de derecho privado”<sup>40</sup>. Muestra de esto es que sentencias posteriores al fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia remitirían pleitos a los tribunales de jurisdicción ordinaria, aún cuando una de las partes fuese una persona de derecho público. En el caso de *Larrêt bac d’Eloka*, del 22 de enero de 1921, se trataba de una demanda por daños y perjuicios ocasionados durante el transporte de personas y mercancías a través de un ferri operado por Costa de Marfil como colonia de Francia (en francés: *Cote-d’Ivoire*). Dos de los principales fundamentos de esa decisión fueron: que en el caso de especie no se trataba de una “obra pública”, y que el servicio de naturaleza comercial era explotado por la colonia a cambio de pago de remuneración bajo las mismas condiciones que un empresario ordinario, sin ningún texto especial de atribución expresa de competencia a la jurisdicción

---

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *op. cit.*, p. 12-17.

<sup>40</sup> ROMERO PÉREZ, *op. cit.*, p. 84.

administrativa. En síntesis, el criterio francés dominante hasta el día de hoy sobre competencia de jurisdicción se sustenta en una diferenciación entre dos tipos de servicios públicos: por un lado, si se trata de un servicio público comercial o industrial (en que la Administración se comporta como un particular), las controversias deben ser conocidas por un tribunal civil ordinario; por otro lado, si se trata de servicios de interés general prestados por personas de derecho público en ejercicio de actos propios de la autoridad pública, entonces las controversias son conocidas por un tribunal administrativo.<sup>41</sup>

Sin lugar a dudas, uno de los mayores aportes de la jurisprudencia francesa clásica fue el de dar los primeros pasos en la delimitación de criterios para distinguir entre servicios públicos propiamente dichos y los servicios de gestión privada por su carácter industrial o comercial, con sus respectivas consecuencias en materia de competencia jurisdiccional *ratione materiae* y derecho aplicable (público o privado).<sup>42</sup> De todos modos, siempre que se hable de servicios públicos se dará lugar a una discusión sobre los aspectos jurisdiccionales, pues aún cuando los prestadores sean privados, en dicho ámbito abundan las actuaciones de poderes públicos, tales como comisiones de regulación y superintendencias<sup>43</sup>, por cuya naturaleza de personas jurídicas de derecho público se deduce que sus actos se encuentran normalmente sujetos a la competencia contenciosa especial de tribunales administrativos.

---

<sup>41</sup> TEUTLI OTERO, Guillermo, “La trinidad del orden jurisdiccional y la justicia administrativa en Francia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXV, núm. 264, julio-diciembre 2015, UNAM, p. 589; y CAMBERO QUEZADA, Guillermo, “Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa”, *Letras Jurídicas*, núm. 3, *Revista electrónica de derecho de la Universidad de Guadalajara*, 2006, México, p. 11.

<sup>42</sup> CAMBERO QUEZADA, Guillermo, *op. cit.*, p. 86-87.

<sup>43</sup> VARGAS AYALA, Guillermo, “El control judicial del contencioso administrativo en servicios públicos”, en *Revista Con-Texto*, Colombia, núm. 42, 2014, p. 20.

Sí conviene aclarar que, al momento de tomar como referencia el derecho comparado en materia de servicios públicos (como los reseñados casos de Colombia y Francia), se requiere cautela, porque “puede llegar a ser inapropiado e incorrecto el procurar definir las actividades de servicio público de un país según las definiciones adoptadas en otra realidad o contexto, convirtiendo en dogmas ideológicos y/o doctrinarios la solución que otra sociedad encontró para enfrentar determinados desafíos”<sup>44</sup>. Esto puede deberse a que el perfil de la intervención de las Administraciones Públicas en la economía se conecta de forma estrecha con la estructura constitucional y el régimen de organización económica del Estado y, además, ambos pueden afectarse por el derecho supra nacional y regional, como el caso de la Unión Europea (cuyo pilar básico es la consecución de un mercado único, lo cual se manifiesta a través de prohibición de ejercicio de potestades estatales que deriven en restricciones a la libre circulación de bienes y servicios, como forma de garantizar la libre competencia, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación<sup>45</sup>). Estos componentes no necesariamente se encuentran presentes en todos los ordenamientos jurídicos y el contenido normativo de otras formas de integración regional más leves (como las zonas de libre cambio).

Entonces, ¿cómo ponderamos el nivel de intervención de la Administración en el régimen público o privado de los servicios públicos y la estructura orgánica constitucional del Estado para lograr la regulación efectiva, eficiente y garante de derechos? De acuerdo al profesor Rodríguez-Arana Muñoz: “En materia de ser-

---

<sup>44</sup> ROZAS BALBONTÍN, Patricio y HANTKE-DOMAS, Michael, “Gestión Pública y Servicios Públicos. Notas sobre el concepto tradicional de servicio público”, Naciones Unidas, CEPAL, *Recursos Naturales e infraestructura*, Santiago de Chile, 2013, p. 64.

<sup>45</sup> PARICIO RALLO, Eduardo, “El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales”, publicado en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Madrid, Fundación democracia y Gobierno Local, Junio de 2013, núm. 32, p. 109.

vicios públicos, incluso en aquellos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública (...) En el caso de los servicios públicos de interés general, donde ya no hay titularidad pública de la actividad (...) resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad, y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración Pública. Que esto sea así supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la Administración Pública, una congruente intensificación de las técnicas de supervisión, control e inspección de dichos servicios (...) La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá (...) más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga”<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Derecho Administrativo Español*, t. I, Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, Editora Netbiblo, 2008, La Coruña, p. 156 y 157. El autor también realiza otros planteamientos que valen la pena ser citados: “En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad. Se pasa de la publicatio a la ordenatio. Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general (...) Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías,

Esta idea colisiona de manera frontal con los planteamientos del maestro Ariño Ortiz, quien expresa: “El Estado (...) pasa a centrarse en la delimitación de los derechos - empresarios y futuros emprendedores, empleados y proveedores, ciudadanos, usuarios o potenciales consumidores - arbitrando sus diferencias y velando por el respeto de esos derechos. (...) Se han acabado los monopolios y se ha abierto el mercado y la competencia”. El mismo autor, más adelante en su análisis sobre el sistema descentralizado y abierto europeo, destaca que el Estado sólo ejerce el control e interviene por la protección de los intereses de los usuarios cuando no exista un mercado o la competencia sea insuficiente<sup>47</sup>, condiciones que no son requeridas en otros ordenamientos, como el dominicano o el colombiano. Nuestro señalamiento es apoyado por el autor Jorge Fernández Ruiz quien señala a Ortiz de “persuadido por las ideas neoliberales y globalizadoras”, considerando que su opinión “no es válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público se mantiene como un instrumento de indiscutible utilidad”<sup>48</sup>.

Las fórmulas de robustecimiento en la vigilancia de la prestación de los servicios públicos, como estrategia de “intensificación de las técnicas de supervisión, control e inspección” (argüida por el anteriormente citado profesor Rodríguez-Arana Muñoz), sin desmedro del respeto a la libertad de empresa y la libre compe-

---

determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta que punto la intensidad de la sensibilidad social es en estos supuestos una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública”.

<sup>47</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Logros y Fracasos de la Regulación”, *Revista de Derecho Themis*, núm. 52, 2006, Perú, p. 44.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo*, México, INEHRM, 2016, p. 215-216.

tencia, pueden haberse visto reflejadas en casos como el de la República Dominicana, el cual sirve como caso de estudio. Veamos.

El ordenamiento constitucional dominicano reconoce un catálogo de derechos humanos, que positivizados en la Carta Magna como Derechos Fundamentales, incluyen los siguientes apartados con sus correspondientes disposiciones complementarias y matices que resultan de vital importancia para el régimen regulatorio de los servicios públicos<sup>49</sup>:

a) El Estado dominicano reconoce el principio de subsidiaridad, sin embargo, con las atenuaciones siguientes:

- El Estado puede procurar la estabilidad de precios.
- El Estado puede participar en la actividad empresarial, pero sólo para asegurar: primero, acceso de la población a bienes y servicios básicos, y segundo, promover la economía nacional.

b) El Estado dominicano reconoce el derecho fundamental a la libertad de empresa, la competencia libre y leal y la prohibición de los monopolios. Pero, las atenuaciones de estas libertades son las siguientes:

- La libertad de empresa no es un derecho absoluto, y puede ser limitado en virtud de la Constitución y las leyes.
- Los monopolios pueden producirse en provecho del Estado por habilitación legal.
- El Estado puede dictar medidas de regulación económica.
- Sólo el Estado puede, mediante concesión, permitir la prestación de servicios públicos en la forma y el tiempo que determine la ley.

c) El Estado dominicano reconoce el derecho fundamental del consumidor, en virtud del cual toda persona tiene derecho a

---

<sup>49</sup> Ver artículos 50, 53, 147, 190, 217, 218 y 219 de la Constitución de la República Dominicana de 2010.

recibir bienes y servicios de calidad, acompañados de información correspondiente, en virtud de lo cual la normativa adjetiva sectorial reproduce, en sus respectivas materias, formas de intervención estatal en relaciones jurídico privadas en la búsqueda de que prevalezca la protección al derecho del consumidor<sup>50</sup>. Los mecanismos de protección de esos derechos son respaldados por

---

<sup>50</sup> Entre las disposiciones legales que establecen la intervención de la administración para proteger a los usuarios y contratantes de adhesión se encuentran:

El art. 79 de la *Ley General de Telecomunicaciones* No. 153-98, del 27 de mayo de 1998, permite al Instituto Dominicano de la Telecomunicaciones (INDOTEL) intervenir en los reclamos y denuncias presentados por los usuarios de los servicios públicos de las telecomunicaciones y las prestadoras de esos servicios, disponiendo mediante Resolución del Consejo Directivo de dicho organismo No. 62-17, del 25 de octubre de 2017, un “*Reglamento sobre los derechos y obligaciones de los usuarios y prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones*”.

El art. 121 de la *Ley General de Electricidad* No. 125-01, del 27 de julio de 2001 (*Gaceta Oficial* No. 10071), crea la Oficina de Protección al Consumidor de Electricidad (PROTECON) para “*atender y dirimir sobre los reclamos de los consumidores de servicio público frente a las facturaciones, mala calidad de los servicios o cualquier queja motivada por excesos o actuaciones indebidas de las empresas distribuidoras de electricidad*”. Los artículos 443 y siguientes del *Reglamento de aplicación de la ley de Electricidad*, adoptado mediante decreto No. 555-02, del 19 de julio de 2002 (*Gaceta Oficial* No. 10148) establecen los derechos del cliente o usuario titular, disposición que fue ratificada mediante decreto No. 749-02 del 19 de septiembre de 2002 (*Gaceta Oficial* No. 10173).

En la primera Resolución de fecha 5 de febrero del 2015, la Junta Monetaria estableció el *Reglamento de protección al usuario de los productos y servicios financieros*, que permite a los usuarios de servicios financieros, reclamar ante la Superintendencia de Bancos aquellas disposiciones contractuales que implican limitación, violación o renuncia a los derechos de sus usuarios.

Los arts. 14 y 37 de la *Ley que regula sociedades de información crediticia y de protección al titular de la información* No. 288-05, del 18 de agosto de 2005

legislación sectorial con atribución de competencias a órganos reguladores especiales y legislación general de protección al consumidor que incluye la creación de un organismo administrativo con prerrogativas de investigación y sanción<sup>51</sup>, sin desmedro de la competencia ordinaria de los tribunales de la jurisdicción civil para conocer de daños y perjuicios, como forma de responsabilidad civil, causados por entes privados, aún cuando los mismos ejercen actividades de servicios públicos. Su atenuación es la siguiente:

- Tanto la legislación general como la entidad administrativa creada para tales fines (Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor, PRO CONSUMIDOR) tienen un carácter supletorio y de cooperación en relación a las facultades ejercidas legalmente por órganos reguladores sectoriales, por lo cual su competencia y procedimientos administrativos adolecen de limitaciones. No obstante, la ley dispone el principio de interpretación legal favorable al consumidor, y en tal tesitura prevé, de forma expresa, que en caso de contradicción con normas sectoriales, prevalece el contenido de la normativa general de protección de derechos del consumidor, la cual es de orden público y constitucional.<sup>52</sup>

d) El Estado dominicano incorpora en su estructura de poderes un órgano constitucional y *extra* poder, de naturaleza independiente y autónoma, denominado “*Defensor del Pueblo*”, cuyo radio de acción incluye la función de contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas cuando éstos han sido violados por entidades prestadoras de servicios públicos. Aunque la normativa no limita la acción del Defensor del Pueblo a

---

(*Gaceta Oficial* No. 10332), exigen el consentimiento expreso del titular de la información para ser consultada información sobre ella.

<sup>51</sup> Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario No. 358-05, de fecha 9 de septiembre de 2005, G.O. No. 10337.

<sup>52</sup> Ver arts. 1, 2, 3 (literal “j”), 17 (literal “k”, “n” y “l”), 26 y 135 de la Ley No. 358-05 (ibíd.).

la condición pública o privada de los entes prestadores sujetos a reclamación (mediante la lectura combinada de las disposiciones constitucionales y la ley especial), las principales atenuaciones de sus prerrogativas son las siguientes<sup>53</sup>:

- El Defensor del Pueblo carece de capacidad coactiva y medios de constreñimiento contra entes prestadores de servicios públicos. Su papel es, en esencia, mediador y orientador.
- Las facultades “flexibles” del Defensor del Pueblo para requerir el buen funcionamiento de dichos entes están gravemente limitadas por disposiciones legales expresas sobre abstención de actuación<sup>54</sup> y principios *ius* administrativos de carácter imperativo, como la separación de poderes, la juridicidad, la competencia, la lealtad institucional y el ejercicio normativo del poder (también conocido como principio de vinculación positiva)<sup>55</sup>. En resumidas cuentas, el Defensor del Pueblo debe abstenerse de actuar cuando las reclamaciones sobre derechos fundamentales en materia de servicios públicos deban ser canalizadas y conocidas por otros entes públicos legalmente competentes. Que el Defensor del Pueblo se inhíba en incurrir en rivalidades y contradicciones con otros órganos del Estado que la ley ha definido como competentes, colabora con la vigencia del principio de seguridad jurídica, en la medida que la conducta de las instituciones estatales resulta más predecible conforme a sus respectivas potestades previstas en la norma.

---

<sup>53</sup> Ver Ley No. 19-01 que Crea el Defensor del Pueblo, de fecha 1ro de febrero de 2001, G.O. No. 10072, principalmente en sus artículos 1, 3, 9, 13, 14 y 17 (literal “b”).

<sup>54</sup> Ley No. 19-01 (ibíd.), art. 18.

<sup>55</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública No. 247-12, de fecha 14 de agosto de 2012, G.O. No. 10691, en sus artículos 4 y 12 (numerales 2, 3 y 14) y Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, de fecha 8 de agosto de 2013, G.O. No. 10722, en sus artículos 2 (Párrafo II) y 3 (numerales 1, 8, 10, 13, 15 y 22).

e) El Estado dominicano no reconoce en su Constitución, ni en una ley especial o general, una definición transversal de “*servicios públicos*”, pero sí establece disposiciones especiales sobre “*finalidad de los servicios públicos*”. Su texto, el cual se vale por sí mismo, dice así:

*Artículo 147.- Finalidad de los servicios públicos.* Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. Serán declarados por ley. En consecuencia:

1) El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con esta Constitución y la ley;

2) Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria;

3) La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines.

Al margen de las disposiciones constitucionales, conviene señalar que en el año 2015, mediante Decreto del Poder Ejecutivo<sup>56</sup>, República Dominicana incorporó a su glosario de términos una definición de los servicios públicos, sin embargo, la cita resulta meramente referencial, por cuanto corresponde a la ley aprobada por el Congreso Nacional declarar los servicios públicos como tales. En adición a esa falencia, dicho decreto cometió el error de

---

<sup>56</sup> Decreto No. 111-15 que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Monitoreo de la Calidad de los Servicios Públicos, de fecha 29 de abril de 2015, G.O. No. 10796.

redactar dos definiciones paralelas en la misma norma sin un criterio claro. Por un lado se refiere a los “servicios públicos” como “Toda actividad realizada por una entidad competente, pública o privada, bajo la autoridad del Estado, la cual se traduce en bienes y servicios que satisfacen en los ciudadanos necesidades de naturaleza material, intelectual y cultural, en sujeción al orden jurídico establecido”, mientras por otro lado se refiere a los “servicios públicos de calidad” como “toda actividad caracterizada por la eficiencia, eficacia y efectividad, realizada por toda entidad jurídicamente competente, asegurada, regulada y controlada por los órganos del Estado, que tiene como fin la satisfacción de la ciudadanía que lo recibe”. Y entre las novedades legales se agrega la Ley No. 47-20 de Alianzas Público-Privadas, la cual definió los “servicios de interés social” como “las actividades desarrolladas para satisfacer las necesidades de interés colectivo, incluyendo los servicios públicos”<sup>57</sup>.

Evidentemente, no todas las dudas resultan despejadas. En un primer término, podemos deducir que la Constitución dominicana apuesta por un régimen de libre competencia que grava sobre un nivel relativamente alto de permisividad en favor del Estado para el ejercicio de la intervención regulatoria en el mercado, pero jamás comparable con el grado de nacionalización, al extremo de la estatización, propia de una regresión jurídica e histórica que golpea a otros casos regionales, como sucede con Venezuela<sup>58</sup>. Pero en el plano puramente terminológico, lamentablemente, ni la Constitución dominicana, ni otras normas de menor jerarquía, advierten lo que abarcan las llamadas “necesidades de interés colectivo”, por lo que las bondades que emanan de

---

<sup>57</sup> Ley de Alianzas Público-Privadas No. 47-20, de fecha 20 de febrero de 2020, G.O. No. 10972, en su artículo 4, numeral 24.

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “La nacionalización de los servicios públicos en Venezuela”, RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, IIJ-UNAM, 2008, p. 248.

las técnicas normativas e institucionales diseñadas para optimizar, en base a principios garantistas, la operatividad práctica de los servicios públicos, no pueden exhibir una madurez plena. Para este caso de estudio, nos podemos auxiliar de autores como Marienhoff, quien exhorta a que la llamada “necesidad colectiva”, que debe ser “sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado”, resulta mejor ser denominada “necesidad general”, y por ese motivo emite el siguiente juicio: “(...) el servicio público no sólo puede existir en ciudades populosas, sino también en pequeñas aldeas o en modestas poblaciones, porque una necesidad <general> también puede existir en éstas. No veo razón alguna para que la provisión de energía eléctrica para “alumbrado” sea o pueda ser un servicio público, y no pueda serlo el de alimentación, por ejemplo.”<sup>59</sup>

Pero, ¿qué dice la jurisprudencia al respecto? El ordenamiento jurídico dominicano, como caso de estudio, también cuenta con ciertos precedentes jurisprudenciales que pueden resultar útiles para la comprensión de los servicios públicos. De acuerdo al profesor Olivo Rodríguez Huertas, la Constitución de la República Dominicana de 1994 contendría una regulación dispersa sobre diversos temas de interés para el derecho administrativo, pero recogería algunos principios esenciales, entre los cuales destacaría la continuidad de los servicios públicos, en su artículo 8, numeral 11, letra “d”.<sup>60</sup> De igual modo, cita el referido administrativista que en sentencia de fecha 3 de julio de 2001, la Suprema Corte de Justicia habría expuesto que los contratos administrativos de conce-

---

<sup>59</sup> MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. II, *Servicios Públicos. Actos de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1982, p. 7.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo Andrés, “Derecho administrativo dominicano y principios generales”, ponencia preparada para la reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Valladolid, España, publicada en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, N° 16, 2009, Uruguay, p. 108.

sión de servicios de utilidad pública e interés general están sujetos a la vigilancia y tutela del Estado.<sup>61</sup>

Posteriormente, la sentencia No. 242, de fecha 27 de mayo de 2015, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia, aportó algunos criterios de delimitación del concepto de “*servicio público*”, como veremos a continuación en citas textuales:

(...) por servicios públicos debe entenderse toda actividad que tienda a satisfacer necesidades colectivas; ahora bien, si esta actividad es cumplida por particulares, el servicio recibirá el nombre de utilidad pública, la noción de servicios esenciales es mucho más restringida, pues la misma se circunscribe a identificar un servicio cuya paralización es susceptible de poner en peligro la vida, salud, seguridad de las personas en toda o parte de la población, razón por la cual un servicio público o de utilidad pública será esencial si su paralización pone en peligro la vida, salud o seguridad de las personas, en caso contrario, no lo es del todo lo que se infiere que todo servicio esencial es necesariamente público o de utilidad pública, pero no todo servicio público o de utilidad pública es de naturaleza esencial;

(...) cuando el artículo 403 del Código de Trabajo dispone que no se permitirán huelgas en servicios de interrupción es susceptible de poner el peligro la vida, salud o seguridad de las personas en toda o parte de la población, se está refiriendo a servicios públicos y de utilidad pública de naturaleza esencial;»

(...) para sustentar su decisión los jueces del fondo hicieron uso del artículo 404 del Código de Trabajo, que contiene una lista meramente enunciativa de servicios que deben calificarse como esenciales, pues dicho texto dispone que también podrán ser catalogados como tales otros de naturaleza análoga, por consiguiente, los jueces del fondo se circunscribieron a calificar los servicios de transporte

---

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo Andrés, *op. cit.*, p. 117.

de combustible como de naturaleza análoga a los esenciales, en una interpretación del texto de ley, que aunque errónea, pues conforme a jurisprudencia firme del Comité de Libertad Sindical de la OIT, estos servicios no participaban de esta naturaleza”

Más adelante, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el disfrute del derecho al agua, en una dimensión tal, que señaló que su protección constitucional “se corresponde con la importancia que tiene este derecho, ya que de su disfrute depende la vida y, en consecuencia, todos los demás derechos”<sup>62</sup>. Del mismo modo, mediante sentencia No. TC/0372/16, de fecha 5 de agosto de 2016, estableció precedente constitucional vinculante sobre la afectación del derecho fundamental de dignidad y del consumidor en cuanto a la prestación del servicio público de electricidad. Como parte del contenido de dicha sentencia podemos citar los siguientes dos párrafos que se explican por sí solos:

(...) se puede asumir que los servicios públicos que responden a una necesidad general y cuya satisfacción no puede faltar, en razón de que su carencia puede ocasionar a los individuos una afectación en sus condiciones de vida, se enmarcan dentro del principio de respeto de la dignidad de las personas contenido en el artículo 8 de la Constitución, teniendo, por vía de consecuencia, una relación directa con los derechos fundamentales relativos a la dignidad humana, a la salud, y se deriva del derecho humano a la vivienda digna con servicios básicos esenciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución. (Subrayado nuestro).

f) Por ello, cabe afirmar que el servicio de energía eléctrica, al igual que el servicio de agua potable, es uno de los servicios públicos domiciliarios esenciales, en razón de que en la actualidad éste tiene una fuerte influencia sobre la calidad de vida de las personas, por lo que los mismos pueden ser tutelados por el juez de amparo cuando la suspensión de éstos se produzca de forma arbitraria e injustificada por parte de las empresas que lo suministran, de tal

---

<sup>62</sup> Sentencia No. TC/0289/16, del 12 de julio de 2016, punto 10 e), pág. 14.

suerte que la existencia de otras vías no resulten idóneas para evitar la consumación de un perjuicio irremediable..

Las previsiones constitucionales y jurisprudenciales han conducido a diversas exploraciones de la doctrina dominicana. Voces autorizadas de la academia local, como el profesor Calzado Reyes, han otorgado al principio constitucional de transparencia de los servicios públicos un lugar especial, ya que “en el ámbito del consumo se erige como un principio cardinal tendente a potencializar la reducción de la asimetría que se suscita entre proveedores y consumidores”<sup>63</sup>.

Ahora, visto el caso de estudio dominicano a través de sus normas y principios tendentes a materializar servicios públicos que garanticen la satisfacción de necesidades básicas, ¿cuál sería el balance general percibido? Al menos en los servicios públicos prestados por el Estado, se sufren altos índices de endeudamiento de las empresas públicas, baja eficiencia, exagerados volúmenes de empleados que quiebran todo esquema de sostenibilidad y además una absurda sobreinversión, problemas que tiene origen común en los criterios político-partidarios en la selección de las cabezas responsables de dirigir las gestiones de los servicios<sup>64</sup>. El mismo Banco Mundial no ha sido ajeno a esta realidad, divulgando mediante un estudio que República Dominicana “presenta deficiencias en la calidad de los servicios públicos en áreas de educa-

---

<sup>63</sup> CALZADO REYES, Máximo: “Principio de transparencia”, artículo publicado en el periódico *El Caribe*, puede ser consultada en el portal <<https://www.elcaribe.com.do/2016/07/14/principio-transparencia/>> (14 de julio de 2016).

<sup>64</sup> BLANCO PERALTA, Pedro, “Regulación constitucional de los servicios públicos en República Dominicana”, *Revista de Derecho Administrativo*, Perú, Círculo de Derecho Administrativo, núm. 12, 2012, p. 113, 117 y 120.

ción, salud, electricidad y provisión de agua potable con relación a los estándares regionales<sup>65</sup>.

En un análisis más amplio que apueste a la objetividad, y no se restrinja únicamente a República Dominicana como caso de estudio, quizás resulte idóneo visualizar las falencias y las ventajas de un mayor o menor grado de intervención del Estado en todo el arco de modalidades mínimamente compatibles con una economía capitalista y un régimen democrático de Estado de derechos: a) monopolio estatal de servicios esenciales para garantizar la protección de la dignidad humana, b) delegación y regulación sectorial con base común en la protección del consumidor y la promoción de la competencia libre y leal, y c) privatización integral.

En una publicación de 1991 de la revista *Harvard Business Review*, los profesores Loveman y Goodman examinaron estas tendencias de la siguiente forma<sup>66</sup>: en teoría, estimular la actividad privada logra aumentar la eficiencia de costos y la calidad, al tiempo que reduce los impuestos, aligera la carga de personal gubernamental y conecta mejor con la satisfacción del cliente. En el otro extremo, las potenciales desventajas de la privatización residen en la desconfianza generada por la falta de escrúpulos de un sector privado encabezado por empresarios sin anclaje ético, dispuestos a incurrir en prácticas corporativas en búsqueda de lucro ajeno a la responsabilidad social. ¿Posible solución? Una privatización pragmática en que lo central no sea la titularidad pública o privada, sino, responder a la interrogante de cuáles condiciones son requeridas para que los administradores de los servicios actúen en favor del interés público. A esta salida podemos añadir otros

---

<sup>65</sup> “Banco Mundial revela deficiencias del país en calidad de servicios públicos”, noticia publicada en la sección “La República” del periódico *Listín Diario*, en fecha 16 de octubre de 2014, Santo Domingo, República Dominicana.

<sup>66</sup> GOODMAN B., John y LOVEMAN W. Gary, “Does Privatization Serve the Public Interest”, *Harvard Business Review*, Estados Unidos, sección de Economía, noviembre-diciembre, 1991.

planteamientos, como el aprovechamiento tecnológico y la especialización, la capacitación y la sensibilización del factor humano en la prestación transparente del servicio público<sup>67</sup>, como muestra de buena y uniforme gobernanza de un Estado funcional que, en su papel prestador o regulador, provee bienestar social a la comunidad y, en consecuencia, se legitima a sí mismo.<sup>68</sup>

Naturalmente, el debate no se circunscribe de forma tan simple a un repertorio taxativo de remedios que se ajusten universalmente al cometido constitucional de cada Estado en su propia arquitectura jurídica. Por ejemplo, si el Estado tiene la obligación de asegurar determinados servicios esenciales, el debate subyacente sería si “asegurarlos” y “prestarlos” serían, en la práctica, sinónimos disfrazados<sup>69</sup>, y esa respuesta radica, aparentemente, en una interpretación constitucional y legal. Sin embargo, enfatizamos que la respuesta que ofrece el Derecho es aparente, y lo es porque es incompleta mientras no se acompañe de una ponderación económica con preguntas como “¿qué empresa asumiría el suministro eléctrico a zonas más despobladas (por ejemplo, rurales) o más desfavorecidas?; ¿qué empresa asumiría los intercambios aéreos o marítimos con zonas insulares de baja población?”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> SERRANO MIGALLÓN, Fernando, “La revalorización del servicio público a partir de una política plural”, CIENFUEGOS SALGADO, David y Gerardo RORDRÍGUEZ LOZANO, Luis, (coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, 2008, pp. 685, 689 y 690.

<sup>68</sup> PAVÓN ROMERO, Yuri, “Servicios públicos, legitimadores de los sistemas democráticos estables”, CIENFUEGOS SALGADO, David y Gerardo RORDRÍGUEZ LOZANO, Luis, (coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 501, 505.

<sup>69</sup> MORENO VELÁZQUEZ, Carolina, “El trasfondo ideológico de los servicios públicos”, ECHEVERRÍA MOLINA, Judith Sofía (comp.), *Servicios públicos domiciliarios*, Colombia, Editorial Universidad del Norte, 2018, p. 40.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda, “El servicio público en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7 - 2º semestre 2004, Madrid, Editorial Constitución y Leyes, p. 93.

En definitiva, es probable que el mejor análisis no se limite a querer construir la definición perfecta de servicios públicos, esenciales y domiciliarios, o el alcance definitivo de lo que comprende el interés general, colectivo y de utilidad pública. Quizás, también, no se trate de aplicar una fórmula única de gestión pública para el manejo de las intervenciones monopólicas o de las regulaciones sectoriales, pues a final de cuentas, todo acto del poder público sobre el mercado y los consumidores genera, en mayor o menor medida, ciertas restricciones de libertades individuales, e indagar sobre qué tan agraviantes o no son esas restricciones para la democracia y la economía de libre mercado, cae en el plano de las percepciones ideológicas puramente subjetivas. El consenso conceptual, por tanto, es un camino laberíntico, razón por la cual es preferible visualizar comunes denominadores, tal y como se ha advertido al inicio del presente texto. No obstante, en la invitación a reflexionar sobre comunes denominadores reposan espacios que admiten avances conceptuales como, en este caso, la incorporación de un método: que la articulación de toda política pública, en términos de servicios públicos, sea sometida a una auditoría de compatibilidad con la dignidad humana intrínseca de los derechos humanos más esenciales<sup>71</sup>. En tal escenario, cualquier acto de intervención estatal, que por su propia naturaleza implica una cierta conculcación de los derechos de libertad de empresa, asociación y competencia, debe estar destinado a asegurar la protección de Derechos Fundamentales básicos para la materialización de la vida digna del ciudadano y la comunidad, y tal garantía debe concretizarse por medio de la satisfacción de actividades prestacionales, ya sea de forma directa (por el Estado) o indirecta (delegada en entes privados regulados), siempre y cuando respondan a las mismas características de igualdad, equidad, universalidad,

---

<sup>71</sup> Ver como referencia otro planteamiento similar: BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Servicio público y derechos fundamentales”, *Revista Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 21, 2003, 2006.

accesibilidad, continuidad y transparencia frente a la vigencia de los derechos del consumidor o usuario, sin importar la titularidad del bien o servicio.

El progreso jurídico y económico de las actividades del servicio público depende, en conclusión, no de una definición antonomástica, o del tipo de gestión de políticas públicas más liberales o conservadoras sobre el mercado, sino, de la colocación de los derechos fundamentales de la ciudadanía como los legítimos protagonistas y centrales destinatarios de las prestaciones de calidad. Ya sea que la modalidad del servicio sea directa o indirecta, resulta imperativo que su prestación sea sostenible, tanto en la ejecución transparente y sin clientelismos de los recursos públicos administrados por el Estado, como en la razonable, equitativa, asequible y fiscalizada comercialización por parte de entes privados, por cuanto la explotación de un servicio público debe ser lucrativa, pero nunca a costillas de la dignidad humana.