

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

Servicios públicos en Ecuador

Tensiones entre estatismo y liberalismo

Francisco Javier Albuja Varela

Tutor: Guido Andrés Abad Merchán

Quito, 2024

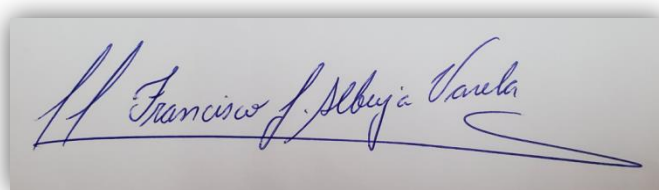


Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Francisco Javier Albuja Varela, autor del trabajo intitulado “Servicios públicos en Ecuador: tensiones entre estatismo y liberalismo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

23 de mayo del 2024

A rectangular box containing a handwritten signature in blue ink. The signature is cursive and reads "Francisco J. Albuja Varela".

Firma: _____

Resumen

Los servicios públicos son instituciones jurídicas, económicas e históricas variadas y complejas, con numerosas posturas doctrinarias que han provocado una serie de tensiones teóricas en cuanto a conceptos, naturaleza, finalidades, entre otros. Tales tensiones se han detectado con especial énfasis al momento de revisar y analizar modelos estatistas y liberales de su administración y gestión. El objetivo de esta investigación fue detectar, analizar y resaltar cómo estas tensiones provocadas históricamente inciden e incidirán en el futuro al movimiento pendular jurídico en los antedichos modelos. Utilizó los métodos analítico, comparativo e histórico. Tomó como punto de partida la doctrina de Burdeos, y se transitó a criterios desarrollados por la de Toulouse. Revisó las conexiones teóricas entre el constitucionalismo social y los derechos vinculados a servicios públicos; asimismo, el auge y la crisis del Estado de Bienestar, comparándolo con la fase histórica posterior, esto es, con la relacionada con la liberalización, el mercado y la globalización de dichos servicios. Luego, revisó tensiones en la construcción actual del concepto de servicio público, desde la *ductilidad*, la *publicatio* y la delegación al sector privado de las actividades esenciales, tanto industriales como comerciales. Analizó y comparó doctrinas de servicios públicos en los fenómenos de integración supranacional, concretamente en la Comunidad Andina. Finalmente, examinó y comparó las constituciones políticas ecuatorianas expedidas desde 1897 hasta 2008, revisando en cada caso el régimen jurídico y económico de los servicios públicos. Aquello, de acuerdo con la doctrina jurídica-económica proporcionada por autores ecuatorianos. Como último punto, se revisó el régimen jurídico vigente de varios servicios públicos, respecto a la posibilidad –o no– de delegar tales actividades al sector privado, así como su régimen administrativo de regulación y control. Como conclusión principal, determinó que las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo deben ser liberadas desde la órbita constitucional y económica para que cada servicio público, según su naturaleza, resulte más eficaz en cuanto a su prestación dentro del marco cooperativo y el mercado.

Palabras clave: servicios públicos, derecho administrativo económico, tensiones teóricas, estatismo, liberalismo, constitucionalismo histórico, supranacionalidad, globalización

Agradecimientos

Mi agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, en las personas de su rector César Montaña Galarza y de su directora del Área de Derecho y coordinadora del programa de doctorado en derecho, Claudia Storini.

A Francisco William Albuja M. y a Alicia Magdalena Varela N., mi padre y mi madre, por su amor y su fe. Por hacer todo para sentar las bases humanas, personales y profesionales que me han permitido cumplir, hoy y siempre, con todos los proyectos que me he planteado.

Al doctor Andrés Abad Merchán, tutor de esta tesis doctoral, por sus valiosos aportes, críticas y comentarios en este trabajo. De igual manera al profesor Juan Carlos Mogrovejo, revisor de esta investigación quien sumó y aportó con elementos teóricos en mejora de este producto final.

Finalmente, gracias a quienes desde su inicio creyeron en este proyecto académico, así como a quienes me acompañaron, me dieron aliento durante este viaje y la fuerza para llegar al destino.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero: Las nociones teóricas sobre servicios públicos entre los siglos XIX y XX: sus primeros fundamentos jurídicos	15
1. Primeras nociones sobre servicio público: las escuelas de León Duguit y Maurice Hauriou.....	15
1.1. León Duguit y la Escuela de Burdeos.....	15
1.2. Maurice Hauriou y la Escuela de Toulouse	38
2. Estado, administración pública y constitucionalismo social: expansión de la noción de servicio público hacia el Estado social, el Estado de bienestar y la crisis... 46	46
2.1. Estado social	49
2.2. Estado de bienestar	64
3. Crisis del Estado de bienestar: transición de la noción teórica de servicios públicos desde el estatismo hacia la liberalización.....	84
Capítulo segundo: Servicios públicos: de las nociones teóricas a las tensiones en la construcción actual y futura del concepto	107
1. Tensiones en la construcción conceptual actual de los servicios públicos	107
1.1. Tensiones entre los fenómenos de ductilidad y la <i>publicatio</i> : armonizar	110
1.2. Tensiones entre el Estado y la delegación al sector privado de las actividades de interés general: soltar.....	119
1.3. Tensiones entre lo público, lo industrial y lo comercial: permeabilizar a través de lo esencial	134
1.4. Tensiones en la construcción conceptual futura de los servicios públicos	150
2. El concepto de servicio público en el derecho supranacional comunitario y la globalización: el caso de la Comunidad Andina	172
Capítulo tercero: Servicios públicos en Ecuador, tensiones.....	207
entre estatismo y liberalismo	207
1. La cuestión constitucional histórica y económica como provocante de las tensiones teóricas de los servicios públicos	207
2. El siglo XX, primera parte: entre 1897 y 1979.....	213

3. Un nuevo milenio: navegando entre el siglo XX y el siglo XXI con la Constitución de Sangolquí de 1998 y la Constitución de Montecristi de 2008	241
4. Hallazgos específicos sobre la delegación al sector privado de servicios públicos de acuerdo al marco normativo infraconstitucional	283
Conclusiones.....	295
Bibliografía.....	301

Introducción

Esta investigación estudia los servicios públicos como categorías jurídicas, económicas e históricas. Se enmarca en preceptos teóricos de derecho público, concretamente de derecho administrativo económico, administración pública, derecho constitucional e historia del derecho. La exposición y desarrollo de los conceptos abordados se realizan a partir de doctrina extranjera y nacional, especialmente desde esquemas de pasado, presente y futuro de la construcción de aquellos conceptos de servicio público.

Las tensiones teóricas se encuentran expuestas desde el inicio de la investigación y pueden ser evidenciadas durante todo su recorrido, mediante métodos de análisis y contraste. En sí, la investigación intenta responder a la pregunta: ¿en qué medida las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo de los servicios públicos han contribuido, contribuyen y contribuirán en el futuro a la satisfacción plena de necesidades de interés general?

La justificación que circunda esta interrogante viene dada principalmente en función de la naturaleza compleja y variable de los conceptos de *servicio público*. Desde el enfoque jurídico, la construcción de aquellos cuenta con varias vertientes: históricas, económicas, jurídicas, polisémicas y sistémicas. En éste confluyen, además, factores tan diversos desde la capacidad económica de los estados para atenderlos, hasta fenómenos actuales tales como la globalización; desde su función social e histórica hasta la rigidez constitucional normativa que los determina, califica y regula; desde la visión de administración pública nacionalista hasta su liberalización económica en el mercado fronterizo junto al influjo de la supranacionalidad.

En este marco de variables, la cualificación normativa de servicio público como tal, parece insuficiente en los propósitos de esta investigación dadas las tensiones teóricas halladas. Aunque, paradójicamente, la investigación parece dar cuenta como resultado que es el derecho *legal* quien cuenta con la última palabra al momento de promover –o no– dichas tensiones.

Los objetivos que se han planteado en esta investigación son los siguientes: primero, analizar el desarrollo de teorías jurídicas de los servicios públicos y compararlas entre sí. Para tal efecto, en el primer capítulo –que contiene principalmente

el estado del arte y el marco teórico que permite iniciar la investigación— se ha tomado como punto de partida las ideas desarrolladas a finales del siglo XIX en Francia por León Duguit y la denominada Escuela de Burdeos, cuya corriente doctrinaria es ampliamente conocida como la fundadora de la teoría de los servicios públicos en el derecho administrativo.

A partir de aquello, se avanzará hacia la revisión de los postulados de la doctrina de Maurice Hauriou, misma que contraponía cuestiones teóricas a la doctrina de Burdeos, especialmente desde el enfoque de la soberanía estatal y el poder del Estado. Luego, por coincidir con la primera cuarta parte del siglo XX, se examinan los efectos teóricos de algunas corrientes del constitucionalismo social y su influjo en los estados, especialmente dada la relación que existe entre el reconocimiento de ciertos derechos con la satisfacción de aquellos mediante servicios públicos.

A continuación, respecto del avance del desarrollo doctrinal de los derechos y su complemento con determinados servicios, se revisan condiciones históricas que contribuyeron en el desarrollo del Estado de bienestar en el marco del crecimiento exponencial de la actividad pública y el intervencionismo del Estado en la economía.

En este objetivo, finalmente se repasan ciertos contextos que caracterizaron la crisis del Estado de bienestar y la puesta en marcha de modelos tendientes a la liberalización de los servicios mediante, entre otras formas, la reducción del tamaño del Estado a partir de la implementación de corrientes teóricas tales como el denominado neoliberalismo, así como su impacto en las teorías de los servicios públicos.

El segundo objetivo, descrito en el segundo capítulo, se circunscribe al análisis actual del concepto de servicio público a partir de varias tensiones teóricas expuestas por autores contemporáneos, quienes en varios casos han generado sus doctrinas desde la experiencia histórica.

De esta manera, el segundo capítulo trae a colación la cuestión de la *ductilidad* y la *permeabilidad* en la construcción del concepto. Se abordarán temas relacionados a las técnicas administrativas de cualificación legal y a la titularidad estatal de tales actividades. Se destaca la importancia del principio de la subsidiariedad como método liberador de tensiones teóricas y a la necesidad de los estados de promover la libertad económica de los administrados.

Seguidamente, se examinará el criterio de esencialidad como componente principal de las actividades de interés general y se cuestiona el precepto de la universalidad por inducir a confusiones teóricas entre servicios públicos y derechos. En

el análisis de la construcción futura del concepto, se abordará el fenómeno del integracionismo como respuesta a la influencia de la globalización, tomando para tal efecto el caso de la Comunidad Andina. Así también, se comparará el tratamiento constitucional de los servicios públicos desde las cartas políticas de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, con el propósito de evaluar niveles de apertura jurídica para la gestión comunitaria de dichos servicios.

El tercer y último objetivo de esta investigación analiza el fenómeno jurídico de las tensiones entre estatismo y liberalismo en el tratamiento jurídico de los servicios públicos, específicamente en Ecuador. Para tal efecto, se efectuará una revisión histórica y comparativa, así como teórica, de los textos constitucionales que han estado vigentes en Ecuador desde el año 1897, transcurriendo por aquellas vigentes en el siglo XX y finalmente la Constitución de Montecristi de 2008.

Se observará cómo teorías de servicios públicos revisadas en el primer capítulo de esta investigación, son insertadas –directa e indirectamente – en varios de los textos constitucionales analizados. Esto a la luz del constitucionalismo social, de características de los estados de bienestar, especialmente en el aumento ostensible de empresas públicas y, concretamente en la década de los 1990s, sobre el impacto de la liberalización económica y la privatización en el modelo normativo y económico ecuatoriano.

Existirá un especial énfasis comparativo de las constituciones de 1998 y 2008, por cuanto, según buena parte de la doctrina, estos textos constitucionales son sensiblemente opuestos respecto del tratamiento económico de los servicios públicos y del rol del Estado en la economía.

Finalmente, se realizará el abordaje jurídico sobre el tratamiento de ciertos servicios públicos en Ecuador a partir de la expedición de cuerpos legales emitidos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 2008. En este análisis, se verificará, servicio por servicio, si las tensiones teóricas analizadas en los capítulos precedentes se expanden para el caso ecuatoriano o si resultan favorables a un modelo, más bien, de cooperación y coexistencia jurídica–económica entre el Estado y el mercado de los servicios públicos.

Esta investigación se ha realizado mediante la utilización de los métodos analítico, comparativo e histórico, sin perjuicio de que eventualmente se haya hecho uso de otras técnicas metodológicas secundarias. Con todo aquello, se han obtenido varios hallazgos. De entre estos, conviene destacar, en primer lugar, la ineludible relación

simbiótica entre derecho, economía e historia en la construcción actual y futura del concepto de servicio público, tanto local como foráneamente.

Así también, se ha encontrado cómo las necesidades de interés general dependen de diversos factores, principalmente de la cualificación legal de dicha necesidad como tal; así también la función del paradigma de la *publicatio*, aunque éste pudiere ser catalogado como anticuado por sectores de la doctrina que finalmente sigue siendo un baluarte conceptual en cualquier doctrina de servicios públicos.

En igual sentido, el análisis de las tensiones teóricas ha dado como resultado la necesidad, cada vez más, de reducir la retórica discursiva contra conceptos jurídico-económicos tales como el neoliberalismo y promover la creatividad en los modelos económicos de los servicios públicos del futuro.

Finalmente, como hallazgos conviene resaltar que el caso ecuatoriano da cuenta de cómo las diversas tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo se han plasmado en modo variopinto en sus textos constitucionales y en sus normativas. En ningún caso, los modelos económicos resultan completamente dicotómicos, evidenciando así una coexistencia entre Estado y mercado que promueve, en sí mismo, las tensiones teóricas analizadas durante esta investigación.

Capítulo primero

Las nociones teóricas sobre servicios públicos entre los siglos XIX y XX: sus primeros fundamentos jurídicos

1. Primeras nociones sobre servicio público: las escuelas de León Duguit y Maurice Hauriou

1.1. León Duguit y la Escuela de Burdeos

Existe cierto consenso en reconocer que las primeras nociones teóricas sobre servicios públicos, aunque no exclusivamente,¹ fueron desarrolladas principalmente en la Europa del siglo XIX, aproximadamente un siglo después de los eventos de la Revolución Francesa. Concretamente, por representantes de la denominada *Escuela de Burdeos*, aunque tal como se anticipa, cierto sector de la doctrina refute tal planteamiento.² Entre los autores que expresan el conceso, se encuentra Gordillo para quien:

La noción de *servicio público* floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo la relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia contencioso-administrativa, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, etc.³

¹ Jorge Fernández Ruiz, “Disertación sobre el servicio público”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 13 (I semestre de 2010): 5–21. Explica el autor: “Juan Jacobo Rousseau acuñó en Francia la locución servicio público, empleado en su libro *El contrato social*, y, en el siglo XIX, la idea del servicio público apareció en el ámbito jurisprudencial francés, como un subproducto del deslinde de competencias. En España fue también un producto marginal, originado al regularse la desamortización de los bienes eclesiásticos. Un aporte importante para el desarrollo definitivo de la noción del servicio público lo constituyen sin duda alguna las conclusiones del comisario de gobierno David y el correspondiente *arrêt* Blanco del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873”, 10.

² Juan Carlos Cassagne, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación* (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2005). Sostiene el autor: “Ahora, con relación a la denominada teoría del servicio público, en un trabajo anterior sostuvimos que resulta erróneo atribuir a Duguit la paternidad de dicha teoría. Más aún, el servicio público no recibe una sola impronta ideológica, y constituye una técnica instrumental que, como categoría histórica – constitucional, traduce una dialéctica entre Sociedad y Estado. En la misma línea, ha señalado recientemente Meilán que, aun cuando resulta en cierto modo paradójico, el origen de la noción doctrinaria de servicio público pertenece al decano Hauriou”, 55.

³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 2ª ed., vol. 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 399.

Rodríguez-Arana, a partir de ciertas conexiones teóricas del derecho administrativo con el derecho constitucional, explica que el servicio público es un tema clásico del derecho Administrativo en tanto sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de esta disciplina.

Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del servicio público, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público”.⁴

Bernal conecta su criterio con el análisis que más adelante se efectuará respecto de la relación de las primeras nociones de los servicios públicos con el denominado *fallo* (sentencia) *Blanco* de 1873. Este autor expone:

La noción de servicio público comenzó a configurarse en la dogmática jurídica sólo a partir de la jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX, y en concreto, tras el renombrado ‘fallo Blanco’ de 1873. Antes de este fallo, de conformidad con el artículo 13 de la ley 16 de 1870, se consideraba que el control judicial de los actos de la administración estaba excluido, razón por la cual, ningún tribunal podía cuestionarlos. La importancia del *fallo Blanco* radica en que asumió una postura opuesta. Señaló que el Estado podía ser jurídicamente responsable por la prestación de los servicios públicos. Asimismo, definió el régimen aplicable y la jurisdicción competente para conocer este tipo de asuntos. Este pronunciamiento reconoció dicha competencia al Consejo de Estado y a la jurisdicción administrativa.⁵

De su lado, Mantilla complementa lo señalado *ut supra*, tanto por Gordillo como por Rodríguez-Arana y también por Bernal, explicando que la noción jurídica de servicio público “tiene su base originaria en el derecho administrativo francés, desde donde se irradia a otros ordenamientos jurídico-administrativos, básicamente, algunos de la Europa continental y de América Latina que recibieron la influencia directa del quehacer *iusadministrativo* de Francia [...]”.⁶

Así también y por su lado, Marín ofrece un contexto de los momentos históricos puntuales respecto de la ubicación histórica de los planteamientos iniciales en cuanto a las teorías de los servicios públicos. Así lo presenta:

La concepción del momento histórico que se describe en la cita contextualizada, ideológicamente, la noción de servicio público en su génesis: los ideales liberales de las

⁴ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009), 211.

⁵ Carlos Bernal Pulido, “El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Letras Jurídicas* 10, n° 1 (2005): 105–41, 106 y 107.

⁶ Andry Mantilla Correa, “Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, en *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, Biblioteca Jurídica Virtual (México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2008), 383–449, 386.

revoluciones del siglo XIX, la delimitación de la esfera pública y la privada, el control de legalidad a que comienza a someterse la administración, su legitimación ante los asociados mediante actuaciones desde el servicio público, la formación de un derecho que regula las potestades de una administración que no había sido controlada y juzgada más que por la fuerza y las revoluciones populares. En este contexto se inscribe la noción clásica de servicio público, que determinó las actuaciones de la administración y el régimen de derecho público. Y según se ha planteado, parte de la doctrina clásica francesa estructuró una ecuación de este tipo: servicio público es igual a función administrativa. Es decir, que reducía el derecho administrativo a la teoría del servicio público. De esto se encargó especialmente la llamada Escuela del Servicio Público o Escuela de Burdeos, de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En esta época la noción de servicio público halló un esplendor sin precedentes, que, como lo plantea Lares Martínez, solo duró hasta los años posteriores a la segunda guerra mundial.⁷

Entre los consensos aquí expuestos, se observa cómo destaca la figura del profesor francés Pierre Marie Nicolás León Duguit (1859–1928), conocido comúnmente como León Duguit.

Los aportes de Duguit a la ciencia jurídica, particularmente al derecho constitucional y a la noción teórica de los servicios públicos fueron en su debido momento fundamentales. Es necesario aclarar que dichos aportes han sido objeto de cambios y mutaciones en el transcurso del tiempo en sindéresis con la evolución del derecho y la tecnología.

No obstante, las ideas plasmadas desde la Escuela de Burdeos, de la cual se considera su fundador y su más insigne representante, sentaron importantes bases doctrinarias fundamentales de las teorías futuras de los servicios públicos en las décadas posteriores.



Figura 1. León Duguit (Libourne, 1859–1928 Burdeos, Francia). Precursor, fundador y decano de la Escuela de la Facultad de Derecho de Burdeos, Francia. Imagen: autor desconocido

⁷ Fabián Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios* (Bogotá: Temis S.A., 2010), 12 y 13.

Los criterios que otorgan a León Duguit un rol protagónico y de liderazgo en la influencia de la Escuela de Burdeos para el derecho político, constitucional y administrativo modernos son, como se ha indicado, coincidentes. Santofimio Gamboa, por ejemplo, ubica al rol de Duguit como un “papel articulador y formador de la concepción jurídica de los servicios públicos como columna básica y estelar del concepto del Estado y la soberanía [...]”.⁸

De su lado, Pérez considera que Duguit estableció al “servicio público como la base, no solo del derecho administrativo, sino del derecho público”,⁹ mientras que, para Barreto, el discurso teórico de Duguit comenzó “al manifestar que los conceptos de soberanía y de derecho subjetivo en cabeza del gobierno resultan anacrónicos después de la Revolución Francesa, porque van en contravía de sus fundamentos y fines”.¹⁰

En coincidencia con los criterios vertidos, Linde Paniagua expone también el papel de Duguit en la construcción de las primeras nociones escritas sobre servicios públicos y respecto de aquello expresa:

Duguit está asociado históricamente con la formulación del *service public*, probablemente, la más brillante del siglo XX, que para este autor se trata de toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque ello es indispensable para la realización y el desarrollo de la independencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza del Estado.¹¹

El pensamiento de Duguit, denominado doctrinaria y frecuentemente también como la “Escuela de servicios públicos” por, entre otros, Matías Camargo, contiene una teoría política y constitucional que la sustenta. Tal propuesta teórica “se trata de una

⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 5 (junio de 2011): 43–86, 50 y 51.

⁹ Efraín Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., vol. Tomo II (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 216.

¹⁰ Antonio Alejandro Barreto Moreno, “La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta”, *Opinión Jurídica* 10 (diciembre de 2011): 65-84, 70.

¹¹ Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4ª ed. (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Colex, 2012). Añade el autor respecto del segundo: “Hauriou es, sin duda una de las figuras del pensamiento jurídico – administrativo que mayor influencia ha tenido en los estudiosos españoles. Hauriou, a través de su *Précis de Droit Administratif*, cuya primera edición data de 1892, fue el primer sistematizador de la materia administrativa, en torno a ideas dogmáticas generales, superando la visión caótica y meramente acumulativa que hasta entonces había dominado en la doctrina francesa, lo que tiene lugar fundamentalmente a través de los prefacios de las tres primeras ediciones de su *Précis*”, 57 y 58.

teoría del Estado, fundada en la solidaridad entre las clases sociales, con apropiación individual de la riqueza y con una crítica severa al individualismo propietario”.¹²

La idea de Matías Camargo conlleva a alertar que entre sus características principales, el planteamiento de la Escuela de Burdeos, en primer lugar, toma distancia respecto del paradigma del Estado liberal de Derecho, propio de la Revolución Francesa, esto es, aquel abstencionista y de potestades de policía para conservar el orden público.

Así lo explica Roldán en el contexto de la doctrina de los servicios públicos y dice que se adquiere “conciencia de que la intervención prestadora de la Administración es un instrumento útil y necesario para superar la mera igualdad formal o ante la ley y profundizar en su significado de igualdad real o material en las condiciones de vida”.¹³

En su momento, Duguit formulaba que aquella naciente noción teórica del servicio público del siglo XIX sustituía al concepto de soberanía de fundamento del derecho público.

De allí que se le atribuye a este jurista una postura más constitucional que administrativa y, por ende, con mayor promoción de una teoría de Estado y no necesariamente de derecho administrativo, esto es, una nueva noción de servicio público que cambiaba el fundamento político y jurídico nacido de la referida Revolución Francesa de 1789.

De acuerdo con tal noción, el derecho público posterior a la revolución se sostenía legítimamente desde el concepto de nación¹⁴ y Duguit precisamente

¹² Sergio Roberto Matías Camargo, “La Teoría del Servicio Público y las Telecomunicaciones”, *Diálogos de saberes* N°. 38 (junio de 2013): 43–62. Continúa el autor: “La propiedad privada capitalista ya no se concibe como un derecho absoluto del titular, sino como una situación que le impone obligaciones y una función social. Es el origen de la teoría de la función social de la propiedad, fundamento del Estado capitalista de Bienestar, posteriormente llamado Estado Social; y todo parece indicar que en los textos de León Duguit (1908) es la primera vez que aparece documentada esta teoría política y constitucional”, 46.

¹³ Áurea Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, en *Derecho Administrativo Económico* (Madrid: Lerko Print S.A., 2000), 17–56. Señala la autora: “La Administración va a asumir así la prestación de servicios asistenciales (beneficencia, sanidad, educación...) antaño proporcionados por la Iglesia y al calor de las grandes inversiones que requería la puesta en marcha de los nuevos avances técnicos (ferrocarril, electricidad, teléfono...), asumirá igualmente la titularidad de servicios de carácter económico de gran magnitud. La conceptualización jurídica del servicio público vendrá a posteriori, a raíz de los desarrollos efectuados en Francia por el Tribunal de conflictos y el Consejo de Estado. Sus aportaciones arrancan, esencialmente, de la búsqueda de un criterio que justificase la atribución al juez contencioso - administrativo - frente al ordinario - de la competencia para conocer de las cuestiones atinentes a la actuación de la administración”, 20.

¹⁴ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado* (Granada: Comares, S.L., 2007), 19.

comprendía las razones por las cuales en su debido momento de la historia se dotó de legitimidad de origen al Estado–nación.¹⁵

Justamente, al comprenderlas las censuraba, calificándolas como *dogmas*, como *fe religiosa* y como *mito*. Así, en modo frontal, para Duguit, la soberanía simplemente no existía,¹⁶ aunque no dejaba de reconocer otros eventos sociales y políticos que también cuestionaban el *dogma* revolucionario de la soberanía nacional.

Muñoz explica que Duguit logró resumir en su pensamiento dos hechos concretos como los más relevantes en tal contexto:

1. ° [Que] la soberanía nacional implica una correspondencia exacta entre el Estado y la nación; pero con frecuencia en realidad esta correspondencia no existe. 2. ° [Que] la soberanía nacional es, por esencia, una e indivisible; implica la supresión en el territorio nacional de todas las colectividades existen en los países descentralizados y en los países federales.¹⁷

Los cuestionamientos a una inexistente correspondencia entre el Estado y la nación influyeron drásticamente en el pensamiento del *arquitecto*¹⁸ Duguit. A la luz de sus ideas, el ejercicio del poder del Estado por sobre otras colectividades nacionales que compartían un territorio impedía legitimar, en los hechos, tal correspondencia.

¹⁵ Duguit sostenía que: “El fundamento del Derecho público nacido de la Revolución, se encuentra de este modo definido y determinado su origen histórico. La nación es una persona titular del derecho subjetivo de poder público, del poder de mando o soberanía. El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el derecho público (el *Staatsrecht* de los alemanes) es el Derecho del Estado; es decir, el conjunto de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones con las demandas personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados. (...) Este concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el Derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de una filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus”, 9.

¹⁶ Véase Santiago Muñoz Machado, *Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 4ª ed., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 20.

¹⁷ *Ibíd.*, 12.

¹⁸ Véase Santofimio Gamboa, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”. Este autor califica a Duguit como el *gran arquitecto* y señala: “Desde la perspectiva doctrinal, y no obstante las profundas críticas que sobre sus trabajos se han formulado, el más destacado constructor de esta teoría de los servicios públicos fue el profesor León Duguit, quien a través de su densa obra avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación del servicio público, como objeto exclusivo de atribución y gestión administrativa, desarrollando toda una concepción sociológica del Derecho y del Estado, con amplias repercusiones en el mundo jurídico de su época; en esencia positivista, frontera del individualismo y subjetivismo jurídico, la economía clásica, el orden metafísico y, principalmente, en su país, de las ideas inspiradoras de la teoría de las prerrogativas públicas y del concepto “poder público” como determinantes del Estado, la administración y por lo tanto del Derecho público Administrativo por aquellos años. Para Duguit el Derecho contenía la fuerza virtual de ser el gran constructor de la vida social, encausando, en consecuencia, su pensamiento, en lo que se dio en llamar como la doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho, profundamente poseída, sobre todo, de análisis social, al igual que de elementos psicológicos, jurídicos y políticos”, 56 y 57.

La teoría de la soberanía nacional devenía en inaplicable porque el poder público, según Duguit, no podía imponerse más que a los miembros de la nación que lo detenta. Añadido a aquello, el *mito* de la soberanía nacional se veía derrumbado por ser irreconciliable con la descentralización y el federalismo,¹⁹ así como por su impotencia para proteger al individuo contra el despotismo.²⁰

Sobre este último aspecto, Duguit mostraba, en parte, su pensamiento liberal en tanto no resultaba suficiente para él que la soberanía de la ley se reconociera como mera forma de reemplazo a la soberanía monárquica, sino que aquella *rule of law* tampoco debía ser usada como medio despótico, concretamente desde el monopolio parlamentario.

Tal abandono o morigeración sobre la primacía de la ley escrita, en términos de Cassagne, favoreció al auge de los principios generales del derecho administrativo²¹ de inicios del siglo XX.

En tal formulación, la inexistencia de correspondencia entre Estado y nación, más bien derivó en otro producto jurídico –pragmático y sociológico–, esto es, la relación entre Estado y sociedad.

¹⁹ Ibid. Explicaba Duguit: “Siendo la soberanía una e indivisible, como la persona nación que de ella es titular, los mismos hombres y el mismo territorio no pueden estar sometidos que a un solo poder público. Siendo la nación una persona y siendo su voluntad el poder político soberano, concentra en sí todo el poder, y no puede haber en el territorio nacional otros grupos que tengan parte alguna de soberanía. [...] En la doctrina según la cual la soberanía es un Derecho de poder de que es titular una colectividad, la descentralización por región, la única a que nos referiremos por el momento, es un sistema en el cual ciertas colectividades locales, cuyo nombre y carácter varían según los países, son titulares de algunas prerrogativas de la soberanía, ejercidas por órganos y por agentes considerados como los representantes de la colectividad local y cuya actividad se halla más o menos estrechamente intervenida por la autoridad superior. [...] Mas a pesar de todo, eso es absolutamente contrario a la concepción de la personalidad única e indivisible de la nación y a la de la soberanía que se enlaza con ella indisolublemente. Se dice tratando de conciliar esos contrarios, que el Estado nacional concede voluntariamente una parte de su soberanía, que él mismo determina la extensión de esta concesión, que puede retirarla siempre, conservando así la soberanía en su indivisible totalidad. Lo cual no impide que mientras dure esta concesión haya en el territorio nacional una persona de poder público que posee algunas prerrogativas de la soberanía y que forma como un fragmento de la personalidad nacional. Ahora bien, es en absoluta inconciliable con la unidad y la indivisibilidad de la soberanía”, 13.

²⁰ Ibid. Sostenía Duguit que: “La doctrina de la soberanía ha sido siempre, en la teoría y en la práctica, una doctrina de absolutismo. Desde el principio del Contrato Social, declara Rousseau «que es contra naturaleza del cuerpo que el soberano se imponga una ley que no puede quebrantar, que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el mismo Contrato Social». Y justifica esta proposición con un rato sofisma: «Quien, dice, se negase a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo, lo cual no significa sino que se le obligará a ser libre». En nombre de esta doctrina y de estos sofismas, la Convención hizo caer sobre Francia la más sangrienta de las tiranías, e invocando el derecho popular como los dos Napoleón [*sic*, seguramente por ‘Napoleones’] impusieron su despotismo. Proceden directamente de Rousseau y del falso dogma de la soberanía todos los juristas alemanes que, siguiendo a Gerber y Laband, quieren hacer la teoría jurídica del despotismo imperial”, 17.

²¹ Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del Derecho Público* (Bogotá: Temis S.A., 2018), 62.

El profesor francés Maurice Hauriou (1859-1929), quien posteriormente se presentaría como un acérrimo crítico a la Escuela de Burdeos desde la Escuela de Toulouse, ejecutó un papel preponderante en los diálogos y tensiones teóricas entre el *antiguo* institucionalismo de la revolución y de la supremacía de la ley. Es decir, un institucionalismo tradicionalmente normativista y un nuevo institucionalismo.

Dirá Wieczorek, este nuevo institucionalismo de Hauriou se centraba más en las reglas formales e informales que moldeaban la realidad empírica.²² De allí que la Escuela de Burdeos, presentada por Duguit fue conocida desde el punto de vista explicado, como una escuela más bien de realismo jurídico.

Según añade Wieczorek, el reconocimiento del vínculo entre el derecho y la sociología, la oposición al monismo legislativo y el derecho, más que regla o mandato es una institución que fortalece el pluralismo jurídico y desdibuja el dualismo entre Estado y sociedad.

Para Hauriou, conforme explica García-Pelayo Alonso, la constitución tenía un papel importante en el desarrollo del institucionalismo, en tanto la constitución es una institución que integra un orden superior, un orden de índole constitucional.

Dicho orden constitucional es formal, objetivo y sistemático, por tanto, engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad.²³ En esta tensión política y sociológica, la teoría institucionalista de Hauriou reconoce la existencia autónoma de la sociedad que se encuentra organizada para protegerse a sí misma y para asegurarse de una vida espontánea, mientras que el Estado asume el rol de protección de la sociedad.

En las críticas teóricas de Hauriou a la Escuela de Burdeos, la constitución, como institución, tiene una doble dimensión: política y social.²⁴ Se destaca en la segunda dimensión las libertades individuales y las instituciones sociales al servicio de

²² Tomás Wieczorek, “Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou”, *Agora Filosófica*, No. 2, 20 (2020): 132–166, 136.

²³ Manuel García - Pelayo Alonso, *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 90.

²⁴ *Ibíd.* García - Pelayo explica que: “Hauriou entiende como constitución de un país y cuyo estudio es el objeto del derecho constitucional, posee una doble dimensión: 1) la constitución política del Estado, la cual comprende la organización y el funcionamiento del gobierno y la organización de la libertad política, es decir, la participación de los ciudadanos en el gobierno; expresándose, pues, en un conjunto de reglas jurídicas y de instituciones; 2) la constitución social, ‘que desde muchos puntos de vista es más importante que su constitución política’ y que a su vez comprende: a) las libertades individuales que forman la base de la estructura de la sociedad civil; y b) las instituciones sociales espontáneas que están al servicio y protección de las libertades civiles y de sus actividades. Esta constitución no sólo puede ser tan fundamental como la primera, sino que, según el criterio anglosajón, la constitución política no es más que la prolongación de la constitución social así entendida. Por lo demás, el éxito de instituciones vivientes y sólo en relación y como estatutos de ellas cobran importancia las leyes”, 91.

dichas libertades. Por ello, la doctrina soberanista sobre el Estado–nación, propia de la revolución del siglo XVIII resultaba incompatible también con el institucionalismo teórico de Hauriou.

En tal aspecto, Duguit, a pesar de todo, comulgaba con Hauriou sobre el rol que debía cumplir el Estado para con el individuo libre en estado de sociedad. Ahora bien, Duguit partía de la premisa de que el abstencionismo estatal era insuficiente. El nuevo derecho público debía responder a obligaciones positivas de ese Estado, las cuales iban más allá de los servicios de guerra, policía²⁵ y justicia.

Para Duguit, el *imperium* y la *jurisdictio* eran poderes de mando, unilaterales para con los hombres, los cuales resultaban insuficientes en el contexto del siglo XIX e inicios del XX, a la luz de la consolidación de procesos de industrialización económica iniciados entre los siglos XVIII y XIX. Su visión era la de un Estado que garantice ciertas necesidades comunes de las personas.

En esta lógica de garantía, el derecho público tenía una función primigenia, esto es, encauzar y regular la actividad de dicho Estado para garantizar la satisfacción de tales necesidades. El derecho público debía transformarse hacia la satisfacción del interés general y no preservarse únicamente para la autosatisfacción de la soberanía de la revolución.

Justamente Duguit sostenía que la soberanía del Estado encontraba limitaciones dada la libertad de los individuos. Esta libertad debía ser entendida como la posibilidad de desarrollar actividades físicas, individuales y morales. No se trataba, por tanto, de poderes de mando, sino más bien actividades de gestión estatal. Duguit explicaba:

²⁵ Véase Luciano Parejo Alfonso, *El concepto del Derecho Administrativo*, 2ª ed., Derecho Administrativo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Editorial Jurídica Venezolana, 2009). Para el autor la *ciencia de la policía* constituye un antecedente teórico al derecho administrativo. De acuerdo a este autor, la *policía* tenía por objeto: “1. La procura del bienestar o la felicidad de los súbditos como fin esencial. El bienestar no es aquí – como lo será luego en la época liberal – el resultado de la acción social espontánea, del libre desarrollo de las actividades sociales e individuales. Por el contrario, es el fruto de un orden establecido y de una acción continuada desarrollada por el poder público y que se impone a todos los súbditos, conformando positivamente la existencia; 2. La sistematización conforme a principios generales de la pluralidad múltiple de reglas dictadas por el monarca para hacer evolucionar el viejo orden de cosas. [...] Consecuentemente, la ciencia de la policía que, como todas las ciencias del cameralismo, no puede en cuestión en modo alguno el Estado absoluto, no por ello se circunscribe a una pura función de racionalización del orden jurídico absolutista, sino que asume también una no desdeñable tarea de limitación de poder real, en la medida en que coloca el esfuerzo y desplaza el centro de gravedad desde la idea paternalista del progreso (aun sin renunciar a ella) hacia el viejo valer del derecho como valor de orden en sí mismo y, por tanto, como regulador de la actuación pública. [...] 3. La ciencia de la policía refleja, pues, en definitiva, el proceso de reforma social asumido por el moderno Estado absoluto ilustrado, conforme a las ideas del siglo de las luces y, por tanto, de superación del viejo orden señorial y estamental, así como –al propio tiempo– el intento de la tendencia a la racionalización, de sumisión de reglas del derecho de la compleja acción pública del Estado, dirigida precisamente a la consecución del progreso y del bienestar de los súbditos (la acción administrativa)”, 142 y 143.

Ahora bien, si el Estado es por esencia y en su naturaleza la actividad que manda, es preciso que lo sea siempre. Si en una sola de sus manifestaciones el Estado no es soberano, es que no lo es en absoluto. Y sin embargo, en todos esos servicios modernos, que cada día toman mayor extensión: instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, caminos de hierro, etc., hay una intervención del Estado que debe estar sometida al derecho, regulada y disciplinada por un sistema de derecho público. Pero este sistema no puede estar fundado en un sistema de soberanía, porque se aplica a actos en los que no se advierta ningún rasgo de poder de mando. Se constituye, pues forzosamente en un nuevo sistema relacionado, por lo demás íntimamente con el anterior pero fundado en una noción diferente, que se manifiesta en todo, que modela todas las instituciones modernas del derecho público y que inspira toda la jurisprudencia fecunda, de nuestro concepto de Estado: tal es la noción del servicio público.²⁶

En el planteamiento de Duguit, la noción de servicio público reemplazaba a la soberanía como fundamento de servicio público, de modo que el derecho público movilizaba su legitimidad desde la soberanía hacia la realización de los deberes de los gobernantes.

Estos deberes, según explica Pareja Alfonso,²⁷ derivaban del hecho social y se concretaban en la idea capital de la solidaridad social, es decir, en el intercambio de servicios, tanto de los ciudadanos entre sí, como por parte del Estado en el caso de aquellos que se entienden de interés general.

Así, el nuevo fundamento del derecho público formulado por la Escuela de Burdeos para fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, básicamente consistía en que el Estado, por una parte, debía dotar a los individuos de las libertades suficientes para organizarse en sistemas de intercambio. Por otra, garantizar la satisfacción del interés general mediante actividades de gestión. Esto sin perjuicio de conservar potestades de policía administrativa propias de la naturaleza soberana del Estado –nación del cual proviene.²⁸

²⁶ *Ibíd.*, 18.

²⁷ Pareja Alfonso, *El concepto del Derecho Administrativo*. Continúa el autor: “En el seno de la sociedad las voluntades son individuales, tienen eficacia y carecen de estructura jerárquica; su valor relativo solo puede determinarse en vista de su fin específico. Quiere ello decir que, por razón del sujeto, la voluntad del gobernante no tiene un especial valor, sólo por el hecho de que ésta persiga la organización y el funcionamiento de un servicio público y en la medida en que lo haga obtiene una eficiencia prevalente. La noción de servicio sustituye así, a la de soberanía y se convierte en la base misma de todo el Derecho Público. En definitiva, el Estado no es ya un poder soberano de mando, sino una agrupación o corporación de individuos, detentadora de una fuerza o poder que deben emplear para la creación y gestión de los servicios públicos”, 203.

²⁸ Véase Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011). Este autor reconoce la necesidad de comprender la evolución del concepto de policía administrativa y explica: “[L]a evolución del concepto de policía viene impulsada por el papel conferido a la actividad administrativa a través de los tiempos. Por ejemplo, difiere profundamente el alcance designado al término policía en el Estado—ciudad respecto al señalado en la época del Estado-administración, o en el Estado liberal, o en el Estado social de derecho, a la luz de las

De allí la importancia de reconocer esta visión teórica naturalmente *solidarista* en el pensamiento de la Escuela de Burdeos. Dicha visión, como se insiste, era además evolutiva respecto de la soberanía y sobre el poder y la legitimidad del Estado. Esta teoría de los servicios públicos procuraba una conexión del Estado con la sociedad a través de la satisfacción de sus necesidades en un marco de interrelaciones políticas, jurídicas y económicas.

Como sostiene Salomoni, había una necesidad respecto de la ampliación de los cometidos estatales y que dicha ampliación se daba en el marco de la satisfacción de aquellas mayores necesidades a través de la ley. Para dicho autor, era indudable la preocupación teórica de Duguit, al “encontrar una justificación del poder estatal que vinculara al Estado con la sociedad y el individuo a partir de un cambio de sujeto acreedor en dicha relación: el Estado está obligado a satisfacer las necesidades de los particulares y solamente después, el Estado estará legitimado para mandar”.²⁹

En gran medida, el pensamiento de Burdeos debe su visión solidarista a varios sucesos históricos que influyeron en la construcción de esta teoría: la revolución industrial, la aparición del movimiento obrero y la separación del Estado de la Iglesia. Para este último evento, conforme explica Rosanvallon, el Estado “alcanza su

tendencias ideológicas imperantes en cada período. En la actualidad la presencia de la actividad administrativa en especial en lo atinente al servicio público es masiva. A criterio de Manuel María Díez (1965), la actividad administrativa se concreta en una trilogía sistemática: policía, fomento, servicio público. Ella constituye un esquema histórico en el sentido que la administración ha usado, en cada período con más importancia que los otros, uno de los tres modos de la acción administrativa. Así se afirma que el Estado policía utiliza a la policía. En el Estado liberal, el fomento. Y en el Estado Administrativo, el servicio público. Ello no quiere decir, sin embargo, que esta actividad del servicio público, aunque resulte principal, excluya a las dos otras formas que se dan conjuntamente con ella”, 372.

²⁹ Jorge Luis Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos* (Buenos Aires: AD-HOC, 2004), 148 y 149. Continúa el autor: “Con respecto a la primera cuestión sostuvo, en cuanto a la evolución del fundamento del poder estatal, que: ‘La Revolución sustituye la soberanía real por la soberanía nacional. De ahí se derivan directamente la noción de la soberanía nacional una e indivisible, inalienable e imprescriptible, la noción de ley, expresión de la voluntad general, nociones formuladas en las Declaraciones y en las Constituciones del período revolucionario. Por lo tanto, estas fórmulas son tan artificiales como las naciones que expresan. O más bien, esta concepción de la soberanía, como derecho subjetivo de una persona era un producto histórico que debía desaparecer con las circunstancias que le dieron vida. Sin embargo, no fue así. Conocidas son las doctrinas de Locke, de Mably, de Rousseau, de Montesquieu; sabido es el prestigio y la influencia que tuvo en Francia la constitución votada en 1787 por el Congreso de Filadelfia. Llenos de admiración por esas doctrinas y por esta Constitución, los miembros de la Constituyente están al tiempo profundamente penetrados de las concepciones monárquica de soberanía se concilia admirablemente con las doctrinas de los filósofos y los principios de la Constitución americana. Basta en efecto, sustituir rey por Nación, y decir Nación donde antes se decía rey. El rey era una persona, un sujeto de derecho, titular del derecho de soberanía. La soberanía del rey era una, indivisible, inalienable e imprescriptible. La soberanía nacional tendrá exactamente los mismos caracteres [...]. El mismo principio, por razones diferentes, es verdad se daba a la vez en el derecho monárquico y en la doctrina política de J.J. Rousseau.”, 149 y 150.

secularización incluyendo entre sus prerrogativas regulares la generosidad aleatoria que hasta entonces sólo el poder divino podía dispensar”.³⁰

Respecto de este poder divino, se hará mención del debilitamiento del Estado *providencial* a partir de la separación del Estado con la Iglesia que provocó un traslado de la responsabilidad de cumplir con tareas asistenciales de beneficencia que ejercía aquella Iglesia en otros momentos de la historia.

Para este autor, dicho “*Estado providencia* expresa la idea de sustituir la incertidumbre en la providencia religiosa por la certeza de la providencia estatal”.³¹ Por ello no es casualidad que León Duguit haya desarrollado su teoría a finales del siglo XIX e inicios del XX y que las bases del Estado social empiecen a formarse a partir de tales ideas en las nuevas constituciones del nuevo siglo.

De su lado, Blanquer reconoce dentro de tales propuestas teóricas de la Escuela de Burdeos, a la satisfacción de intereses generales como un punto medio entre el liberalismo burgués propio de la revolución de hace un siglo y el socialismo, que veía sus primeras luces en la Unión Soviética. El autor lo expone así:

A partir de ese punto de arranque, se pone en marcha una imparable dinámica histórica, que jurídicamente se formaliza al máximo nivel cuando los textos constitucionales incorporan la idea del Estado social. Si durante la Revolución francesa se abogó por la fraternidad entre los ciudadanos, ahora se habla del principio de solidaridad para atender las necesidades vitales mínimas exigidas por la dignidad humana. Contemplado desde el prisma de la ideología liberal y burgués que aspira dejar a la Administración al margen de la sociedad, el espíritu del servicio público es reflejo de otras ideas de fraternidad, que ya en el siglo XIX buscan en el principio de solidaridad un punto de equilibrio, entre aquel liberalismo burgués, y el incipiente socialismo que en la Unión Soviética dará paso al comunismo.³²

En el punto intermedio teórico entre el liberalismo radical y el naciente socialismo, Duguit detectaba en los escritos del institucionalista Hauriou, que este autor señalaba que el poder de dominación del Estado persistía.³³ Aquello justificaba la cuestión política y económica de los Estados, pero también se manifestaba socialmente o, en otras palabras, una institución que ejercía funciones sociales.

Tal función social, para Duguit, era el servicio público como único y verdadero fundamento del sistema moderno. Además, tal línea de pensamiento fue también

³⁰ Pierre Rosanvallon, *La crisis del Estado providencia* (Madrid: Editorial Civitas, 1995), 41 y 42.

³¹ *Ibíd.*

³² David Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012), 114.

³³ Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*, 22.

detectada por aquél en criterios de M. Berthélemy, quien más bien reducía la personalidad del Estado a una personalidad exclusivamente patrimonial.³⁴ Esta personalidad cumplía su función en las relaciones de dicho Estado con la sociedad. Se trataba entonces de distinguir entre las acciones de autoridad y acciones de gestión.

La relevancia de las actividades de gestión de aquel Estado evocaba en Duguit la necesidad de presentar los elementos teóricos que a su juicio fijaban los fundamentos constitutivos de su teoría sobre los servicios públicos. Para alcanzar tal propósito, el autor planteaba en su obra tres preguntas: ¿qué son los gobernantes?, ¿cuál es el fundamento de la obligación que se les impone?, y ¿cuál es el objeto de dicha obligación?

Respecto de la pregunta *¿qué son los gobernantes?*, el *arquitecto* respondía que los gobernantes no son sino personas que ejercen una potestad de coacción material y que el poder que se ejerce no es un derecho de aquellos sino más bien una posibilidad de hecho.

La obediencia a tal poder se legitimaba cuando los gobernantes prestaban servicios públicos. En contraposición, las clases sociales deslegitimaban tal autoridad cuando no se administraban tales servicios, que como insistía Duguit en su obra, son el fundamento y condición de tal autoridad.

En cuanto a *¿cuál es el fundamento de la obligación que se les impone?*, podía encontrarse una posible respuesta en la vocación solidaria y laica de Duguit, la cual renegaba de la soberanía del Estado como fuente y legitimación de su poder. Para él existía una “correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios”.³⁵

El fundamento de la obligación que se le imponía al Estado venía dado desde el pacto social, como forma jurídico-política para que los gobernantes actúen a favor del interés social.

Finalmente, al plantear *¿cuál es el objeto de dicha obligación?*, Duguit se enfrentó a una de las preguntas más difíciles. El autor reconocía la relatividad de la pregunta y cómo una adecuada respuesta dependía más de un contexto social y

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.* Continúa el autor: “Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la República, ministros, parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los ejercientes del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación”, 25.

tecnológico que uno jurídico. La respuesta no provenía de la metafísica o de la filosofía, sino más bien de lo que determinada civilización en determinado momento requería para satisfacer sus necesidades generales.

Aquí queda develada nuevamente la crítica del *arquitecto* al liberalismo individualista de la revolución de hace un siglo. Afirmar, sin más, que el objeto de la obligación se limitaba a procurar únicamente la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, resultaba insuficiente e inaceptable para la concepción desarrollada respecto al Estado de fines del siglo XIX.

Si las actividades económicas de interés general se multiplicaban cada vez más, Duguit veía que las necesidades colectivas iban más allá de las economías domésticas. En sus términos:

Está ya lejos el tiempo en que cada uno transportaba su persona y sus cosas por sus propios medios. Hoy, cualquiera que sea la clase social a que se pertenezca, cada cual pide el transporte de las personas y de las cosas a los grupos que desempeñan este servicio. Como en el estado de nuestras costumbres y de nuestras necesidades económicas estos transportes en común no pueden suspenderse ni aun por un plazo muy corto, aparece la necesidad, cada día, más evidente, de organizar servicios de transporte como servicios públicos: servicio de tranvías y autobús en las grandes ciudades, servicio de caminos de hierro en todo el país, servicio que además deviene, como el de correos, cada vez más internacional. No solamente el alumbrado público, sino el mismo alumbrado privado se convierte en servicio público. Hoy día, ni el labriego del fondo de la Auvernia o de Bretaña se contentaría para alumbrarse con la vieja candela de resina o de sebo fabricada en casa, que alumbraba a sus antepasados. No tardará mucho tiempo sin que los hogares todos reclamen la luz eléctrica. Y como esta es una necesidad elemental, surge un nuevo objeto de servicio público. La invención de la hulla blanca es la causa de una revolución económica e industrial, que aún está en sus comienzos; y el transporte de energía eléctrica llegará a ser, ciertamente, en un futuro no lejano, objeto de servicio público, como lo advierten los autores de la gran ley de 15 de junio de 1906 sobre las distribuciones de energía eléctrica.³⁶

El impacto de estas teorías en el relativamente joven y nuevo derecho público de fines del siglo XIX, hizo que la funcionalidad del mismo se movilizara desde un conjunto de reglas aplicables a la soberanía del estado de la revolución como formas de ejercicio de derechos subjetivos, hacia la constitución de reglas jurídicas que organizaban los servicios públicos. En pocas palabras, estas reglas tenían como finalidad organizarlos, fiscalizarlos y evitar su interrupción.

Por ello Duguit, cien años luego de la Revolución Francesa, afirmaba que “Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el

³⁶ *Ibíd.*, 27.

funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: la ley”.³⁷

En la transición teórico-funcional de la ley desde la soberanía de la revolución hacia la organización de los servicios públicos, el Estado asumiría responsabilidades cuando atiende especialmente las necesidades de interés general.

Así, si la ley existía para organizar la prestación de los servicios públicos, entonces los reclamos de las personas respecto del funcionamiento incorrecto de determinado servicio público debían dirigirse a través de aquella ley que lo regulaba.

Frente a tal contexto, Rodríguez-Arana Muñoz explica que necesariamente en el planteamiento de Duguit, debían efectuarse dichos reclamos a partir de recursos jurídicos de naturaleza objetiva –no subjetiva–.

Esto daba a pensar que en tal ámbito, los particulares no tenían derechos subjetivos respecto de tal o cual prestación de interés general (servicio público), pues *todos* los individuos (no *el* individuo) resultaban destinatarios y beneficiarios de dichas actividades de interés general.

La Escuela de Burdeos distinguía la cuestión objetiva de la subjetiva en los servicios públicos porque reclamaba el funcionamiento de los servicios, en modo correcto y apropiado, en lugar de la solicitud de tales servicios como derechos personales o subjetivos.

Rodríguez-Arana explica aquello desde el ángulo teórico ofrecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de inicios del siglo XX. Concretamente a partir de una decisión expedida en 1907, que señalaba “todos los interesados pueden impugnar, a través del recurso por exceso de poder, el acto administrativo realizado contra lo establecido en el pliego de condiciones que forma parte de la ley orgánica del servicio público, en este caso, de los ferrocarriles”.³⁸

En ese marco de actuación, si la utilización de los servicios públicos se efectuaba, de acuerdo con la ley, ni los gobernantes ni los ciudadanos estaban facultados a impedir o entorpecer la buena marcha de los servicios públicos, porque al hacerlo, incurrían en infracciones a la ley administrativa.

³⁷ *Ibíd.*, 29.

³⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “Sobre Las transformaciones del derecho público de León Duguit”, *Revista de Administración Pública*, n° 190 (2013): 61–100, 73.

Para Blanquer se presentaban controversias de este tipo cuando aquellas debían ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa, como un asunto competencial del Tribunal de Conflictos y por el Consejo de Estado.³⁹

En efecto, el estudio de los casos judiciales *arrêt*⁴⁰ Blanco (1873), *arrêt* Terrier (1903), *arrêt* Vosges (1912) y *arrêt* Bac de Eloka (1921) ofrecen interesantes elementos para contextualizar jurídicamente el pensamiento de la Escuela de Burdeos. Más adelante también el pensamiento de la Escuela de Toulouse, particularmente la última sentencia referida. Todo aquello en el contexto del derecho administrativo de fines del siglo XIX e inicios del siglo XX.

Se atribuye al primer caso, el célebre y reconocido por la doctrina fallo *Blanco* de 1873, como un importante referente respecto del enlace entre derecho administrativo y la teoría de los servicios públicos. Aunque no sería necesariamente el primero, como lo sostendrá Montaña Plata.⁴¹

El fallo (*arrêt*) o sentencia *Blanco* de 1873 consistió en que, como consecuencia del atropellamiento una niña de nombres Agnes Blanco de cinco años de edad, hecho sucedido el 24 de enero de 1872 por parte de empleados de la compañía tabacalera de Burdeos –regida por el Estado–, su padre formuló una demanda de daños y perjuicios ante el prefecto del departamento de la Gironda, como representante del Estado.

En esta demanda se formuló como pretensión, además de declarar a los trabajadores de dicha compañía como coautores del accidente, que el Estado sea

³⁹ Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público*. Señala el autor: “Si la idea genérica de servicio público tiene un marcado significado político, el concepto jurídico estricto tiene una dimensión fundamentalmente práctica: se trata de determinar el ámbito competencial de los tribunales de lo contencioso – administrativo, las materias sobre las que puede deducirse una pretensión procesal ante ese específico orden jurisdiccional. Cuando la contienda entre un ciudadano y la Administración Pública tiene lugar con motivo de la prestación de un servicio público, el examen de la correspondiente pretensión procesal corresponde a la jurisdicción contencioso – administrativa”, 137.

⁴⁰ En castellano, sentencia o fallo.

⁴¹ Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed. (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005). Explica el autor: “El célebre *arrêt* [fallo] Blanco, considerado como la génesis del derecho administrativo, más allá de sus meras implicaciones formales y su reconocimiento como consolidador de la jurisdicción contencioso – administrativa contiene verdaderos pilares teóricos de este subsistema normativo, que han sido reacondicionados, reestructurados y muchas veces ampliamente consolidados a lo largo de la historia. Sin embargo, desde un punto de vista más genérico, esto es, entendiendo el derecho administrativo como derecho de la Administración y sin atender a su autonomía (seguramente sí obtenida a partir del fallo Blanco), la referencia o al menos la consideración de los servicios públicos ha sido anterior y, pese asido muy lejanas a las ulteriores manifestaciones teóricas que caracterizaron las últimas décadas del siglo XIX y gran parte del siglo XX. El fallo Blanco, por ende, no constituye el primer uso de la noción de servicio público, ni mucho menos su primera consideración material (entendida como “beneficios” otorgados al pueblo por el detentador del poder); constituye, sin embargo, el primer momento en la evolución histórica que se considera en el ámbito de unos presupuestos jurídicos novedosos (el derecho administrativo). Los servicios públicos han acompañado pues al derecho administrativo desde su origen mismo y a través de toda su evolución”, 129.

declarado civilmente responsable por la amputación de la pierna de su hija. Esto pues el accidente se produjo sobre la vía pública delante del almacén de tabacos y porque los trabajadores de dicha compañía, al empujar el vagón, derribaron a Agnes Blanco y ocasionaron que el vagón pase sobre su muslo y su posterior amputación.

Romero Pérez explica que dicha controversia, al ser inhibida por parte de los tribunales civiles, provocó que el señor Blanco acuda a la justicia contencioso-administrativa. Este tribunal debía determinar la responsabilidad que “incumbe a los agentes del Estado según las reglas variables en cada rama de los servicios públicos; y, sobre la interdicción para los tribunales ordinarios de conocer peticiones que tienen a constituir al Estado en deudor”.⁴²

Entre otras conclusiones importantes de índole procesal explicadas por Romero Pérez, para el efecto que interesa en esta investigación sobre servicios públicos, el autor afirma:

En la decisión Blanco se establece que las actuaciones del Estado se pueden clasificar de dos formas: a) actuaciones de gestión pública; y, b) actuaciones de gestión privada, donde el Estado actúa como mero sujeto de derecho privado regido por el Código Civil, como por ejemplo lo sería un contrato de arrendamiento para que funcione un establecimiento estatal, se dice que de asuntos de gestión pública debe conocer una jurisdicción ajena a la ordinaria, esta deberá encargarse de decidir acerca de la responsabilidad del Estado en situaciones donde esté implicado y también para decidir sobre la nulidad de los actos administrativos que sean puestos en duda.⁴³

Islas Colín también destaca la importancia del fallo *Blanco* en la construcción de la teoría de los servicios públicos desde el derecho administrativo. El autor reconoce que tales servicios públicos merecen una regulación jurídica específica y que el Estado no debe para este tipo de casos de responsabilidad estatal, ser tratado como un particular. En sus términos señala:

En la sentencia Blanco, el juzgador va más lejos que la simple responsabilidad del Estado; sus consideraciones valen para todo el derecho administrativo, ya que, por una parte, rompe los principios del Código Civil, y por otra parte afirma el carácter especial de las reglas aplicables a los servicios públicos. El carácter especial de las reglas aplicables a los servicios públicos se elabora en la sentencia Blanco, mediante la confirmación de la autonomía del derecho administrativo, al derogar al derecho civil, y crear un sistema propio con una lógica propia y sus propias soluciones, las cuales justifican estos remedios por las necesidades de los servicios públicos, por lo que se

⁴² Jorge Enrique Romero Pérez, “La primera fase histórica del Servicio Público”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 138 (diciembre de 2015): 135–160, 137.

⁴³ *Ibid.*, 143.

afirma “No se le puede aplicar al Estado las reglas válidas para las relaciones de particular a particular”.⁴⁴

Esta decisión, tal como explican Romero e Islas, contribuye filosófica y jurídicamente a la teoría de los servicios públicos pues les ofrecía como contenido sustancial, la idea según la cual el Estado existía en tanto cumplía su función de satisfacer el interés general, proveyendo servicios públicos. Por tanto, la ley y las regulaciones deben orientarse hacia ese propósito.

La función administrativa, luego de cien años de la Revolución Francesa, transitaba desde la soberanía de la ley a la ley como forma de satisfacción general.

Complementariamente a lo señalado, en el caso del fallo o sentencia *Terrier* de 1903, según explica Romero Pérez, los hechos del caso consistieron en que en el departamento francés de Saona y Loira (*Saône-et-Loire*), se ofreció a la comunidad el pago de primas por cazar reptiles (víboras).

Sin embargo, a pesar del cumplimiento de dicha actividad por parte del señor Terrier, el director de Policía negó el pago solicitado de la prima correspondiente. En tal virtud, el señor Terrier llevó el caso al Consejo de Estado de Francia.

Así como se resaltó la relevancia del fallo *Blanco* en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, esta vez el fallo *Terrier* también aportó a la construcción teórica los servicios públicos.⁴⁵

Aquello casualmente mediante instituciones procesales de la jurisdicción contenciosa administrativa, tales como competencia en razón del territorio de entidades

⁴⁴ Alfredo Islas Colín, “El servicio público en el derecho francés”, en *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, Biblioteca Jurídica Virtual (México, D.F: Universidad Autónoma de México, 2008), 277–92, 280.

⁴⁵ Véase Jean–Claude Ricci, *Mémento de la jurisprudence administrative* (París: Hachette, 1998), 15, en Alberto Montaña Plata, *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*, 133. Señala Montaña Plata: “Con el fallo Terrier se consolida de manera determinante la consideración de los servicios públicos desarrollada por el fallo Blanco. Aparte de extenderse la competencia del juez administrativo tratándose de aspectos contractuales de esta materia, en los que resulten vinculados los departamentos y los municipios, se desarrolla la distinción entre gestión pública y privada, que, pese a no tener en la situación actual de los servicios públicos una trascendencia definitiva (la gestión privada de los servicios públicos no debe excluir el carácter ‘público’ de éstos ni el interés público que se persigue con su prestación) aporta la consideración, que será ampliamente desarrollada a partir de la distinción jurisprudencial posterior entre “servicios públicos administrativos” y “servicios públicos industriales y comerciales”, de una Administración Pública que actúa como particular distinta a una Administración Pública que actúa con miras a la realización del interés general”, 133. Añade David Criado: “los términos empleados en el «arrêt Terrier» por el Comisario de Gobierno ROMIEU son claros: ‘todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya o haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa’”, en David Blanquer Criado, *La concesión del servicio público*, 137 y 138.

político–administrativas departamentales (regionales) y el Estado francés. Esta sentencia *Terrier* completa:

la unificación del contencioso de las entidades territoriales con el estado, es decir, los asuntos administrativos regionales entran dentro de la jurisdicción, podríamos decir que este fallo es el segundo gran paso en el desarrollo de la jurisdicción administrativa después del fallo Blanco. También estableció los principios generales de la jurisdicción, se dice que todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos es concerniente a la jurisdicción administrativa y se establece nuevamente que en aquellos asuntos donde el estado actúa como persona civil sin hacer uso de su poder de Estado, continúan rigiéndose por la jurisdicción ordinaria. [...] [El] fallo Terrier fue uno de los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa de finales del siglo XIX y comienzos del XX, que concluyeron que la nueva noción clave era la del servicio público, caracterizada por un elemento fundamental, la búsqueda del interés general.⁴⁶

Luego de *Blanco* y *Terrier*, acompañan en esta investigación los fallos *Vosges* de 1912⁴⁷ y *Bac de Eloka* de 1921.⁴⁸ Estas decisiones, en modo progresivo, complementaban el axioma según el cual el Estado, dentro de una nueva visión decimonónica y como un ente jurídico dotado de competencias y atribuciones, se relacionaba con los particulares a través de la prestación de servicios públicos.

Esto, como ha quedado explicado, constituye el corazón de la teoría jurídica de la Escuela de Burdeos, además de que abría el camino a otras formas de relacionamiento jurídico entre el Estado y las personas cuando éstas sufrían daños o incumplimientos por parte del primero en manos de sus agentes.

⁴⁶ Lore TC, Dary. “Fallo Terrier”, *SCRIBD*: <https://es.scribd.com/doc/277604561/Fallo-Terrier>, s. f. Accedido 16 de agosto de 2022.

⁴⁷ Romero Pérez, “La primera fase histórica del Servicio Público”. El autor señala como hechos del caso: “La sociedad Vosges hizo un reclamo contra una penalización impuesta por la unidad de Lille, por incumplimiento parcial de un contrato de entrega de adoquines”. Como argumentación jurídica explica: “El Consejo de Estado, señaló la incompetencia de la jurisdicción administrativa, ya, que el contrato refería a las reglas y condiciones de los contratos celebrados por los particulares. El redactor de las conclusiones de este *arrêt*, fue el comisario de Gobierno, Blum, que siguiendo la tesis de su colega Romieu, sostiene que lo que hay que analizar es la naturaleza del contrato en sí, con independencia de la persona que lo otorga y del fin para el que se celebra. Termina diciendo este comisario Blum, que lo esencial y definidor, es la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común en los correspondientes contratos. A partir de ese año de 1912, los criterios del servicio público y de las cláusulas exorbitantes, para delimitar competencias en materia de contratos administrativos, se utilizará por el Consejo de Estado francés”, 146.

⁴⁸ *Ibid.* El autor señala como hechos del caso: “Este *arrêt* se relacionó con el caso originado por la situación de que la colonia de Costa de Marfil, instaló el transbordador Bac de Eloka, explotado directamente por la colonia. Se produjo un hundimiento, motivo por el cual el propietario de uno de los vehículos transbordados reclama daños y perjuicios y el tribunal de conflictos lo remite a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Su punto de arranque fue el sostener que ese servicio era dado en las mismas condiciones que un empresario común”, 146. Luego continúa: “Con este *arrêt*, que establecen los servicios públicos industriales o comerciales; y, con el *arrêt* Naliato, del Tribunal de conflictos de 22 de enero de 1965, nacen los servicios públicos sociales, dándose un bloque de delimitación de los servicios públicos de gestión privada. [...] La idea que se ha venido a presentar es la de que el servicio público es una institución, un régimen jurídico, en el cual se aplica el derecho público a ciertos actos, ya sean ellos cumplidos en el marco de los organismos administrativos o fuera de los mismos”, 147.

Aquello puede ser explicado de la siguiente manera: si se partía de la premisa de que toda actividad estatal o función administrativa se expresaba en la forma de la prestación de un servicio público, esto es, una ecuación del tipo *puissance publique = service publique = droit administratif*.⁴⁹

Entonces en el pensamiento de la Escuela de Burdeos, el Estado asumía nuevas responsabilidades por las que años atrás difícilmente –y jurídicamente– era posible hacerlo responsable. En otras palabras, el impacto de los fallos judiciales revisados reforzaba la idea de que la conducta de este *nuevo* Estado, de este *nuevo* derecho administrativo se encaminaba hacia una teoría de *responsabilidad estatal*, que obligaba principalmente a dicho Estado a responder por los daños producidos como consecuencia de sus acciones.

Aún inclusive sin que tales acciones se efectúen por actos de gestión o poder. Esto, aunque Santofimio sostendrá que existían fallos anteriores sobre dicha temática, pero con otros matices.⁵⁰

La doctrina de la *responsabilidad estatal*, como explica Jiménez Benítez, ha tenido fundamentalmente tres etapas. La segunda de estas etapas coincide con los criterios expuestos hasta este momento, es decir, con una nueva forma de entender al Estado como un sujeto jurídico capaz de responder por las acciones de sus agentes y representantes, cuestión que resultaba impensable a inicios y mediados del siglo XIX o antes.

Mucho menos, era aceptable si quiera sugerir que el poder judicial estaba en la capacidad de ordenar a aquel Estado, fundado luego de una revolución y cimentado en la soberanía de la ley, que asuma responsabilidades y compense a las personas por los daños producidos por sus agentes. Jiménez propone:

la doctrina relativa a la responsabilidad estatal ha pasado por al menos tres etapas; la primera de ellas va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total, en virtud, principalmente, de la soberanía del Estado, el cual

⁴⁹ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 131.

⁵⁰ Santofimio Gamboa, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”. Sostiene el autor: “El punto de partida de esta concepción está dado por la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos francés, a través de diversos pronunciamientos¹⁰, entre los que se destacan el conocido como *Fallo Blanco*, del 8 de febrero de 1873, piedra angular del Derecho Administrativo francés durante muchos años. Sin embargo, a esta providencia no se llegó por acaso. El tema ya había sido abordado con diferentes matices con anterioridad a esta histórica providencia, en los fallos *Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes* del 6 de diciembre de 1855; *Carcassonne* del 20 de febrero de 1858 y *Bandry vs. Ministre de la Guerre* del 1.º de junio de 1861. Tema retomado en pronunciamientos posteriores, hasta definitivamente consolidar la doctrina, en los fallos *Terrier*, del 6 de febrero de 1903, y *Thérond*, del 4 de marzo de 1910”, 47 y 48.

podía imponer sus decisiones a todos sin compensación alguna. En una *segunda etapa*, con el denominado Fallo Blanco proferido en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, se consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, cuando se evidenciaba una ausencia, una deficiente o una retardada prestación de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, y sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder. Finalmente, hay una tercera etapa, en la cual se ha venido incrementando y reconociendo que en distintos eventos el Estado debe responder a sus administrados, en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva.⁵¹

El florecimiento de la doctrina de la responsabilidad estatal es coincidente con la efervescente emoción solidaria por lo *público* de la Escuela de Burdeos. El derecho administrativo y las figuras jurídicas que giraban en torno a éste y a cualquier punto de conexión, se transformaban, a la luz de Burdeos, en una manifestación de servicio público. De esta manera, la administración debía procurar por los medios más adecuados y necesarios, no incurrir en peligros que provocasen responsabilidad pública.⁵²

Junto a Duguit, su discípulo Gastón Jèze, esta vez desde un enfoque más administrativista respecto de punto de vista mayormente constitucionalista de su maestro, proclamaba en sus *principios generales del derecho administrativo*, la relación simbiótica entre derecho público administrativo y la gestión de los servicios públicos.⁵³

Para tal efecto, entre otras consideraciones y metodológicamente hablando, primero debía explicar la importancia del rol de la voluntad en los actos (acciones), además de los actos privados, de aquellos realizados desde la gestión pública.

⁵¹ William Guillermo Jiménez Benítez, “Origen y evolución de las teorías sobre la Responsabilidad Estatal”, *Diálogos de saberes*, n° 38 (junio de 2013): 63–78, 64. Énfasis añadido.

⁵² Véase Gastón Jèze, *Servicios Públicos y contratos administrativos*, vol. 3, (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007). Explica el autor: “Los gobernantes y los agentes públicos superiores, encargados de organizar los servicios públicos y de hacerlos funcionar, tienen bajo su dirección o a sus órdenes gran número de agentes. Por ello, deben preverse tres peligros principales: a) El agente es *inhábil* o *deshonesto*. Para impedir sus *torpezas* o sus *faltas*, los gobernantes y los agentes superiores los dirigirán y vigilarán (medidas preventivas), o los castigarán, a fin de que ello sirva de lección a los agentes culpables y de ejemplo a los demás agentes (medidas represivas). Trátase de dos instituciones: el poder de vigilancia y el poder disciplinario; b) El agente público ha realizado un *acto jurídico inoportuno* o *ilegal*. Es preciso evitar los efectos de este acto; se lo anulará o se lo suspenderá, o bien se lo corregirá. Conviene organizar, en beneficio de los gobernantes o de los agentes públicos superiores, el poder de anulación, de suspensión o de reforma de los actos jurídicos; c) El agente público *se niega* a realizar un acto jurídico, se niega a llevar a cabo un acto oportuno y legal, que corresponde a su competencia; por lo que es preciso que otros agentes puedan actuar en su lugar”, 453.

⁵³ Gastón Jèze, *Los principios generales del Derecho Administrativo* (Madrid: Reus S.A., 1928), 34.

A partir de tal hipótesis, se asentaba una visión según la cual, el mundo jurídico –incluido el mundo de la administración pública– no era sino una forma de expresar voluntades reguladas por el derecho.

Y, cuando estas voluntades estaban reguladas por el derecho, Jèze las denominaba *poderes* regulados por *competencias*. Así:

Un individuo –agente público– tiene una competencia determinada por el derecho. Lo que el individuo quiere dentro del círculo de su competencia, está garantido [*sic*, seguramente por ‘garantizado’] en su realización por el derecho, quien, en caso extremo, se servirá de la fuerza. La competencia es el poder de querer un efecto jurídico. El ejercicio del poder de querer es una manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad es el acto jurídico. Por tanto, lo esencial en el derecho, es el acto jurídico, a saber: la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, para producir un efecto de derecho.⁵⁴

En este contexto, Jèze conectaba la función del derecho público como regulador de competencias y fundamento de la autoridad del Estado en la medida en que también existían relaciones bilaterales entre política (qué decidir y cuándo decidir sobre la implementación de servicios públicos desde las aristas que ofrecen tanto el interés económico como el social) y la técnica jurídica (cómo regular desde el derecho las competencias).

Los ejemplos utilizados por el autor que aclaraban lo señalado son el servicio público de *policía sanitaria* y el servicio público de *asistencia a la vejez indigente*. En primer lugar, para entender el aspecto político en ambos casos, se requería averiguar los fines económicos, sociales, filosóficos, sociales e incluso religiosos o morales que se intentaban conseguir con la implementación de una policía sanitaria, así como asistir a la vejez indigente.

Ergo, cuáles eran las mejores y más idóneas medidas para tales propósitos, qué elementos limitaban la acción de los funcionarios públicos responsables de dichas actividades. Luego, dicha técnica jurídica ofrecería un marco normativo de acción para la implementación de tales políticas por parte de los funcionarios públicos, en tanto el derecho era, para Jèze, esencialmente un regulador de competencias.

Blanquer reconoce, por ejemplo, que la posición de Jèze en su construcción teórica sobre la voluntad, el poder y el derecho, por así decirlo, no era estática, sino más bien dinámica. Esto pues la administración pública se reservaba la posibilidad de modificar unilateralmente la regulación jurídica sobre la organización de dichos

⁵⁴ *Ibíd.*, 35.

servicios. Todo aquello con el propósito de que los mismos puedan adaptarse a nuevos descubrimientos técnicos, así como a nuevas demandas sociales.

Por eso, explica Blanquer, para Jèze el derecho no era un objeto inamovible sino más bien una fórmula para que cada generación adopte sus nuevas necesidades a la satisfacción del interés general.⁵⁵

Además, para Jèze la explicación de la naturaleza jurídica de los derechos y deberes de los gobernantes en lo relativo a los servicios públicos se justificaba a partir de las denominadas *situaciones jurídicas generales impersonales*.

Estas situaciones jurídicas generales –por ende, no individuales del agente público– se referían a la mencionada *competencia*. Y, para que ésta sea calificada como tal, diría en su momento Jèze, presentaba en su enfoque teórico cuatro características esenciales: a) Era *general e impersonal*; b) Era esencialmente *modificable en cualquier momento* por la ley o el reglamento; c) Era *permanente*.; d) El derecho y el deber del gobernante y del agente público –los derechos y las obligaciones como generalmente se dice– no podían ser objeto de una renuncia general, absoluta.⁵⁶

Como dato adicional al desarrollo teórico de Jèze, en el contexto de los descubrimientos tecnológicos de la época y las necesidades de las nuevas generaciones referidas por Blanquer, Duguit también reconocía otras dimensiones necesarias que la transición del nuevo derecho público *post-soberanista* implicaba para el Estado.

El *arquitecto* preveía que la cuantificación de los servicios públicos dependía, como lo sostenía también Jèze, de factores sociales y tecnológicos, pero también económicos. Esto derivaba en relaciones directamente proporcionales entre el número de servicios públicos y los progresos de la civilización –el denominado principio de *adaptabilidad* de Louis Rolland que se explicará más adelante–, como ejemplo, la industrialización de ciertos servicios públicos tales como los ferrocarriles o el servicio postal, que precisamente constituían factores de aspecto económico reconocidos como tales por Duguit.

Luego, junto a Duguit y Jèze, la doctrina de Burdeos fue también promovida más adelante por Louis Rolland y Roger Bonnard. En el caso del primero, su participación más relevante consistió en promover la construcción de principios y reglas que condensen jurídicamente los mecanismos de la actuación administrativa en la prestación de los servicios públicos.

⁵⁵ Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público*, 139.

⁵⁶ Jèze, *Servicios Públicos y contratos administrativos*, 433 y 434.

Es decir, consistían en aportes, por así decirlos, aún más reales que teóricos y esto se consiguió mediante las denominadas *lois de Rolland* o *lois du service public*, las cuales principalmente se describían mediante principios de continuidad, adaptabilidad e igualdad.⁵⁷

Estas reglas (principios) esenciales, según complementa Blanquer, consistían en “(i) La «continuidad» de la prestación sin interrupciones; (ii) la «mutabilidad» (adaptabilidad) que flexibiliza el régimen del servicio para adaptarlo al progreso y a los nuevos descubrimientos; y, (iii) la regla de la «igualdad» de los usuarios para acceder al servicio, evitando favoritismos o privilegios discriminatorios”.⁵⁸ Adicionalmente, Huapaya Tapia añadirá a aquellos tres los principios de regularidad, universalidad y progresividad.⁵⁹

De todo lo expuesto, podría sostenerse que la Escuela de Burdeos o Escuela del Servicio Público, era un movimiento científico⁶⁰ promotor de la idea de que un servicio público. O, mejor dicho, que los servicios públicos eran formas materiales de la administración pública y del derecho administrativo. Como se indicó anteriormente, una suerte de simbiosis política-jurídica y cuyo control de gestión correspondía exclusivamente a la justicia contencioso administrativa.

Según Quezada Rodríguez, la evolución del pensamiento de Rolland provocó que la construcción inicial de la noción de servicio público, calificada por dicho autor como la *mitificación* del fallo Blanco de 1873 que culminó en 1956,⁶¹ se desplace hacia lo que posteriormente se constituiría la crítica más severa a Burdeos por parte, entre otros, de Maurice Hauriou.

1.2. Maurice Hauriou y la Escuela de Toulouse

La fenomenología que se abre camino a partir del referido principio de *mutabilidad* identificado por Rolland, da cuenta de que la división entre administración

⁵⁷ Nicolás Cabezas y Daniel Mayorga, “La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 16 (segundo semestre de 2016): 299–335, 320.

⁵⁸ Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público*, 140.

⁵⁹ Ramón Huapaya Tapia, “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”, *Derecho & Sociedad*, n° 36 (2011): 93–102, 95.

⁶⁰ Mantilla Correa, “Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, 427.

⁶¹ Flavio Quezada Rodríguez, “Origen de la noción de servicio público en el derecho francés y su recepción en el derecho español. Un enfoque crítico”, *Revista de Administración Pública*, n° 216 (2021): 141–68, 153.

pública y los particulares en la prestación de los servicios públicos, resultaba forzada. Inclusive a pesar de proponerse a inicios del siglo XX.

Esto en la medida en que dichos particulares también estaban en capacidad de proveer desde las empresas privadas servicios públicos, complementando así al aparataje burocrático directamente estatal.

La identificación que hace Quezada sobre este dilema radica en las tensiones generadas por la dificultad de aplicar un derecho administrativo público *regulador*, simultáneamente con un derecho *gestionador* de servicios públicos para empresas privadas que no tenían vínculos contractuales con el Estado.⁶²

Maurice Hauriou, institucionalista como se dijo y representante –decano– de la Escuela de Toulouse, expresaba que el poder del Estado descansaba en el consentimiento consuetudinario y que el derecho nace a partir de las relaciones sociales humanas, de manera que será independiente, al menos originariamente, de aquél.⁶³

En este marco, principalmente Hauriou y otros provocadores de la primera crisis de la teoría de los servicios públicos, cuestionaba a Duguit y a sus seguidores en la medida en que no les parecía razonable que el contenido formal y material del derecho administrativo público sea, en su integralidad, la gestión de los servicios públicos y viceversa.

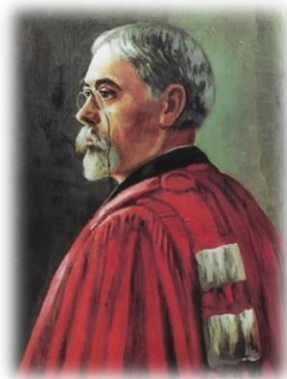


Figura 2. Maurice Hauriou (Ladiville, 1856 – Toulouse, 1929). Decano de la Escuela de la Facultad de Derecho de Toulouse, Francia y precursor de la escuela institucionalista del derecho administrativo.

Imagen: “El Ágora – Diario del agua”.⁶⁴

⁶² Ibid., 155.

⁶³ Muñoz Machado, *Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 21.

⁶⁴ Ramón Tamames, “Servicios públicos y concesionalidad: por una administración eficiente”, *El Ágora–Diario del Agua*, enero de 2021. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2022.

La dificultad práctica de conservar bajo la égida del derecho administrativo público la prestación de los servicios públicos devenía, en términos fácticos, en asuntos de alta complejidad. Los servicios administrativos prestados por los particulares, esto es por los propios administrados, requerían de un marco regulatorio más flexible, pero sin que aquello suponga la negación del Estado gestor. Una suerte de coexistencia de principios –y reglas– jurídicos (visión dualista) resultaba más conveniente que constreñir el fundamento del derecho administrativo a la prestación privativa de los servicios públicos a cargo del Estado.

Eisenmann resumía el planteamiento dualista así: 1. La actividad de la Administración regida por dos sistemas de reglas: privado y público; 2. Aplicación de dichos sistemas de reglas igualmente normal para cada uno de ellos; 3. Imposibilidad de caracterizar el Derecho Administrativo en razón a la primacía en él de un sistema de reglas sobre el otro.⁶⁵

Hauriou cuestionaba severamente a la Escuela de Burdeos en el sentido de plantear nociones que, al unificar el derecho administrativo con la gestión de los servicios públicos, no hacían sino debilitar la noción del poder público. Esto por equipararlo como, la manifestación de la voluntad de los gobernantes. Así, los fines del Estado, diría Hauriou, se volvían *secundarios* y poco importantes frente a las actividades de gestión que, en cambio para Burdeos, eran las que tenían el verdadero protagonismo.

Al calificar esta postura como una *herejía*⁶⁶ del socialismo jurídico, Hauriou cuestionaba la imposibilidad de que, para Burdeos, no exista mínimamente la posibilidad de prestar servicios públicos, sin que detrás de ello no esté presente alguna intervención del poder.

El poder jurídico –dirían Duguit y Jèze–, aquel del cual emana la decisión de gestionar servicios públicos, no es sino una red interconectada de normas que se traducen en la gestión de tales servicios (por eso Burdeos era calificada como una escuela de pensamiento *realista*) que termina siendo equivalente a dicho poder jurídico.

Como se indicó *ut supra*, aquello no es sino una forma de ecuación *puissance publique = service publique = droit administratif*. En cambio, Hauriou distinguía el

⁶⁵ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tomo 1 (París: L.G.D.J., 1982), 137, en Parejo Alfonso, *El concepto del Derecho Administrativo*, 219 y 220.

⁶⁶ Maurice Hauriou, *Derecho Administrativo y derecho público*, vol. 1, Colección Grandes Maestros del derecho administrativo (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007), 48.

derecho objetivo como forma de asegurar servicios públicos del ordenamiento jurídico que regula las prerrogativas de la administración y que le provee de sus fines.

Entonces, los fines del Estado –no los *medios*– venían dados desde el derecho (como poder jurídico) y no de la mera voluntad de aquél ni de sus agentes. De tal manera los servicios públicos no eran, en términos de Hauriou, fines sino más bien medios para cumplir los primeros. En sus términos:

Si Jèze y Duguit hablan tan tranquilamente del ‘poder’ o de la ‘fuerza gobernante’, quiere decir que para ellos, que son realistas, el poder no es una noción jurídica, ni es más que una fuerza, la mayor de las fuerzas. ¡Hechos, tan sólo hechos! ¡Nada de misticismos! El poder que interviene en la operación del servicio público o en la modificación de la organización de éste no es por sí mismo más que pura fuerza. No se convertirá en jurídica sino por su conformidad con la regla de derecho objetivo. No debe olvidarse nunca, en el funcionamiento del sistema, la existencia de esa *central* que distribuye fluido jurídico a todos los poderes y a todas las voluntades humanas. Lo único que Jèze conseguirá es empujar a una cruel confusión a los juristas de las jóvenes generaciones, a los que no haremos ofensa de creerlos desprovistos de toda dialéctica.⁶⁷

Así justificaba su visión institucionalista Hauriou, para quien el poder jurídico, era una auténtica *puissance publique* que se erigía sobre un orden jurídico. Además era aquel quien fluía mediante canales de la administración pública hacia los servicios públicos. No al revés.

En esta visión institucional, Hauriou planteaba una estructura conceptual diferente en la teoría de los servicios públicos, una estructura más del tipo:

(i) Una organización pública de poderes, de competencias y costumbres; (ii) la prestación al público de un servicio regular y continuado; (iii) la idea de policía en el sentido elevado de la palabra, de donde se deriva la consecuencia de que el servicio sólo puede orientarse a la satisfacción de la utilidad pública, excluyéndose que el fin del servicio público sea el enriquecimiento, ya que la riqueza económica no es una necesidad pública sino privada. Añade Hauriou que si bien en general el servicio público constituye un monopolio, ese rasgo no es esencial al concepto.⁶⁸

Hauriou consideraba que la definición más adecuada de los servicios públicos, a partir de sus características específicas que las distinguían de otras formas de manifestación e intervención administrativa, se resumía en que es “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y por una organización pública”.⁶⁹

⁶⁷ *Ibíd.*, 49.

⁶⁸ Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público*, 141.

⁶⁹ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 21.

Tal criterio tomaba distancia de la postura *anárquica* de León Duguit. Hauriou apostaba desde la institucionalidad⁷⁰ por la prevalencia de la *juridicidad* como forma de orden, poder y libertad. Una trilogía⁷¹ que daba forma y contenido al derecho, incluido el derecho administrativo y como muy probablemente, su piedra angular a partir de la terminología de “bloque de legalidad”.⁷²

La institucionalidad teórica tomó fuerza, sin que aquello haya significado que el derecho público asumiera un papel preponderante en el sistema esbozado por Hauriou. La personalidad jurídica del Estado se ubicaba dentro de este sistema en donde existían actores jurídicos, esto es individuos y corporaciones,⁷³ los cuales se encontraban interconectados o entrelazados mediante dicha institucionalidad.

Tal institucionalidad, dirá además Linde Paniagua, ofrecía márgenes de continuidad o regularidad. Esto discrepaba sustancialmente con el planteamiento de Burdeos porque para Duguit, el derecho objetivo, el derecho de los servicios públicos, era un conjunto de normas vigentes y coexistentes, pero tales normas no estaban necesariamente unificadas ni eran continuas, como explicaba Hauriou.

La visión del decano de la Escuela de Toulouse promovía la construcción teórica de las nociones de administración pública desde lo que el derecho administrativo y el poder público ofrecían a finales del siglo XIX e inicios del XX.

⁷⁰ Hauriou, *Derecho Administrativo y derecho público*. Explica: “La teoría de la institución admite la personalidad subjetiva del Estado e incluso la admite como una realidad social, no como una ficción; únicamente limita el alcance de esta personalidad subjetiva mediante otra noción, que es la de la individualidad del Estado. Esta individualidad objetiva no es otra que el Estado contemplado como institución, con sus medios del derecho disciplinario y de los fenómenos estatutarios. Cada una de las dos nociones tiene su propio campo. El Estado no más que una institución si planteamos la cuestión de las relaciones de los órganos entre sí, o de los súbditos con los órganos; en ese caso el punto de vista objetivo de la institución y del estatuto es el único que conviene. Por añadidura, el Estado es una persona jurídica, pero únicamente en las relaciones del tráfico jurídico propiamente dicho, es decir, en sus relaciones con las partes o con las personas que le acompañan, en cuanto unos y otros no son considerados órganos o súbditos suyos (relaciones internacionales, gestión de servicios administrativos)”, 34.

⁷¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional* (Madrid: Reus S.A., 1927), 8.

⁷² Carlos E. Delpiazzo, “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 32 (junio de 2012): 143–68. A decir del autor: “En cuanto a la denominación de este principio, antes de ahora preferí llamarlo de *juridicidad* por entender más apropiado este término que el generalmente usado de *legalidad*. En efecto, el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales) sino también por la forma en que se objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la Administración, a la ley, de donde deriva la individualización del principio de legalidad. Sin embargo, en la medida que ese condicionamiento no es sinónimo de la ley en sentido formal sin más ampliamente de la pluralidad de fuentes que exhibe el derecho contemporáneo, parece más apropiado, desde el punto de vista conceptual, hablar del principio de *juridicidad* sustituyendo la denominación de “bloque de legalidad” de la que hablaba Maurice Hauriou por la más precisa referencia al “*haz de juridicidad*”, tomando la expresión de Julio A. Prat”, 145.

⁷³ Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, 58.

A Pesar de aquello, Díaz Casillas sostendrá que en el siglo XVIII, en Francia se empezaron a tejer las primeras nociones de administración pública.⁷⁴

La necesaria diferenciación, por ejemplo, entre actos de autoridad y actos de gestión –difícil de encontrar en el pensamiento de Burdeos–, era sustancial en el devenir de la tensión teórica producida por la Escuela de Toulouse.

Se planteaba un derecho administrativo *de* la administración pública, un derecho que no se escindía en una estructura bicéfala (una de poder y otra de gestión) sino más bien que se expresaba mediante formas jurídicas connaturales a la misma personalidad del Estado. Inclusive, como más adelante se señalará, la gestión administrativa sería una consecuencia del ejercicio de aquel poder administrativo y esto se conseguirá a partir de un derecho que se autolimitaba objetivamente en su propio poder. Una forma de autolimitación objetiva como diría Muñoz Machado.⁷⁵

Pérez refuerza lo dicho. Para este autor, Hauriou veía la necesidad de dotar de regulación a aquella organización pública y política llamada Estado que se sustentaba a partir de tal personalidad jurídica para que así, y solo así, se fijen los mejores cimientos de la institucionalidad en la que tanto insistía. Pérez dice:

Los administrativistas coinciden en señalar a Hauriou y Berthélemy como los principales opositores de esta doctrina [Burdeos], en aquella época. Para Hauriou resulta útil distinguir la potestad pública y la gestión del Estado, pero a su vez el concepto de gestión se desdobra en gestión administrativa (en el caso de los servicios públicos) y gestión privada del Estado. Según este autor, el grave error de Duguit es de tratar de eliminar del derecho público la noción de potestad pública.⁷⁶

Blanquer resume en tres ideas concretas la postura de Hauriou sobre la teoría de los servicios públicos. Mientras que Linde Paniagua caracteriza el derecho

⁷⁴ Francisco José Díaz Casillas, “La Administración Pública y el Derecho Administrativo en Lorenz Von Stein”, *Encrucijada Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México*, n° 25 (abril de 2017): 22–23. Continúa el autor: “A la Francia del siglo XVIII, debemos el surgimiento de la administración pública moderna. Son las profundas transformaciones en las relaciones económicas, políticas y sociales que legó la Revolución, las que permitieron a la Ciencia de la Administración Pública surgir. Fue cuando se declararon los derechos del hombre; cuando el súbdito se transformó el ciudadano; cuando la división de poderes se hizo patente; cuando se distingue entre vida pública y vida privada; y cuando la ciencia de la policía se transformó en ciencia de la administración pública. Fue así que todos estos cambios facilitaron su aparición en 1808 con el trabajo del republicano y liberal padre de esta disciplina científica Charles – Jean Baptiste Bonnin (1772-1846), *Compendio de los Principios de Administración*. En Alemania esta distinción corresponde a Lorenzo Von Stein”, 31.

⁷⁵ Santiago Muñoz Machado, *Servicio Público y Mercado*, vol. 1, Los Fundamentos (Madrid: Civitas, 1998), 104 y 105.

⁷⁶ Efraín Pérez Camacho, *Elementos de Derecho Público Económico. La Constitución económica: empresas estatales y servicios públicos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 86.

administrativo del decano de Toulouse en tres razonamientos. En primer lugar, el derecho administrativo es un derecho de los *personajes poderosos* que son las administraciones públicas, identificando la desigualdad entre aquellas y los administrados.

En segundo lugar, el ejercicio de los derechos de los administrados respecto de la administración y sus recursos jurídicos disponibles, lo cual –hay que reconocerlo– conecta teóricamente con lo señalado en el planteamiento de Burdeos y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el control jurisdiccional de los actos de la administración pública.

Finalmente, la naturaleza jurídica excepcional del derecho administrativo en comparación al derecho común en tanto este último era un derecho de igualdad, mientras que el primero era un derecho de poder y de fuerza.⁷⁷

En la primera tensión teórica de la Escuela de Burdeos, producida a partir de la doctrina de la institucionalidad, se observaba cómo preocupaba a los juristas de la época la relación del Estado con la sociedad. Precisamente, dirá Roldán Martín, que a pesar de los intentos de superar el paradigma liberal revolucionario Estado/sociedad, la *administración social* –término fraguado por Lorenz Von Stein en el siglo XVIII– no llegaba a asentarse del todo.

Esto por cuanto el Estado continuaba haciéndose cargo de la titularidad de los servicios públicos y económicos aunque curiosamente por así decirlo, autorizaba la explotación de los mismos a los particulares, en aplicación del principio del concesionario interpuesto.⁷⁸

Dentro del marco de la institucionalidad, esta forma de Estado cumplía su función teórica en la medida que procuraba contrarrestar las distorsiones y disfuncionalidades agravadas en extensos segmentos de la población, luego de algunas décadas de la primera revolución industrial. Esto es un Estado que, sin dejar de aplicar el *solidarismo social* desarrollado por la Escuela de Burdeos, cumplía su función institucional en aras de dirigir los esfuerzos de la administración pública hacia la satisfacción del interés general.

Huelga decir que la institucionalidad de Toulouse no se oponía, en cuanto a sus fines, a la solidaridad de Burdeos. Simplemente intentaban explicar al fundamento de la *puissance publique* del derecho administrativo y de la función de los servicios públicos

⁷⁷ Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, 61.

⁷⁸ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 21.

desde dos perspectivas que, al final del día, se reencontrarían en la visión *social* del Estado. Se podía observar un punto de llegada para liberar parte de la tensión teórica existente entre dichas escuelas.

La visión *social*, como explica Espino Tapia, podía ser encontrada desde los planteamientos de Von Stein, a quien dicha autora reconoce como “precursor del Estado social”⁷⁹ y quien en su propuesta, según dirá Jordi Sánchez, defendía “de forma acérrima una administración social reformista que consiste en las reformas de Estado para la corrección de las disfuncionalidades sociales provocadas por la sociedad industrial, absolutamente necesarias para evitar las revoluciones”.⁸⁰

Villar Borda reconocerá también en Von Stein las primeras ideas de Estado social y sus relaciones con la administración pública.⁸¹

Volviendo a Hauriou, gracias a la teoría de la institucionalidad, las relaciones entre Estado y sociedad se acortaban porque el primero, mediante el aparato administrativo (función o administración pública), atendía el interés general en forma institucional –ya no meramente como forma jurídica y abstracta– sino más bien en modo concreto.

Ramírez Torrado, a la luz del contexto teórico desarrollado por Esteve Pardo, Garrido, Palomar, Losada y Sánchez Morón, explica:

De esta manera, el Estado, a través de su aparato administrativo, cumple con sus cometidos al dirigir la economía, prestar los servicios básicos, construir la infraestructura y dirigir las reformas de modernización. La administración del Estado no se encarga solo de mantener el orden público, sino de atender un abanico más grande de necesidades de la población, tales como la educación, la salud, la seguridad social, el transporte, el trabajo y la vivienda, entre otros: “Habiéndose desplazado como tema central político, el problema de la libertad, para ser sustituido por el problema de la seguridad social”. Para esto, el Estado fortalece su institucionalidad y aumenta el número de personas a su servicio.⁸²

⁷⁹ Diana Rocío Espino Tapia, “Una propuesta de Estado social para el siglo XXI: una vuelta al origen”, *Universitas*, n° 24 (2016): 39–75, 47.

⁸⁰ Jordi Sánchez, “El Estado de Bienestar”, en *Manual de Ciencia Política*, 2ª ed. (Madrid: Tecnos, 1999), 236–59, 238.

⁸¹ Luis Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, n° 20 (2007): 73–96. Explica el autor: “La idea del Estado social, propiamente tiene su origen, como la del Estado de derecho, en Alemania y entre sus precursores más notables debe mencionarse a Lorenz Von Stein (1815 – 1890), para quien el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles. Von Stein, discípulo de la doctrina de Hegel, da cuerpo en el derecho administrativo a ideas sobre la intervención de un Estado de Bienestar originadas en el pensamiento de Leibniz y Wolff”, 83.

⁸² María Lourdes Ramírez Torrado, “Dinámicas entre el Estado y la administración pública en el marco de la administración liberal, prestacional y garante”, *Revista Prolegómenos*, n° 20 (junio de 2020): 123–36, 128.

La satisfacción del interés general a cargo de un Estado institucional llevó a los juristas a teorizar precisamente, en esta nueva de Estado, una forma *social* que liberaba tensiones entre las escuelas analizadas. Por ende, conviene identificar en qué medida el componente social del Estado influyó en la teoría de los servicios públicos desde el enfoque constitucional y administrativo del siglo XX, justamente desde el conocido Estado social.

2. Estado, administración pública y constitucionalismo social: expansión de la noción de servicio público hacia el Estado social, el Estado de bienestar y la crisis

Las tensiones teóricas entre Duguit y Hauriou dan cuenta cómo la noción de servicio público transitó conceptual y materialmente a lo largo de las décadas entre los siglos XIX y XX. Las relaciones entre Estado, sociedad, servicios públicos y administración pública son parte de tales transiciones entre los siglos identificados.

En el marco de estas relaciones entre Estado, administración pública y derecho administrativo, Rivero explica cómo a finales del siglo XIX se desarrollaron estrategias de intervención social más profundas que la “mera beneficencia, a resultas del crecimiento de las ciudades, asumiendo el Estado y los municipios funciones hasta entonces realizadas por las órdenes religiosas o instituciones filantrópicas privadas”.⁸³

Para tal efecto, se recurre a la propuesta de Kresalja Rosselló⁸⁴ quien resume en modo esquemático la teoría planteada por un importante investigador español acerca de las tensiones teóricas de los servicios públicos, Gaspar Ariño (1936 – 2023).

Concretamente, se formula una suerte de esquema temporal de cinco etapas sobre el desarrollo de las teorías de los servicios públicos, las cuales inician inclusive antes de la primigenia visión liberal burguesa postrevolución y que considera los avances teóricos hasta hoy en día. Aquí se explica:

Tabla 1
Etapas del servicio público según Gaspar Ariño

⁸³ Ricardo Rivero Ortega, *Derecho Administrativo Económico*, 7ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2015), 141. Añade el autor: “El paso adelante en la promoción del bienestar y la resolución de los problemas asociados a la miseria, la indigencia, la enfermedad o la vejez se dará sobre todo por razones de orden práctico, aunque también será impulsado por los movimientos ideológicos socialistas de la segunda mitad del ochocientos y la primera del siglo pasado. Siendo la insatisfacción de las masas causa principal de las revoluciones, era preciso acometer reformas para remediar sus males sangrantes”, 141 y 142.

⁸⁴ Baldo Kresalja Roselló, “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, *Themis Revista de Derecho*, Derecho Administrativo, n° 39 (1999): 39–98, 41 a 43.

Etapa	Período	Característica
Primera etapa	Primera mitad del siglo XIX	El Estado asume, además de sus fines esenciales como la Defensa, Hacienda y Justicia, actividades de carácter policial y de fomento. Su objetivo fundamental es mantener el orden público, limitando lo menos posible la libertad de los ciudadanos, y garantizando su libertad y su propiedad. Es el Estado Liberal, en el que sólo se establecerá un marco jurídico genérico y formal para la configuración del orden económico. En esta etapa sólo excepcionalmente se admitirán medidas de fomento para la actividad privada, así como la prestación, por el Estado o por los Municipios, de servicios asistenciales y económicos”
Segunda etapa	Segunda mitad del siglo XIX	Los servicios públicos se originan, al compás del progreso técnico, los grandes servicios públicos de carácter económico que llegan incluso a nuestros días, tales como los ferrocarriles, los transportes por carretera, el gas, el teléfono, etc., que suponen nuevos campos de acción, para cuya eficaz realización no basta la acción policial ni tampoco la pura medida de fomento; exigen una intervención, es decir, planificación y dirección, por parte del Estado.
Tercera etapa	Después de la primera guerra mundial	Existe prestación directa, que se inicia después de la Primera Guerra Mundial, y que es el resultado de graves dificultades ocurridas en algunos concesionarios (quiebras, inviabilidad técnica); de la reversión de ciertas concesiones (caducidad, rescate); así como por el surgimiento de nuevas actividades, tales como la seguridad social. La gravísima crisis económica y social en Europa luego de tal suceso aceleró esta opción estatal.
Cuarta etapa	Finalizada la segunda guerra mundial	Aquí existe un protagonismo económico del Estado en la producción de bienes, última ampliación histórica, en este proceso, íntimamente vinculado a la ideología del Estado Social o del Bienestar. Esta expansión de la actuación del Estado en el terreno de las prestaciones económicas hace que difiera significativamente de la tarea original de prestación de servicios públicos, pues ya no se trata sólo de la prestación de un servicio para la satisfacción de los ciudadanos, sino de influir en la economía en su conjunto.
Quinta etapa	Etapa actual	El Estado es un programador de la vida social. Actualmente al Estado no le interesa tanto producir cómo hacer que los demás produzcan, instrumentar técnicas de concierto con las empresas privadas que hagan actuar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de programas nacionales.

Fuente: Baldo Kresalja, *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*.⁸⁵

Elaboración Propia

Nótese como entre la segunda y tercera etapas, las tensiones teóricas entre el pensamiento de Burdeos y Toulouse se fueron extendiendo y acentuando. Los juristas intentaban tomar postura respecto de los fundamentos del poder público y del derecho administrativo, así como también de la administración pública a través de las diversas formas que tales teorías les ofrecían.

⁸⁵ Gaspar Ariño, *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público* (Madrid: Marcial Pons, 1993), en Baldo Kresalja, *ibíd.*

A todo aquello, se sumaba la cuestión *simbólica* de los servicios públicos o como denominará Vidal Perdomo, el *mito* del servicio público, acompañado de sus respectivas dimensiones políticas, sociales, jurídicas y, desde lo económico, la innegable expansión del Estado.⁸⁶

Desde lo jurídico, resultaba también importante para el derecho administrativo y la administración pública identificar cómo se establecerían las formas de relacionamiento del Estado con la sociedad. Tal cuestión suponía una tarea desafiante desde las teorizaciones de finales del siglo XIX e inicios del XX, pues a ello, debía sumarse la identificada jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Esta jurisprudencia permeabilizaba cada vez más las relaciones y tensiones entre lo público y lo privado en la satisfacción del interés general y el fundamento mismo del derecho administrativo.

Además, otro problema importante que no en modo exclusivo encuentra Guerrero para este momento histórico transicional, era el problema de las clases sociales. El naciente capitalismo producto de entre otros eventos históricos, las revoluciones industriales, evidenciaba según este autor las dificultades de ciertas clases sociales para acceder a bienes, servicios y propiedades.

Para el autor, la forma de relacionamiento de la administración pública capitalista con las clases dominadas, principalmente el proletariado, se realizaba desde el Estado a fin de responder a los intereses, esta vez, de las clases dominantes. Los servicios públicos, por tanto, eran parte de esta forma de relacionamiento del Estado burgués con la sociedad. Guerrero sostiene:

En su función de explotación y dominio, el Estado se organiza en gobierno y éste, al actuar, asume, por este hecho, el carácter de administración pública que va a relacionar

⁸⁶ Jaime Vidal Perdomo, “Mito y realidad del servicio público”, *Revista Estudios Socio - Jurídicos* 2, n° 2 (1999): 50–67. Desde lo *político*, Vidal Perdomo explica las relaciones del servicio público con la legitimación del poder público. Sostiene “La visión en términos de servicio público implica que la autoridad se ha erigido en tutor de la colectividad y protectora de cada quien, preocupada del bienestar y el desenvolvimiento de los administrados, encargada de satisfacer las necesidades de todos, proporcionándoles las prestaciones que ellos reclaman”, 52. Desde lo *social*, el autor plantea la necesidad de los grupos humanos – en el naciente capitalismo – para contar con mayor y mejor protecciones sociales. Manifiesta “[E]l desarrollo de los servicios públicos es el resultado de la dinámica social producto de la aspiración de los ciudadanos y los grupos a tener más seguridad y protección, una sociedad más justa, más humana, más igualitaria”, 53. Desde lo *económico*, Vidal observa, con preocupación, la relación directamente proporcional entre el crecimiento del Estado y la satisfacción de intereses generales. Menciona “[E]l aumento de la capacidad de acción del Estado se hace justamente para que pueda poseer más fuertes instrumentos y cumplir de mejor manera sus cometidos sociales. [...] Sin embargo, la expansión del Estado como consecuencia de la multiplicación de los servicios públicos va a dar lugar a cuestionamientos provenientes de los límites que el Estado tiene que respetar en el terreno económico”, 55.

al Estado y la sociedad. En su lugar dentro de la lucha de clases, el Estado se relaciona también con las clases dominadas y, por tanto, la administración pública queda vinculada a las clases dominadas y a sus luchas de clase. Pero la administración pública no asumirá la defensa de clase de los intereses de las clases dominadas; también se comportará con respecto a ellas en una relación de *tutela y servicio*. Para que las clases no se consuman en una lucha estéril, para que los intereses dominantes sean los intereses de las clases dominantes [*sic*, seguramente por ‘dominadas’], el Estado, al tutelar y servir aparenta representar a las clases dominadas cuando en realidad reproduce las condiciones y las relaciones de producción del capitalismo. Los *servicios públicos*, a cargo de la administración pública – en su caso, a cargo de los municipios o empresas del gobierno central; suministran satisfactores elementales a los asalariados [...]”⁸⁷.

2.1. Estado social

Las dos primeras décadas del siglo XX coinciden con lo que Mantilla Correa denominará un punto de llegada de las nociones de servicio público iniciadas el siglo anterior. Es un período de asentamiento conceptual en donde la administración pública asume la responsabilidad de satisfacer en cada mayor medida el interés general mediante los servicios públicos.⁸⁸

Por otra parte, es para dicho autor el florecimiento de una forma *social* de Estado que fundamentaría, entre otros factores, su poder público en la satisfacción dicho interés general. Villar atribuye a Hermann Heller (1891-1933) la creación del concepto de Estado *social*, en tanto en 1930 se planteaba como una opción diferente al Estado de derecho y al Estado de dictadura.

Además, en el primero, difícilmente encontrarse formalmente en las constituciones al principio de igualdad como expresión de las manifestaciones de las relaciones sociales de poder.

Este autor dirá que en este tipo de Estado “ha de proponerse favorecer la igualdad social real. Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc.”⁸⁹

Preliminarmente se aclara que dicha forma o dimensión *social* del Estado podía confundirse con el denominado Estado de bienestar. No son sinónimos. Esto se aplicará más adelante, pues en las nociones teóricas de los servicios públicos debe diferenciarse

⁸⁷ Omar Guerrero, *La Administración Pública del Estado Capitalista*, 5ª ed. (México, D.F: Distribuciones Fontamara, 2002), 62.

⁸⁸ Mantilla Correa, “Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, 433.

⁸⁹ Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, 83.

diferenciar el Estado social del Estado de bienestar. Justamente dada la función de la segunda crisis de la noción de servicio público producida bastante más entrado el siglo XX.

Como se dijo, las nociones de servicios públicos iniciaron a finales del siglo XIX con Duguit y de Hauriou quienes justificaban, respectivamente, por una parte un reemplazo del fundamento de la soberanía y, por otro, una nueva forma de cimentar el poder político del Estado.

Tales nociones impactaron sustancialmente en el rumbo de los fundamentos teóricos del derecho administrativo y la ciencia de la administración pública. El fundamento de la actividad de la administración – como forma de realización del derecho administrativo – abandonaría paulinamente la función administrativa formal del *abstencionismo* para cambiar a una función administrativa material más cercana al *intervencionismo*.

Sobre la función administrativa formal, Molina Betancur y Vidal Perdomo sostendrán que la administración liberal respondía a un Estado liberal de derecho. Las nuevas bases constitucionales dependían, acompañando al constitucionalismo social, de la intervención económica del Estado. Estas confluyeron justamente entre el siglo XIX y el XX por varios de los factores identificados previamente. Los autores explican:

No hace falta insistir en el cambio operado entre el siglo XIX y el siglo XX en materia de concepciones. Baste recordar algunos de los puntos sobresalientes: el desarrollo industrial y la necesidad social de proteger a la naciente clase trabajadora; la quiebra del ajuste automático entre los intereses generales y los individuales que obliga a la autoridad a intervenir para sacar adelante el bien común contra el libre juego de las fuerzas económicas; la influencia del pensamiento marxista en su crítica al capitalismo y la formación de los partidos socialistas y revolucionarios.⁹⁰

Esto da cuenta cómo los derechos individuales reconocidos en el esquema liberal burgués clásico, cuestionados durante décadas más tarde por la Escuela de Burdeos desde el denominado *principio de solidaridad*, serán más tarde complementados a partir de un esquema social. En este esquema, la administración pública encauzará su fundamento hacia la satisfacción del interés general desde un Estado más presente.

Montaña Plata sostiene la solidaridad devino en un principio estrechamente relacionado con la forma social y de derecho del Estado.⁹¹ Mientras que, en la

⁹⁰ Carlos Molina Betancur y Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 14^a ed. (Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2016), 277.

⁹¹ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Añade el autor: “Así como esta última obedece a un preciso momento histórico, la solidaridad es un principio que

actualidad Rivero explica que, al igual que sucedía en el siglo XX, existían formas de relacionamiento entre la función administrativa, los derechos sociales y el Estado, también social. En sus términos:

Esta intervención administrativa en el Estado Social debe perseguir, por supuesto, la realización efectiva de los derechos sociales, sin los cuales muchos otros derechos y libertades pueden resultar completamente inútiles. Porque los derechos de libertad también presuponen ciertas condiciones prestacionales, como antes he explicado (fuerzas y cuerpos de seguridad, protección registral de la propiedad, sistema sanitario para proteger la vida.⁹²

Existe cierto consenso en que el Estado *social* surge en el siglo XX en Europa como respuesta “institucional a las demandas sociales, producto de la influencia del movimiento obrero, las revoluciones rusa y mexicana, las normas sociales de la Constitución de Weimar (1919) y en el *New Deal* estadounidense”.⁹³

Sobre esto último, Bianchi identificará relaciones entre el *New Deal*⁹⁴ y la explotación regulatoria estadounidense con la implementación del *Estado de Bienestar* y sus posteriores crisis. En el modelo de Estado social, el progreso técnico de la ciencia y la puesta en marcha de servicios públicos de carácter económico tales como los ferrocarriles, la telefonía, el gas y luego la energía eléctrica, presentaba a dicho Estado como un regulador de actividades prestacionales, de concesionarios del sector privado.

En esta forma de Estado, la administración pública estaba sustancialmente presente en las relaciones con la sociedad a tal punto que, como calificará Guerrero, la administración pública se convirtió en una *mediadora* de las relaciones entre aquellos.⁹⁵

comienza a impregnar esta nueva concepción de Estado y las nuevas lecturas de derechos fundamentales empiezan entonces a replantear la consideración individualista apoyada en el principio de igualdad propia del Estado posrevolucionario de derecho”, 69.

⁹² Rivero Ortega, *Derecho Administrativo Económico*, 144.

⁹³ Juan Carlos Marín Castillo y José Saúl Trujillo González, “El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar”, *Revista Jurídica de Derecho* 3, n° 4 (junio de 2016): 53–70, 58.

⁹⁴ Alberto B. Bianchi, *La regulación económica*, vol. 1: Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998). Explica el autor “Hoover, naturalmente, no pudo ser reelecto. La elección de 1932 consagró el ascenso a la presidencia de Franklin Delano Roosevelt por el partido demócrata. Al igual que su primo lejano [Theodore Roosvelt], Franklin Delano Roosevelt era un político pragmático con una buena carrera por detrás, que no se había empañado por su enfermedad. Enfrentó la crisis sin adherir a ninguno de los dogmas fundamentalistas de izquierda o de derecho que como canto de sirena sonaban por entonces, y desde el primer día de su largo gobierno desarrolló un vasto programa de reformas económicas bastadas en la intervención estatal de la economía, medida que Hoover no se había atrevido a acometer. El *New Deal* desarrollado por su administración no dejó rincón de la economía por atacar. Entre 1933 y 1935 fueron dictadas una gran cantidad de leyes que cambiaron profundamente el rol del Estado e influyeron en su actividad muchas décadas después de superada la crisis”, 83, 84 y 85.

⁹⁵ Guerrero, *La administración pública del Estado capitalista*, 83.

La dirección y planificación desde el Estado respecto de las actividades de satisfacción de interés general son cuestiones coincidentes con la segunda etapa planteada por Gaspar Ariño hasta después de la primera guerra mundial. Se sugiere entonces que a la par del nacimiento del Estado *social*, vino también la vigencia de un nuevo constitucionalismo, éste también de índole social que a su vez alimentaba las tensiones teóricas.

Salgado Pesantes, por ejemplo, explica que el constitucionalismo social implicaba “recordar las nuevas corrientes y doctrinas políticas que, surgidas en el siglo XIX, se expandieron en el siglo XX y fueron concretándose al impulso de diversos factores e ideologías”⁹⁶.

Así también sugiere que este constitucionalismo prevé una necesidad del Estado de obligarse –institucionalmente dirá Hauriou– para satisfacer aquellas necesidades de educación, salud, vivienda, entre otros servicios públicos. Este autor añade que “el constitucionalismo social exige la planificación socioeconómica y política de los gobiernos para que los nuevos derechos no sean simples enunciados de carácter programático en las constitucionales; al mismo tiempo, requieren de una modernización constante de la administración pública”.⁹⁷

De allí que en el advenimiento del Estado social, según Rodríguez-Arana, se colocó al nuevo servicio público desde una perspectiva más amplia y en un lugar central.⁹⁸

A partir de la expansión de las actividades estatales en la sociedad, aparecen bajo la rectoría del Estado los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos. Este autor abona al debate de las relaciones entre libertades públicas y servicios públicos, expresando que se puede afirmar que la construcción del concepto del servicio público despertó una aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, según el autor, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado–sociedad.⁹⁹

⁹⁶ Hernán Salgado Pesantes, “El constitucionalismo social y sus garantías: Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador”, en *La Constitución y sus garantías a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 849–64, 849.

⁹⁷ *Ibíd.*, 850.

⁹⁸ Rodríguez-Arana, J. *El Derecho a la buena Administración entre Ciudadanos y Administración Pública*. En Palestra Editores (ed.), *Aportes Para Un Estado Eficiente, Ponencias Del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012, 117–144.

⁹⁹ *Ibíd.*, 126.

Abona en la identificación de las tensiones teóricas García Pelayo, quien sostiene que el Estado social de Derecho acoge “valores jurídico–políticos clásicos, pero [...] a tales derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y, en general, los derivados de la procura existencial. Por consiguiente, no solo incluye derecho para limitar la acción del Estado, sino también derechos a las prestaciones del Estado”.¹⁰⁰

Finalmente, Linde Paniagua complementará tal debate al señalar que:

[E]l Estado social es el conjunto de mandatos genéricos, específicos, expresos y explícitos a que antes nos referimos. El Estado social supone integran en la Constitución las concepciones socialdemócratas imperantes en la Europa de la postguerra mundial, según las que no era suficiente crear Estados democráticos de Derecho, dando un paso trascendental en la historia de los estados occidentales más avanzados. Así, el Estado democrático, además de someterse al Derecho y, o por ello, como Estado social garantiza, promueve, tutela, promociona, fomenta, organiza, etc. el ejercicio de derechos, de actividades sociales y económicas de gran relevancia para los ciudadanos.¹⁰¹

Como producto de la necesaria evolución, el Estado social, se dirá, no desconoce al Estado liberal. Resulta por ende importante tener presente como punto de referencia que la cuestión jurídica y constitucional tomó forma, con alta probabilidad, en la segunda etapa de la teoría de los servicios públicos.

Este constitucionalismo, como nuevo paradigma, insertaba en lo jurídico los denominados derechos *sociales* y los equiparaba en cuanto a su satisfacción, a las actividades de la administración pública.

El constitucionalismo de inicios del siglo XX coadyuvaba al derecho administrativo en plantear una fórmula jurídica que permita conectar, por una parte la institucionalidad estatal –administración pública– para atender a las personas en sus necesidades colectivas. En otra, el reconocimiento de tales derechos en la norma suprema.

Espino Tapia explica que la configuración de este nuevo Estado social en el marco del constitucionalismo –e institucionalismo– de mediados del siglo XX dotó a las constituciones de “contenido material con el afán de garantizar condiciones mínimas existenciales que hagan posible el ejercicio real de la libertad individual. Este modelo de

¹⁰⁰ García Pelayo, en Walter Carnota, *Instituciones de Derecho Público* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 3.

¹⁰¹ Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, 134.

Estado incorpora en su estructura derechos sociales [...] y sus garantías en busca de su efectivo cumplimiento”.¹⁰²

Así también, García Ramírez dirá que el “derecho social es volver la mirada hacia los grupos y las clases; desconoce el primado de la autonomía de la voluntad, para abrazar el control social de la libertad; cercena los derechos absolutos para reorientarlos en sentido social”.¹⁰³

Finalmente, Moreno explicará la relación entre constitucionalismo e institucionalidad social, señalando que el Estado asume el “rol de promotor de estos derechos, donde los principios de libertad e igualdad no sean simples aspiraciones políticas sino fórmulas de cumplimiento efectivo, facilitando además la participación de los ciudadanos en los ámbitos político, económico, social y cultural”.¹⁰⁴

Sobre tal institucionalidad estatal, sostendrá García Pelayo que dentro de los planteamientos de Maurice Hauriou, se reconoce a la sociedad como autónoma del Estado. A tal punto, aquella se encuentra “organizada no sólo para asegurarse una vida espontánea, sino incluso para protegerse a sí misma”¹⁰⁵ y que el “Estado, por su parte, tiene como misión principal la protección de la sociedad”.¹⁰⁶

Espino Tapia añade, al igual que Jordi Sánchez¹⁰⁷, que las ideas de Von Stein se materializaron como forma de Estado social tanto en la Constitución de la República de Weimar de 1919, como también en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917.¹⁰⁸

¹⁰² Diana Rocío Espino Tapia, “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 36 (junio de 2017): 79–108, 81 y 82.

¹⁰³ Sergio García Ramírez, “Tres textos precursores en el constitucionalismo social”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* Año 1, n° 2–3 (1968): 469–80, 472.

¹⁰⁴ Beatriz Moreno, *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales* (Madrid: Civitas, 2004), 45.

¹⁰⁵ García - Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 91.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Añade el autor: “De este modo lo que Hauriou entiende como constitución de un país, u cuyo estudio es el objeto del derecho constitucional, posee una doble dimensión: 1) La constitución política del Estado, la cual comprende la organización y el funcionamiento del gobierno y la organización de la libertad política, es decir, la participación de los ciudadanos en el gobierno; 2) la constitución social, ‘que desde muchos puntos de vista es más importante que su constitución política’ y que a su vez comprende: a) las libertades individuales que forman la base de la estructura de la sociedad civil; y b) las instituciones sociales que espontáneas que están al servicio y protección de las libertades civiles y de sus actividades. Esta constitución no solo puede ser tan fundamental como la primera, sino que, según el criterio anglosajón, la constitución política no es más que la prolongación de la constitución social así entendida. Por lo demás, el éxito de un sistema constitucional está en la constante creación de instituciones vivientes y sólo en relación y como estatutos de ellas cobran importancia a las leyes”, 91 y 92.

¹⁰⁷ Sánchez, “El Estado de Bienestar”. Explica el autor: “El pionero de la idea de lo que conocemos como «Estado social» fue el jurista alemán Lorenz von Stein radica en su defensa de las reformas desde el Estado con el objetivo de corregir las disfuncionalidades provocadas por la sociedad industrial”, 238.

¹⁰⁸ México, *Constitución del Estado de Querétaro*, 5 de febrero de 1917.

Este criterio se encuentra también en Arango,¹⁰⁹ aunque García Pelayo sostendrá por el contrario que no fue sino hasta 1949 a través de la Ley Fundamental de Bonn de la República Federal Alemana que recién se definió –o positivizó– a tal Estado como federal, democrático y social.¹¹⁰

Vanossi explica que el primer paso para conseguir este objetivo fue incorporar en las Constituciones cláusulas de contenido económico y social, así como en los ordenamientos jurídicos.¹¹¹ Dicho autor expone cómo tales procesos fueron la sumatoria de experiencias que permitieron evolucionar el Estado, sin perder “el cordón umbilical con el liberalismo constitucional a través del reforzamiento del garantismo”.¹¹²

Tales cláusulas no tenían otra función que, además de constituir una respuesta alternativa y reactiva a las revoluciones socialistas,¹¹³ jerarquizar normativamente ciertas condiciones jurídicas del mundo posguerra para atender necesidades generales que fueron agravadas. Así también, dirá este autor, como consecuencia de procesos tales como la “industrialización, [el] hondo proceso de masificación, politización, migraciones y hacinamientos urbanos, crisis económicas, etcétera”.¹¹⁴

¹⁰⁹ Rodolfo Arango Rivadeneira, “Derechos Sociales”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015). Añade el autor: “con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista y la positivización de las demandas sociales. Las constituciones mexicana (1917) y de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales”, 1680.

¹¹⁰ Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid: Alianza Universidad, 2005), 17.

¹¹¹ Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3ª ed. (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000). Sostiene el autor: “En Europa, la novedad constitucional a que nos referimos apareció al término de la Primera Guerra Mundial, en coincidencia con la transformación política e institucional de los países vencidos en la contienda y de algunos que se crearon con motivo de su desmantelamiento. Fue en la asamblea de Weimar donde quedó formalizada la incorporación de varias cláusulas económicas y sociales en la flamante Constitución republicana, y la citada incorporación surgió como el resultado de las múltiples transacciones que se acordaron en aquella asamblea entre los diversos sectores y los divergentes puntos de vista que la componían. Del mismo modo que la creación del Consejo Nacional de la Economía (Consejo Económico Social), las cláusulas sobre el trabajo, la propiedad y otros, fueron el resultado de una trabajosa convergencia de criterios, superando así las gruesas oposiciones que sostenían las diversas ideologías o corrientes de pensamiento actuantes. También se vio en estas creaciones la expresión de un reconocimiento a la actuación que tuvieron los sectores obreros en el frente interno de los países beligerantes”, 537 y 538.

¹¹² *Ibíd.*, 538.

¹¹³ Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*. Estudios Jurídicos 40 (Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017). Señalan los autores: “El Estado social surgió en la Europa del siglo XX, algo más tarde que la idea del Estado de Derecho, como reacción y alternativa a las revoluciones socialistas. La paz y tranquilidad de un país dependen de gran medida del mantenimiento de unos niveles aceptables de equidad, esto es, de la corrección de los desequilibrios excesivos entre quienes más tienen y aquellos que podrían verse sin nada que perder”, 37.

¹¹⁴ Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 538.

Se aclara que a pesar que los criterios identificados sobre este constitucionalismo social lucen conducentes hacia una sola acepción, Solano explicará que existen, más bien, tres posibles acepciones de lo que se entenderá por constitucionalismo social.¹¹⁵

Ahora bien, retomando el impacto del espectro social del acceso a los servicios públicos, Fix-Zamudio señalaba respecto de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 que:

Es un hecho conocido que la Constitución Federal del 05 de febrero de 1917 inició la etapa del llamado ‘constitucionalismo social, al elevar a nivel de nomas fundamentales a los derechos de los grupos sociales desprotegidos y marginados, es decir campesinos y obreros y que este ejemplo fue seguido por varios textos constitucionales de la primera posguerra, particularmente por la Carta de Weimar del 11 de agosto de 1919.¹¹⁶

Así también, sobre dicha Constitución, Maraniello y Parisi convendrán con el criterio de Espino Tapia al señalar que:

La ley fundamental azteca ha tenido una definida cosmovisión de los derechos sociales cuyos ideales han servido de base para el reflejo normativo en gran parte de las constituciones latinoamericanas, entre las cuales se encuentra la nación argentina. No es menos cierto que la idea de Estado social de derecho fue evolucionando desde sus primeras conceptualizaciones hasta el día de hoy. Más bien lo que se ha modificado son los derechos que merecen ser incluidos en esta idea pues, en rigor de verdad, siempre se ha tenido en claro que debía entenderse por Estado Social.¹¹⁷

En el caso específico de materia de servicios públicos, la Constitución de Querétaro, en su artículo 7 ubicaba a la *educación* como un derecho de todos los habitantes del Estado, que a su vez se traducía como un servicio del Estado que debía

¹¹⁵ Vicente Solano, “La Constitución de Querétaro de 1917 y la rusa de 1918: sus aportes al constitucionalismo social en Ecuador”, en *Refundación del constitucionalismo social: reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, Estudios Jurídicos 45 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019), 45–57. Explica el autor: “Se subyace a este análisis que se tiene tres posibles acepciones de lo que se entiende por constitucionalismo social y su conexión con las constituciones mexicanas (1917) y rusa (1918). Una primera acepción establece que las constituciones de Querétaro y la de Weimar son hechos que determinan el inicio del constitucionalismo social como doctrina del Estado social de derecho, excluyendo implícitamente o explícitamente a la rusa de 1919 de ese paradigma. Una segunda, que señala que estos dos hechos, tanto la expedición de la Constitución de Querétaro y la Constitución rusa dan inicio a esta nueva etapa del constitucionalismo. Una tercera que implicaría que las dos serían parte del fenómeno que darán como resultado la configuración de dos concepciones: los textos constitucionales rusos como productores del Estado socialista, y los textos constitucionales mexicanos como creadores del Estado social de derecho”, 48.

¹¹⁶ Héctor Fix-Zamudio, “La Constitución y el Estado social de Derecho”, en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, vol. 5 (Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988), 73–92, 73.

¹¹⁷ Patricio Maraniello y Néstor Sebastián Parisi, “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino”, *Revista IUS* 10, n° 38 (2016): 119–42, 121.

ser proveído por establecimientos de enseñanza, sostenidos por cuenta de los fondos públicos.

Desafortunadamente, en la revisión de este instrumento, no se han logrado identificar otros derechos ofrecidos mediante la *técnica* de servicio público,¹¹⁸ tales como salud, transporte u otros aplicables a la época.¹¹⁹

En cambio, al estudiar la Constitución de Weimar,¹²⁰ se advierte una mayor especificidad de actividades encuadradas en la tipología de servicios públicos desde la posibilidad de regulación a cargo del imperio alemán.

Por ejemplo, el artículo 7 señalaba, entre otras cuestiones, que la legislación se realizará sobre “5. Asistencia a los pobres y obreros nómadas indigentes”, “7. Política de la Población y Política social protectora de las madres, recién nacidos, infancia y Juventud”; “8. Salud pública, veterinaria y protección de las plantas contra las enfermedades y plagas”; “17. Seguros”;¹²¹ “19. Ferrocarriles; navegación interior; circulación automotora por tierra, mar y aire; así como la construcción de grandes vías útiles para la circulación general y la defensa nacional”.

Así también, se observa el artículo 11 relativo al establecimiento de reglas para impedir el “Establecimiento de derechos exagerados o prohibitivos sobre el uso de medios de transporte o sobre servicios públicos de comunicación”.

La educación también se encontraba garantizada en esta Constitución como un servicio público. El artículo 143 señalaba “Se atenderá a la educación de la juventud mediante establecimientos públicos”.

Finalmente, se tiene el caso de los correos, telégrafos y ferrocarriles en los artículos 170 y 171:

Artículo 170.- Las Administraciones de Correos y Telégrafos de Baviera y Wurttemberg pasarán al Imperio en 1º de abril de 1921, a más tardar. Si para 1º de octubre de 1920 no se hubiera llegado a un acuerdo respecto a las condiciones de la

¹¹⁸ La expresión “Técnica de servicio público” será explicada más adelante dada su complejidad y la necesidad de converger elementos jurídicos y económicos que todavía no han sido mencionados.

¹¹⁹ Dirán Rivero y Granda: “Otras líneas de necesario compromiso en el Estado social serán la protección del medioambiente, el apoyo a la tercera edad, la garantía de los consumidores, las políticas de vivienda pública y de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, etc. El incremento exponencial de las dimensiones de la Administración es consecuencia de tantas intervenciones, circunstancia que debe ser compensada con eficiencia”. Rivero Ortega y Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*, 38 y 39.

¹²⁰ Alemania, *Constitución del Imperio (Reich) Alemán*, 11 de agosto de 1919.

¹²¹ Sobre la relación entre el Estado providencia y los seguros (aseguramiento) de las garantías sociales frente a riesgos tales como enfermedades, desocupación, jubilaciones, invalidez, etc., véase Pierre Rosanvallon, *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia* (Buenos Aires: Ediciones Mananthial, 1995).

cesión, resolverá el Tribunal de Estado. Hasta la cesión, seguirán en vigor los actuales derechos y deberes de Baviera y Wurtemberg, pero el tráfico postal y telegráfico con los Estados extranjeros fronterizos será regulado exclusivamente por el Imperio.

Artículo 171.- Los ferrocarriles de Estado, canales y señales marítimas pasarán al Imperio en 1° de abril de 1921, a más tardar. Si Para 1° de octubre de 1920 no se hubiere llegado a un acuerdo respecto a las condiciones de la cesión, resolverá el Tribunal de Estado.¹²²

Las menciones constitucionales de estas actividades del Estado condensaban en el nuevo constitucionalismo social las formas de comprender la administración pública. Sus relaciones con el derecho administrativo desde los servicios públicos. En otras palabras, era posible entender la administración pública conectada de aquellas prestaciones que, en forma de servicios públicos, se establecieron en tales constituciones.

Además, se sumabas los principios de *subsidiariedad* y *solidaridad*, entendidos éstos como conceptos *metajurídicos* por Ariño¹²³ y esbozados también por Sarmiento García¹²⁴ en relación con la encíclica papal de Pío XI de 1931. Alguien debía cumplir con tales encargos y ese *alguien*, era la administración pública.

¹²² *Ibíd.*, art. 170 y 171.

¹²³ Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. (Madrid: Fundación de Estudios de Regulación y Universidad Externado de Colombia, 2003). Explica el autor: “Subsidiariedad y solidaridad son conceptos metajurídicos, que reflejan un conjunto de ideas y valores sobre el hombre en la sociedad. En la teoría existe cierto acuerdo sobre su sentido: en la práctica se han concentrado en regímenes de ordenación económica y social muy diversos. Como es bien sabido, hay dos modelos o sistemas básicos de organización económica: uno presidido por la libre iniciativa económica y la libre decisión empresarial, y otro, llamado de dirección o planificación central, presidido por las decisiones de la autoridad estatal y por la propiedad colectivizada de los medios de producción. Estos dos modelos no se dan en estado puro en la realidad, pero sí existe un conjunto de tipos intermedios, a veces llamados de economía mixta, en los que se combinan los dos sistemas de decisión y de propiedad. [...] [E]n el orden de ideas y valores hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal; otro, el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra soporte básico derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades; el segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo: en la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado moderno”, 159 y 160.

¹²⁴ Jorge H. Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*, 2ª ed. (Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999). Añade el autor: “las primeras incumbencias estatales son garantizar la libertad –con responsabilidad–, además de un sistema monetario estable y servicios públicos y sociales eficientes. Por lo demás, debe el Estado actuar en observancia del principio de subsidiariedad, el cual, si bien es una nota distintiva de la tradición cultural de occidente, ha sido especialmente señalado por S.S. Pío XI en ‘*Quadragesimo anno*’, en estos términos: ‘[...] queda en la filosofía social fijo y permanente, aquel principio que ni puede ser suprimido ni alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sola sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda intervención de la sociedad debe por su naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos. Conviene que la autoridad pública suprema

Montaña Plata explica estas nuevas formas de interrelacionamiento social en tanto establece la transición de una administración pública que garantiza derechos y libertades individuales mediante la abstención de su trasgresión, “a una administración pública que continúa por esta línea pero de manera instrumental para el desarrollo de su propósito principal, consistente en garantizar derechos sociales y estándares de igualdad (material) fundados en la solidaridad”.¹²⁵

Ramírez Torrado complementa esta afirmación y señala:

De esta manera, supera el modelo liberal, propio del siglo XIX, y se centra en la actividad de prestación de servicios públicos. Tanto así que lo consideraron como el atributo esencial del Estado, en vez de la soberanía o del poder. En este nuevo rol, el Estado, por intermedio de su administración, asume la calidad de empresario, productor de bienes y servicios, bien sea por “razones estratégicas, [...] para salvar y reflotar empresas en crisis, o para suplir las carencias de la iniciativa privada”.¹²⁶

Para Gaspar Ariño, las reflexiones de Forsthoff adicionaban aquel “moderno Estado de derecho se había transformado en un Estado redistribuidor de gran estilo y con ello en un Estado social de gran eficacia”.¹²⁷

Sin embargo preocupaba a Forsthoff el Estado social en cuanto a la expansión industrial y el crecimiento paulatino de los centros urbanos. Además, el aumento de la población, y cómo necesidades tales como la vivienda, el transporte, el abastecimiento de agua, gas, energía eléctrica, medios de comunicación, mercados, servicios de basura y limpieza, debían ser organizadas desde el Estado de manera colectiva.

deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia, pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar, a saber: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan. Por tanto, tengan a bien entendido esto los que gobiernan: cuando más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función supletiva del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social, y tanto más próspera y feliz la condición del Estado’. Pero también debe el Estado intervenir según el principio de solidaridad, conforme al cual los individuos, cuanto más indefensos están en la sociedad, tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública. La solidaridad, que tiene su verdadera raíz en la caridad, debe expresar una determinación firme de la voluntad de venerar la imagen de Dios que hay en cada hombre –por su inteligencia, su libertad, su alma inmortal y su destino de Gloria Eterna–, procurando que también él la contemple para que sepa dirigirse a su fin último, y posibilitando –en lo que de cada uno depende– que pueda hacerlo. Pero el Estado, en rigor, debe responder por la solidaridad no en tanto virtud moral de carácter personal sino como resultado social, promoviendo estructuras que faciliten el ejercicio de aquélla como virtud y eventualmente asumiendo *per se* el logro de los resultados incumplidos que en cada momento se estimen irrenunciables”, 26, 27 y 28.

¹²⁵ Alberto Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010), 82 y 83.

¹²⁶ Ramírez Torrado, “Dinámicas entre el Estado y la administración pública en el marco de la administración liberal, prestacional y garante”, 128.

¹²⁷ Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico* (Madrid: Fundación de Estudios de Regulación y Universidad Externado de Colombia, 2003), 138.

En sentido análogo, Roscoe Pound plantearía, según Ariño, a través de su artículo de 1949, *The Rise of the Service State and its Consequences*, en otras palabras, el “cambio del sentido de la acción del Estado experimentado en los últimos años, los peligros de su extensión y la difícil frontera que ya entonces se apuntaba entre lo público y lo privado”.¹²⁸

Díaz Perilla es coincidente en el sentido según el cual el constitucionalismo social, iniciado luego de la primera guerra mundial, reconocía como *servicio* a las tendencias de expansión y aumento del tamaño del Estado. Sumado a ello, la determinación de *derechos* en rango constitucional y ya no únicamente en rango administrativo.

Ahora, éste se encontraba constitucionalmente obligado a satisfacer varias necesidades de interés general. Esto coincidía con las preocupaciones de Forsthoof y Pound. Así también, Díaz Perilla conecta su postura teórica con lo dicho por Espino Tapia, esto es, en que el siglo XX determinó la transición “[de] un Estado predominantemente legislativo, propio de la concepción liberal, se pasó a uno predominantemente administrativo”.¹²⁹

La forma cómo la *libertad* fue complementada por la *igualdad* en el entendimiento de la satisfacción de estas necesidades colectivas supuso, como se indicó antes, un salto filosófico conceptual de la doctrina de los servicios públicos junto al derecho administrativo y la administración pública.

No obstante, aquello derivó en determinar la intervención del Estado en la economía y de los costos que ese *nuevo* Estado debía asumir para garantizar tales derechos sociales mediante una administración pública inmediata o mediata, conforme dirán Rivero y Granda.¹³⁰

¹²⁸ Ariño, *Principios de derecho público económico*, 139.

¹²⁹ Franck Moderne, *Apuntes del Derecho Administrativo Comparado*, Colección Cuadernos de Derecho Administrativo (Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2002), 23, en Viviana Díaz Perilla, “Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier”, en *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Colección textos de Jurisprudencia (Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005), 414.

¹³⁰ Rivero Ortega y Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*. Explican los autores: “Ya hemos dicho que el principio de igualdad es un elemento central del Estado social, cuya interpretación correcta comporta aceptar el tratamiento desigual de los desiguales, favoreciendo en particular las oportunidades de quienes tienen que hacer esfuerzos extraordinarios para integrarse en sociedad, por sus circunstancias. Esto afecta tanto a la actuación administrativa inmediata como a la mediata. Por ello, en la selección de personal y la adjudicación de los contratos públicos la Administración debe incorporar “cláusulas sociales” y de “favorabilidad”. El poder de compra del Estado debe orientarse en el sentido de propiciar la responsabilidad social de las empresas, animando a terminar con la discriminación por razón de género, a contratar e integrar discapacitados, a proteger el medio ambiente a incentivar a las pequeñas, medianas empresas o emprendimientos colectivos. [...] Más allá de estas interesantes proyecciones jurídicas de la

En ese marco, la ubicación histórica entre el constitucionalismo social de las primeras décadas del siglo XX y la cada vez mayor intervención del Estado en la economía para la satisfacción de intereses generales es coincidente. Si ha de decirse que al constitucionalismo social, como corriente filosófico-jurídica, le concernían y preocupaban sustancialmente –y en un inicio– las desigualdades sociales, también se dirá que el Estado social se presentaba como una solución económica, además de jurídica.

Aquello con el objetivo de promover el acceso a servicios que, como ha quedado explicado en líneas anteriores, resultaba de difícil acceso a grandes grupos poblacionales, como por ejemplo, los servicios de agua potable y alcantarillado.

Un ejemplo histórico importante de este tipo de servicios en la región andina se encuentra en el caso de Bogotá en la década de 1930. En el marco de las reformas constitucionales de 1936, puede observarse cómo el constitucionalismo social permeabilizó la necesidad de ofrecer a la población estos servicios públicos.

Barreto Moreno explica:

El día 25 de octubre de 1935 el Senado de la República con un lacónico mensaje remitió a la Cámara de Representantes el proyecto de ley “por la cual se fomenta la construcción de acueductos y alcantarillados”, que estaba integrado por dos artículos que de manera concreta señalaban las condiciones de los “auxilios o empréstitos” que debía dar la nación a ciertos municipios para la construcción de sus obras de aguas, regulando más las condiciones de un crédito que de un servicio público. La exposición de motivos del proyecto de Ley se limitó a mencionar que la normativa vendría a solucionar dos inconvenientes básicos: asegurar “la provisión de aguas y la construcción de sistemas de drenaje modernos”, de tal manera que se mejorara la salubridad de la población. Como se observa, el proyecto inicial no regulaba la prestación de un servicio público a la manera francesa; se trató de una propuesta originada en el Senado para sufragar los gastos de la construcción de ciertas obras que para ese momento se consideraron necesarias en las ciudades más importantes – capitales- y municipios grandes.¹³¹

Para el caso de México, sobre el servicio de agua potable, en este caso, Delgado y Angulo sostienen:

Elijo [*sic*, seguramente por ‘elegimos’] como punto de partida el servicio de abasto de agua en las ciudades de México en la primera mitad del siglo XX porque durante este

cláusula social, la Administración Pública debe, conforme a este arquetipo, asumir la prestación de los servicios públicos más básicos para la vida en comunidad, garantizando la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos. Así, la educación, la sanidad, la seguridad social, el transporte colectivo o la ayuda a quienes se encuentran en situación de desamparo son intervenciones administrativas no disponibles”, 38.

¹³¹ Barreto Moreno, “La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta”, 77 y 78.

período ocurrieron cambios fundamentales en las formas de obtener y usar el agua, lo cual desembocó en la implantación de un sistema de abasto domiciliario, basado en la explotación de mantos freáticos y orientado a satisfacer necesidades domésticas e industriales. Este sistema sustituyó –de manera progresiva y desigual– a las infraestructuras hidráulicas en uso durante el siglo XIX, que utilizaban acueductos y acequias construidas al aire libre para llevar agua de manantiales o ríos a fuentes públicas ubicadas en diversos puntos de las ciudades. El agua se destinaba principalmente para usos agrícolas, casi siempre representados por el cultivo de huertas. En segundo término se encontraban las necesidades domésticas de los habitantes, quienes utilizaban pozos o compraban el líquido a los aguadores para complementar su consumo. La implantación del sistema de abasto domiciliario ocurrió en un contexto marcado por el crecimiento demográfico, un desarrollo económico orientado a la industrialización y un acelerado proceso de urbanización.¹³²

Así también, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, el caso del agua potable y alcantarillado de Santiago de Chile, entre 1887 a 1910, se puede observar como la previsión de estos servicios contaban, por así decirlo, con una mejor estructura jurídica y de gestión. Fernández Domingo explica:

La construcción de la red de alcantarillado y de distribución de agua potable de Santiago responde tanto a las necesidades creadas por el crecimiento de la población y del espacio urbano como a intereses y el favor relativo de un modelo urbano concebido por las elites dirigentes y científicas. Su materialización es uno de los hitos fundamentales de la constitución del Santiago moderno, representando un motor de innovación, crecimiento y modernidad. Su inauguración afirma la capital del país como la vitrina y la puesta en escena del Estado moderno. En este sentido, el proceso de preparación, concepción y de construcción de la red de alcantarillado y de distribución de agua potable constituye una ruptura técnica, financiera y administrativa con respecto a la gestión del Santiago *premoderno*. El estudio nos muestra que esta ruptura, relacionada con una nueva representación urbana de tipo abstracto y esquemático, se acompaña de

¹³² Francisco Javier Delgado Aguilar y Juan Pablo Angulo Partida, “Servicios públicos y cultura urbana en México durante la primera mitad del siglo XX. Una propuesta de estudio desde la historia del abasto de agua”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas* XXIII, n° II (2017): 29–50, 32 y 33. Añaden los autores: “La conjunción de estos fenómenos provocó un mayor consumo de agua en las ciudades, hecho que se combinó con la modificación cualitativa de la demanda, pues se difundieron ideas sanitarias que resaltaban la necesidad de potabilizar el líquido y llevarlo directamente a las viviendas. Los nuevos sistemas de abasto a domicilio y el uso intensivo del agua fueron posibles gracias a innovaciones tecnológicas como el uso de la electricidad, el motor de combustión y el diseño de bombas cada vez más potentes. Esto, junto con la introducción del acero y el concreto, hizo posible la construcción de presas más altas y resistentes, así como de pozos más profundos, lo que potenció como nunca antes los usos del agua. El creciente consumo de agua, su potabilización y distribución domiciliaria –exigidas por la difusión de nuevos paradigmas sanitarios– implicaban una mayor complejidad técnica y requerían inversiones que rebasaban con mucho la capacidad financiera y de gestión de los gobiernos locales en México durante el siglo XX. A raíz de esta situación, el crecimiento urbano convirtió en obsoletos e insuficientes los esfuerzos por renovar y extender los sistemas de abasto de las principales ciudades del país. Lo anterior propició a su vez la intervención del gobierno federal, el cual buscó controlar el manejo del agua con el argumento de que los estados y municipios eran incapaces de llevar agua potable a los habitantes de los centros urbanos”, 32 y 33.

una transformación de las estructuras de la gestión urbana y del ejercicio de los profesionales de lo urbano.¹³³

Los respectivos ejemplos citados en Bogotá, México y Santiago son útiles en este estudio en la medida en que a inicios del siglo XX, por una parte, las administraciones públicas tomaban conciencia de la importancia que significaban proveer de este tipo de servicios para ciertas locaciones de América Latina.

Sin embargo, servicios como el agua o el alcantarillado no aparecen como parte de los derechos *sociales* de las constituciones, pero sí dan cuenta de cómo los estados adquirirían más conciencia sobre la necesaria participación en las actividades económicas de los servicios públicos.

Dicho esto, se recurre a continuación a planteamientos teóricos generados por Di Plinio en su *Diritto pubblico dell'economia*, Montaña Plata explica cómo tal autor propone tres momentos importantes de amplia y reducida intervención del Estado en la economía del contexto histórico que aquí se revisa. Montaña ubica al constitucionalismo social dentro de una *segunda* etapa histórica y ya muy cerca de la que estaba por llegar:

[M]otivada principalmente por la presencia de desigualdades significativas entre los asociados, se pasa a una decidida (la más decidida de la historia) intervención del Estado en la economía. En ella no sólo se toman medidas dirigidas a las clases menos favorecidas, sino que se realiza un proceso de apropiación de diversos sectores económicos, disfrutando de ellos de manera parcial o en condiciones de monopolio.¹³⁴

Corresponde evidenciar por qué la intervención del Estado en la economía es un aspecto importante en el desarrollo de las tensiones teóricas de los servicios públicos en el marco de la dialéctica Estado-sociedad y por ende del Estado social. En otras palabras, es necesario girar la mirada a cómo el constitucionalismo social impregnó, aún

¹³³ Enrique Fernández Domingo, “Estudio sobre la génesis y la realización de una estructura urbana: la construcción de la red de alcantarillado de Santiago de Chile (1887 - 1910)”, *Historia* 1, n° 48 (junio de 2015): 119–93, 186 y 187.

¹³⁴ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Añade el autor: “Las desigualdades sociales reales, junto con altas cargas ideológicas (también en esta oportunidad) económicas y sociales, producen, más que un efectivo cambio en la forma de concebir el Estado, un cuestionamiento sobre los instrumentos que éste debe usar para remediar precisas situaciones que los particulares no han sido capaces de resolver. Señalábamos, a propósito de la forma social y de derecho del Estado, cómo ésta implicaba una lucha abierta contra el statu quo, contra una situación que se caracterizaba por una intensa problemática social. Esta última, indicábamos, no comportaba automáticamente una intervención del Estado, aunque definitivamente sí una actitud más preocupada, más activa y más comprometida, en la que la intervención resultaba muchas veces (mas no necesariamente) un instrumento pertinente”, 90 y 91.

más, de un sentido solidario a la actividad estatal a través del derecho administrativo y administración pública en los servicios públicos.

En ese sentido, se retoma lo explicado previamente por Espino Tapia que sostiene que la literatura ha aclarado que el Estado social no era equivalente al Estado de bienestar y que este último, más bien es una consecuencia del primero.

Por tanto, habrá que estudiar cómo las nociones de servicios públicos se expresaban en la siguiente fase del Estado y con ello determinar en el decurso de estas transiciones cómo han quedado manifestadas las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo.

2.2. Estado de bienestar

Bentham sostenía, según Borja, que el fin institucional del Estado consistiría en buscar el mayor bienestar para sus miembros.¹³⁵ El bienestar es un concepto, además, actual y vigente en términos de Mancebo,¹³⁶ al que se hace referencia puede ser explicado como un momento posterior –y más ambicioso– del Estado social, particularmente, como expresará Jordi Sánchez, luego de la segunda guerra mundial en Europa y mayormente consolidado.¹³⁷

En el caso de países que no participaron en este conflicto, como Suiza, explicará Vanossi, se tiene que “a través de su reforma constitucional de 1947 incorporó a la ley suprema el concepto estatal de *bienestar*”.¹³⁸

Espino Tapia ha aclarado que el uso indistinto de los términos *social* y *bienestar* era inadecuado. La autora aclara que “el segundo no ha podido ni siquiera adecuarse al

¹³⁵ Rodrigo Borja Cevallos, *Derecho Político y Constitucional*, 2ª ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 1991), 80.

¹³⁶ Mancebo se refiere al Estado de bienestar como un: “concepto político que está relacionado íntimamente con una forma de gobierno concreta, centrada el bienestar de todos sus ciudadanos, pero también constituye la materialización de la participación activa, en términos sociales, del conjunto de los ciudadanos en el diseño global del sistema. La nueva gestión en los modelos de los servicios públicos es de capital importancia para dibujar el nuevo marco de actuación sobre la protección y derechos reales de la ciudadanía. La crisis sanitaria, a pesar de su crudeza, puede constituir una oportunidad como punto de inflexión en la nueva delimitación del concepto de servicio público y de las relaciones ciudadano–administración”. Esteban Mancebo Lozano, “El Estado de bienestar y la nueva gestión de los servicios públicos en España y Latinoamérica: innovación en los servicios sociales y sanitarios tras el Covid-19”, *Saber Servir: Revista de la Escuela Nacional de Administración Pública del Perú*, n° 6 (2021): 95–121, 95.

¹³⁷ Sánchez, “El Estado de Bienestar”. Explica el autor: “El concepto de Estado de bienestar tiene unos orígenes históricos bastante lejanos si aceptamos la premisa de que su plena consolidación se produce después de la Segunda Guerra Mundial”, 236.

¹³⁸ Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 544.

mundo neocapitalista contemporáneo”,¹³⁹ mientras que el primero subsiste y persiste como “el mejor modelo político–jurídico para garantizar una sociedad más democrática y compensatoria, que de alguna manera vislumbra en su horizonte el ideal del Estado de bienestar para el siglo XXI”.¹⁴⁰

El Estado de bienestar se relaciona con el Estado social porque compromete situaciones que trascienden los fines constitucionales del Estado y es posterior a este último. Para la autora, dicho modelo incentiva una activa participación estatal en las “esferas de la producción y en el control de riesgos”.¹⁴¹

Luego, y es nuestra opinión que desde sus bases teóricas, políticas, constitucionales y especialmente sociales, el Estado de bienestar *prima facie* no supondría ni provocaría tensiones en las nociones de servicios públicos. Como quedó indicado, con el avance de las necesidades sociales, así como la industria y la tecnología, la misión de aquel primigenio Estado social destinaría su institucionalidad para procurar la mayor y mejor atención de aquellas. Eso sí, siempre y cuando las condiciones presupuestarias fiscales sean favorables y suficientes.

Ahora bien, Jaén García explica que un importante antecedente legislativo del Estado de bienestar se encontraba en la «ley de Wagner» o ley de crecimiento de la actividad pública.¹⁴² En dicho marco, propone la formación del Estado de bienestar desde su posible punto de origen al que denomina la *experiencia de Bismark*;¹⁴³ luego,

¹³⁹ Espino Tapia, “Una propuesta de Estado social para el siglo XXI: una vuelta al origen”, 42.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Véase Manuel Jaén García, “La Ley de Wagner: un análisis sintético”, *Papeles del Instituto de Estudios Fiscales*, Serie Economía, n° 6 (2004): 3–59. Explica el autor que para Wagner: “La ley de la creciente expansión de las actividades del Sector Público, y particularmente del Estado, se convierte, para la ley económica fiscal, en la ley de la expansión creciente de los requerimientos fiscales. Los requerimientos del Estado crecen, y a menudo incluso más, los de las autoridades locales, cuando la administración está descentralizada y el gobierno local bien organizado. Recientemente ha habido en Alemania un marcado crecimiento en los requerimientos fiscales de las municipalidades, especialmente las urbanas. Esta ley es el resultado de observaciones empíricas en países en progreso, al menos en nuestra civilización europea occidental; su explicación, justificación y causa es la presión para el progreso social y el cambio resultante en las esferas relativas de la economía privada y pública, especialmente la economía pública compulsiva. Las restricciones financieras pueden dañar la expansión de las actividades estatales, causando que su medida esté condicionada por los ingresos en lugar de otras cuestiones, tal como es más usual, pero en el largo plazo el deseo de desarrollo de un pueblo progresivo se impondrá a estas dificultades financieras”, 8.

¹⁴³ De acuerdo a Mario Alfredo Navarro Ruvalcaba, “Modelos y regímenes de bienestar social en una perspectiva comparativa: Europa, Estados Unidos y América Latina”, *Revista Desacatos*, n° 21 (agosto de 2006): 109–34, “En el año 1883 se llevaron a cabo los primeros programas estatales de previsión social en la Alemania de Bismark. En su legislación se establecieron las bases de la seguridad social moderna para el principio contributivo, mediante el cual se financiaba obligatoriamente un sistema básico de previsión social. Los trabajadores pasaron a ser considerados sujetos de derechos y obligaciones y no pobres potenciales que tan solo podían recurrir a ayudas estatales contingentes en caso de pérdida del empleo”, 111.

el paso por la constitucionalización de los derechos sociales en la Constitución de Weimar de 1919.

A continuación, vendrá la tercera fase denominada *consolidación* y finalmente se identificará la cuarta etapa llamada *expansión*. Luego de todo aquello, vendrá la crisis de este Estado, al cual se hará mención más adelante.

De modo particular, los efectos colaterales de las primera y segunda guerra mundiales, provocaron que las relaciones entre Estado y sociedad se permeabilicen entre sí y que el primero adquiera mayor protagonismo.

Parece un fenómeno paradójico que, por una parte, el constitucionalismo social intentaba promover e incrementar las relaciones del Estado y la sociedad mediante los servicios públicos, y, por otra, que el Estado de bienestar se promovía así mismo, pero con mayor burocracia, mayor regulación y mayor participación en las economías de los países. Sánchez dirá:

El Estado no podía permanecer indiferente a las causas que generaban la crisis económica. Para distinguirlo del Estado autoritario y también del liberal de derecho, Forsthoff atribuye a ese Estado social incipiente el rasgo diferenciador de que garantiza la subsistencia de sus individuos a través de un abanico de prestaciones sociales y de políticas de redistribución de la riqueza. Un Estado, en las propias palabras de Forsthoff, cuyas funciones esenciales son de servicio.¹⁴⁴

El intervencionismo del Estado en la economía resultaba entonces un factor clave en el propósito que se intentaba perseguir desde el derecho de los servicios públicos y administración pública.

En el marco de las depresiones económicas sufridas en el mundo, concretamente entre otros durante los años treinta y luego, como consecuencia de la segunda guerra mundial, los problemas que surgieron especialmente para las clases sociales más vulnerables eran más palpables y desesperantes.

Allí fue en donde el mérito de las teorías de John Maynard Keynes debía ser reconocido, justamente para calmar el clima de desesperanza que se había creado durante la *gran depresión* y gracias a las intervenciones gubernamentales en la economía y en el contexto de la segunda guerra mundial.

Cronológicamente, este período coincide con la cuarta etapa sobre la evolución de la noción de los servicios públicos identificada por Gaspar Ariño, esto es, un

¹⁴⁴ Sánchez, “El Estado de Bienestar”, 244.

incremento del protagonismo del Estado y sus relaciones jurídico–económicas con la sociedad.

Así también, la puesta en marcha de *tipos* de Estados de bienestar¹⁴⁵ de la mano de los modelos planteados, principalmente, por Keynes –quien a la fecha era aparentemente un economista de corte socialista–,¹⁴⁶ tendientes al establecimiento de la recuperación de lo perdido durante la guerra y buscando la forma para restaurar la economía.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Sonia Draibe y Manuel Riesco, “Estado de Bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporánea”, Estudios y Perspectivas (México D.F.: Organización de las Naciones Unidas y CEPAL, 2006). Explican los autores: “La concepción del bienestar mediante la inserción productiva se presenta bajo las más diferentes versiones, manifestadas en las ideas de bienestar productivo o bienestar con trabajo o el nuevo bienestar social (*Productivist Welfare, Workfare* o *Welfare to Work, New Welfarism*) (Taylor-Gooby, 1998 y 2001), en el bienestar social positivo (*Positive Welfare*) (Giddens, 1998) y en el bienestar social activo (*Active Welfare*) (Vandenbroucke, 2005). Frecuentemente, se le asocia a los partidos socialdemócratas europeos de los años noventa, en especial con la “tercera vía” y su propuesta de un “Estado de bienestar activo” (*Active Welfare State*), que promueve la reducción de los riesgos sociales mediante la educación y la capacitación, con el objetivo de transformar a los ciudadanos de receptores pasivos de beneficios sociales en personas independientes, activas, coproductoras de su propia seguridad. Igual que otras corrientes, esta concepción, que aspira a constituirse en teoría de un *nuevo Estado de bienestar*, valoriza la política social que contribuye a ampliar la participación económica y el crecimiento. Ha sido criticada por reducir el bienestar a poco más que reglas morales y normas de conducta, y despreciar las cuestiones de justicia social, universalidad e igualdad, lo cual en última instancia encubriría un ataque real al Estado de bienestar (Sabel y Zeitlin, 2003). Pese a no haber logrado tan ambicioso objetivo, esta perspectiva ganó amplia difusión, hasta orientar reformas e innovaciones de programas sociales en muchos países con gobiernos de distintas orientaciones. Programas educativos, de capacitación y los que favorecen el empleo productivo y el autoempleo en microempresas o mediante el microcrédito, muy presentes en la experiencia latinoamericana reciente, han traducido aquella concepción en política social concreta”, 13.

¹⁴⁶ Parte de la literatura, más bien, intenta aclarar que Keynes solía ser injustamente increpado de ser socialista y que, por el contrario, sus ideas no fomentaban dicha doctrina. Wapshott sostendrá: “Por si alguien le acusaba de ser un socialista declarado, Keynes se dedicó a criticar el proteccionismo y el socialismo marxista, las dos grandes tradiciones políticas que se oponían a las soluciones del libre mercado, y las acusó de impulsar el sistema que ellas mismas despreciaban. Si bien el proteccionismo era plausible, aunque erróneo, Keynes reservó el grueso de sus ataques para los marxistas. Se preguntaba «cómo es posible que una doctrina tan ilógica y tan estúpida pueda haber ejercido una influencia tan grande y duradera en la medida de los hombres» Más adelante rechazó el socialismo por ser «un poco mejor que la polvorienta capacidad de un plan para resolver los problemas de hace cincuenta años, basado en una mala interpretación de lo que alguien dijo hace cien años». Keynes hizo todo lo posible para dejar claro que, a diferencia de los marxistas y algunos socialistas, no estaba defendiendo que el estado reemplazara a la empresa privada. «Lo importante para el gobierno», escribió, «no es hacer cosas que los individuos ya están haciendo, y hacerlas un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquellas cosas que no se están haciendo». Vale la pena insistir en que, para aquellos que todavía hoy se empeñan en describir a Keynes y a los keynesianos como socialistas declarados, mientras que, durante un tiempo, Hayek fue socialdemócrata, Keynes nunca fue socialista, ni flirteó con el socialismo, ni siquiera con su versión anémica británica, el fabianismo. Keynes siempre fue miembro del partido liberal, que luchaba por sobrevivir en su batalla contra los socialdemócratas del partido laborista. Creía en un *término medio* entre el capitalismo y el socialismo, entre el conservadurismo y la socialdemocracia y entre las que creía que eran las doctrinas originales de ambos lados”. En Nicholas Wapshott, *Keynes vs. Hayek*, 3ª ed. (Barcelona: Ediciones Deusto, 2013), 52 y 53.

¹⁴⁷ Joseph E. Stiglitz y Jay K. Rosengard, *La economía del sector público*, 4ª ed. (Barcelona: Antoni Bosch editor, 2015). Sostienen los autores: “El gran economista inglés John Maynard Keynes, que escribió en medio de la Gran Depresión, creía firmemente no sólo que el Estado debía intervenir para hacer frente a las depresiones económicas sino también que podía hacerlo. La creencia de que el Estado debía y podía estabilizar el nivel de la actividad económica acabó plasmándose en la legislación de

Sobre Keynes, Alonso–Martínez señala que “al desarrollar su teoría, que sugería que las políticas monetarias y fiscales eran capaces de asegurar el pleno empleo, proporcionó a los gobiernos un instrumental económico que se utilizó para garantizar en alguna medida la estabilidad social y económica en los diversos países”.¹⁴⁸

Así también, resultaba necesaria la intervención del Estado en la economía en función de los desajustes sociales que se produjeron a partir de los eventos mencionados como una forma de atención emergente que, entre otros aspectos, oriente las fuerzas del capitalismo en consonancia con los derechos sociales y los servicios públicos.

Roldán Martín identificaría las relaciones entre la crisis económica y la puesta en marcha del *Welfare State*, así:

Más tarde, con la Gran Depresión y la quiebra de numerosas empresas privadas concesionarias de servicios públicos, la irrupción de las teorías keynesianas y el desarrollo del *Welfare State*, se iniciaría una ola de nacionalizaciones que sumaron a la titularidad estatal de los servicios públicos la prestación material por la propia Administración del Estado. Con el tiempo, la quiebra del nexo entre servicio público y régimen público, derivaba de la realización de determinadas actividades materiales por el Estado pero bajo la veste de personificaciones instrumentales de derecho privado, abriría las puertas a la crisis del concepto.¹⁴⁹

Esta lógica de intervencionismo estatal es abordada por el referido autor Alonso –Martínez, quien inserta los elementos más importantes del intervencionismo estatal en la cuarta etapa de la noción de servicios públicos desarrollada por Ariño y que consta *ut supra*. Así, el autor referido propone:

Tabla 2
Síntesis sobre el intervencionismo estatal presente en los Estados de Bienestar según Alonso - Martínez

Actividad	Características
Regulación de la demanda	“El objetivo de esta acción consistía en estimular la demanda efectiva de consumidores y con ello, estabilizar los ciclos económicos para formular objetivos económicos generales. Para conseguir este propósito, se utilizó las políticas monetarias y fiscales planeadas por John Maynard Keynes.
Crecimiento del Estado de bienestar	Las características más importantes del siglo XX, luego de acaecidos los acontecimientos de la segunda guerra mundial, consistían en el desarrollo de legislaciones sociales y la implementación de servicios sociales. De acuerdo a Alonso-Martínez “Los servicios prestados por el Estado tienen, sin embargo, sus orígenes con anterioridad a la formulación de las propuestas keynesianas. El Estado asistencial, por tanto, es prekeynesiano y responde a exigencias que se inician a fines del siglo pasado y comienzos del presente, aunque su máximo desarrollo se producen

Estados Unidos, en la *Full Employment Act de 1946*, por la que se creó al mismo tiempo el *Council of Economic Advisers* a fin de asesorar al presidente para lograr estos objetivos [...], 37.

¹⁴⁸ Carlos Berzosa Alonso-Martínez, “Logros y limitaciones del Estado de bienestar”, en *Administraciones y servicios públicos: ¿reforma o privatización?* (Madrid: Izquierda Unida, 1993), 24.

¹⁴⁹ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 22.

	después de la segunda guerra mundial”.
Reglamentación estatal de las actividades económicas	Dado que este moderno estado capitalista se introduce en las áreas de la vida, resultaba necesario también regular otro tipo de actividades además de la política social. Resaltan por tanto las regulaciones de actividades mercantiles, mercado de trabajo, relaciones industriales, así también se aseguraba la “protección del consumidor, la construcción de viviendas y hasta fija la obligatoriedad de la edad en que los niños deben recibir educación. De modo que el estado interviene de forma creciente, pone límites y reglamenta el sistema de funcionamiento de la empresa privada”.
Nacionalización de empresas	En función a que el Estado se ha convertido en productor de bienes y servicios para la venta, la nacionalización se relaciona con procesos de producción que se vuelven no rentables en las “unidades de protección privadas debiendo ser entonces abandonados e interrumpidos lo que determina su desaparición de la esfera de la competencia de los capitales”. ¹⁵⁰

Fuente: Carlos Berzosa Alonso–Martínez, *Logros y limitaciones del Estado de Bienestar*.¹⁵¹
Elaboración propia

Un Estado, se insiste, presente en la mayor cantidad de aspectos sociales y en la economía, con una burocracia *todopoderosa*, como la calificará Rodríguez-Arana, dispuesta a controlar a la sociedad de manera permanente y continua,¹⁵² necesitará de una forma de administración pública que le permita conseguir tales objetivos.

Ese mismo Estado, como construcción doctrinal se erigirá, tal como plantea Linde Paniagua, en tres pilares fundamentales: “1) un sistema universal de pensiones públicas y otras prestaciones sociales, 2) un sistema público y universal sanitario; y, 3) un sistema público y universal educativo.”¹⁵³

A ello se sumará, dependiendo del grado de intervención mayor o menor, aspectos tales como “la vivienda, la cultura, el medio ambiente, el ocio, la protección de los consumidores, la protección de las personas dependientes, etc.”.¹⁵⁴

De tal manera, según cada caso y en cada Estado, era “posible identificar un determinado Estado de bienestar dependiendo del volumen de recursos dedicados al

¹⁵⁰ Continúa el autor: “Así pues el Estado se convierte en regulador, demandante y productor. La intervención del Estado no se limita solo a la gestión del presupuesto público y las inversiones que de este surgen, sino que toma formas cada vez más variadas y selectivas: sociedades estatales; sociedades mixtas en donde se encuentran asociadas el estado y empresas privadas; tarifas públicas preferenciales concedidas a grupos económicos; intervenciones directas o indirectas que revisten múltiples formas: subvenciones, créditos, encargos públicos, reglamentaciones específicas, etc. La función principal del Estado es asegurar que se den las condiciones generales de la protección encargándose de todos aquellos procesos materiales que no pueden operar sobre una base de obtención de beneficio y rentabilidad, al tiempo que determina si esas condiciones de protección son realmente necesarias desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad”, 26.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 25 y 26.

¹⁵² Rodríguez-Arana Muñoz, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, 36.

¹⁵³ Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, 134.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

gasto social y de la incidencia pública en cada una de las materias que lo constituyen”.¹⁵⁵

Lo más importante, a nuestro juicio, radicaba en que a diferencia de lo que la teoría socialista marxista hubiere considerado, este sistema de Estado de bienestar no renegaba del capitalismo y más bien, intentaba afianzarse a través de él y de sus instituciones.¹⁵⁶

El Estado de bienestar, entonces, debía relacionarse con la sociedad, al menos teóricamente, a través de instituciones capitalistas y mediante dos objetivos claramente identificados: “a) el crecimiento económico dentro de las reglas del juego del capitalismo; y, b) La producción pública del bienestar necesario con la doble finalidad de garantizar la paz social y asegurar una demanda sostenida”.¹⁵⁷

Allí se encuentra una diferencia sustancial y una tensión teórica con el Estado social, con el pensamiento que de una u otra forma, propendían las doctrinas socialistas, comunistas y marxistas.

Así, por ejemplo, en cuanto a la regulación de la demanda, identificada como primera característica del Estado de bienestar por Martínez, se señalará la existencia de relaciones directas entre aquella y el crecimiento productivo de las economías nacionales.

Tal aspecto iría de la mano con la noción de servicios públicos presentes en este modelo de Estado, pues si alguna demanda de servicios existía en la población luego de la segunda guerra mundial, eran precisamente aquellos servicios que satisfacían un interés general que no podían ser satisfechos por estos propios sujetos en modo individual. Navarro sostiene:

En concordancia con algunas de las ideas de John Maynard Keynes, el Estado de bienestar ha sido también concebido funcionalmente como garante de estabilidad macroeconómica. Es así como el desarrollo del *Welfare State* ha pretendido coadyuvar

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ Véase Homero Galán Benítez, “¿Qué crisis afecta al Estado de Bienestar? Dinámica general y lecciones del caso alemán”, *Revista Andamios* 5, n° 10 (abril de 2009): 335–59. Explica el autor: “el concepto de EB en los términos con que se le identifica en la actualidad se acuña realmente tiempo después, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial. Es en la posguerra cuando Europa occidental, y otras democracias industrializadas, desarrollan formas avanzadas de provisión de bienestar caracterizadas por la confluencia *sui generis* de tres factores institucionales: 1) sistemas políticos consolidados con una estructura liberal - democrática; 2) economías nacionales organizadas sobre los pilares del mercado y las relaciones capitalistas de producción, y 3) lo anterior acompañado de un novedoso esquema institucional de redistribución de la riqueza —una *socialización* de la economía— a través, principalmente, de las políticas de salarios y fiscal, así como la expansión del gasto social. Se pretendía así reducir desigualdades y financiar la provisión de servicios y subsidios”, 338.

¹⁵⁷ Sánchez, “El Estado de Bienestar”, 246.

al mantenimiento de la demanda interna y al crecimiento productivo de las economías nacionales. Éste es uno de los aspectos subvalorados a menudo en los estudios sobre el Estado de bienestar, pero cuya importancia ha sido capital en la consolidación del consenso que facilitó el crecimiento económico sostenido de las democracias industriales occidentales después de la Segunda Guerra Mundial y, en especial, durante el periodo de la “época dorada” del desarrollo del capitalismo de bienestar. De acuerdo con una perspectiva macroeconómica keynesiana, cabe asociar la consolidación de los Estados de bienestar con la puesta en vigor de políticas económicas de estímulo a la demanda por parte del sector público.¹⁵⁸

Luego, sobre la época dorada del Estado de Bienestar mencionada por Navarro, particularmente durante el período 1945–1975, Galán Benítez sistematizará como sus componentes principales los siguientes:

Tabla 3
Síntesis sobre los componentes principales del Estado de bienestar según Galán Benítez

Tasas de alto crecimiento económico
Expansión constante del bienestar social, principalmente por vía de las políticas fiscal, de salarios y de gasto público
Legitimidad política ampliada, a través de un régimen político liberal – democrático y una gobernanza social corporativa
Regulación en sentido restrictivo de los flujos monetarios y de capitales internacionales, beneficiando el control nacional de las variables económicas (Bretton Woods)
Dominio del paradigma teórico keynesiano

Fuente: Homero Galán Benítez¹⁵⁹

Elaboración propia

La administración pública en este Estado de bienestar debía buscar el equilibrio entre el servicio y el poder. Las instituciones capitalistas presentes en el Estado de bienestar también requerían de regulación jurídica. Por tal razón, resultaba necesaria la toma de conciencia sobre la importancia de la regulación de la economía y del mercado de los servicios públicos y otras actividades de interés general.

De acuerdo a John Stuart Mill, según explica Ariño Ortiz, dos comportamientos debían ser regulados en el marco del análisis económico del derecho: las leyes de la producción y las leyes de la distribución. De acuerdo a dicho autor, para Mill: “1. Las leyes de la *producción*, que rigen los aspectos económicos de la producción de riqueza [...]; 2.- Las leyes de la distribución de la riqueza: es un problema de justicia

¹⁵⁸ Navarro Ruvalcaba, “Modelos y regímenes de bienestar social en una perspectiva comparativa: Europa, Estados Unidos y América Latina”, 112.

¹⁵⁹ Galán Benítez, “¿Qué crisis afecta al Estado de Bienestar? Dinámica general y lecciones del caso alemán”, 341.

conmutativa y redistributiva, esencial para la estabilidad y progreso de las sociedades”.¹⁶⁰

Resulta cierto que luego de la Segunda Guerra Mundial, la expedición de las constituciones de Alemania (1949) e Italia (1947), tendientes ambas a la formación de sus respectivos Estados de bienestar con democracias económicas en el mediano plazo, tomaron elementos del constitucionalismo social o *socializante*, distinguiéndose, eso sí, del constitucionalismo socialista.¹⁶¹

Sin embargo, los elementos descritos por Mill y que hubieren podido derivar mediante cláusulas constitucionales sobre las relaciones entre la administración pública y la regulación económica de los servicios públicos y otras actividades de interés general, fueron plasmados para dichos países –los vencidos en la guerra– de manera diferente.

En el caso de la Constitución alemana de 1949, también conocida en el constitucionalismo como Ley de Bonn, se advertía en el artículo 74 la determinación de desarrollo legislativo sobre actividades administrativas–económicas de la siguiente manera:

Artículo 74.- La legislación concurrente abarca las materias siguientes: [...] 11. El derecho de la economía (minería, industria, *energía*, artesanía, pequeña industria, comercio, *régimen bancario* y bursátil, seguros de derecho privado), con exclusión del derecho de cierre del comercio, de los restaurantes y bares, de salas de juego, de la

¹⁶⁰ Ariño, *Principios de derecho público económico*, 71 y 72.

¹⁶¹ Vanossi, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Explica el autor: “Las prescripciones constitucionales mencionadas fueron calificadas por la doctrina como vías ‘hacia la socialización’ y como medios para el establecimiento de una ‘democracia económica’, pero sin llegar a asumir los caracteres del establecimiento de un régimen socialista. Cuanto más, la calificación empleada ha sido la de ‘socializante’. Por su parte, la Ley Fundamental alemana contiene algunas afirmaciones generales que proclaman su carácter ‘social’ (artículo 20, punto 1º, y artículo 28, punto 1º) y que reflejan en bastante medida el acuerdo logrado para su sanción entre socialdemócratas, liberales y demócratas cristianos. Pero en cuanto a su articulado específico, esta Constitución no difiere mayormente de las que pertenecen al campo filosófico del liberalismo constitucional. Ha sido la legislación de cada época la que más ha definido el predominio de una tendencia meramente liberal o de inclinación socialdemócrata según los casos. En cuanto a Italia, es sabido que en su constituyente confluyeron las tres vertientes más importantes de la cultura política de ese país: el *Risorgimento liberal* (autor principal de la unidad italiana en el siglo pasado), el catolicismo (en el gobierno a partir de la última posguerra) y el marxismo (que se expresa mediante los partidos socialistas y comunistas, amén de otros grupos menores). Así, la propia Constitución fue el producto de muchas transacciones entre esos encontrados puntos de vista; pero acaso la norma que más tipifica la pertenencia ‘social’ de la Ley sancionada en 1948 es el artículo 3º, que en su segunda parte expresa: ‘... Es misión de la República remover los obstáculos del orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país’. Como puede verse, surge del texto que esta norma oficializa los nuevos roles del Estado. Podemos decir sin retaceos que la Constitución de Italia es la que de entre todas las de posguerra consagra más la impronta del Constitucionalismo social, a través de esta cláusula del artículo 3º: allí reside la verdadera protocolización de aquella transformación de los roles y de los derechos”, 545 y 546.

exhibición de personas, de las ferias, de las exposiciones y de los mercados [...]; 16. La prevención del abuso de una posición de poder económico; 19. a. El financiamiento de hospitales y la regulación de las tarifas de los mismos [...] 23. Los ferrocarriles que no sean ferrocarriles de la Federación, con excepción de los de montaña.¹⁶²

Por su parte, en la Constitución de Italia de 1947, a pesar de una mayor impronta social reconocida por Vanossi, se ha de indicar sobre las relaciones entre la administración pública y la regulación económica que el artículo 43, simplemente determinaba que el principio de legalidad –más no de regulación administrativa económica–. Así, era aplicable para los procesos de expropiación e indemnización de las industrias de servicios públicos:

Art. 43.- La ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general predominante.¹⁶³

El caso de España es particular pues la Constitución de 1931 no fue producto ni consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. No obstante de aquello, desde entonces se refería a la regulación administrativa de actividades de interés general. Lo hacía de la siguiente manera en el artículo 44, inciso cuarto:

Art. 44.- [...] Los servicios públicos y las explotaciones que afecten el interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.¹⁶⁴

Desde la lectura de estas tres constituciones, es interesante comparar la forma de plasmar los aspectos sobre regulación de la administración pública en las actividades de interés general.

En el caso de Alemania, se observa cómo dicha República Federal propendía a reconocer como actividades económicas reguladas por la ley –pero enunciadas desde la Constitución– a actividades tales como energía, bancos, seguros, hospitales y ferrocarriles.

En cambio, lo propio no sucedía con Italia y España. Para estas dos naciones, la relevancia constitucional se establecía desde la facultad de los Estados para expropiar o

¹⁶² Alemania, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, 23 de mayo de 1949.

¹⁶³ Italia, *Constitución de la República italiana*, 21 de diciembre de 1947.

¹⁶⁴ España, *Constitución de la República Española*, 9 de diciembre de 1931.

nacionalizar las industrias de los servicios públicos. Tal posición de Estado coincide con la cuarta etapa de los servicios públicos descrita por Ariño: nacionalización de las empresas dentro de la época de los estados de Bienestar.

Vale destacar por importante el caso de la constitución de Francia de 1949¹⁶⁵ por tener como antecedente las doctrinas jurídicas de las escuelas de Duguit y Hauriou, además de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado e identificada en la primera parte de este capítulo.

Se tiene que, al igual que Alemania, Italia y España,¹⁶⁶ Francia declaró en su artículo primero que es una República indivisible, laica, democrática y *social*. Añadía la Constitución, aunque únicamente en el preámbulo, el principio de solidaridad y la igualdad, ambas banderas de lucha doctrinal de Duguit. Esto frente a las cargas que resulten de las calamidades nacionales.

Además, el preámbulo reconocía como uno de sus *principios políticos*:

Garantizar a todos, particularmente al niño, a la madre, y a los trabajadores jubilados, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, por razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre ante la incapacidad de trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los convenientes medios de existencia.¹⁶⁷

Así también, se establecía en dicho preámbulo el derecho a la educación de la siguiente manera: “La Nación garantiza, tanto al niño como al adulto, el acceso igual a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica a todos los niveles es un deber del Estado”.¹⁶⁸

No obstante de aquello, en lo atinente a las relaciones de la administración pública con la economía y la satisfacción del interés general, únicamente se observaba que la Constitución creaba un *Consejo económico* para la formulación de un *plan económico nacional*. Este tenía por objeto “el pleno empleo de los hombres y la utilización racional de los recursos materiales”.

¹⁶⁵ Francia, Constitución de la Cuarta República Francesa, 27 de octubre de 1946.

¹⁶⁶ El artículo 1 de la Constitución Española no señala expresamente que la República es social, más señala que aquella es una República democrática *de trabajadores de toda clase*.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, preámbulo.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

La Carta Suprema no describía cuáles eran las competencias de dicho Consejo económico. Esto conllevaba a deducir que en la normativa infraconstitucional debieron haberse establecido aquellas.¹⁶⁹

Lo señalado da cuenta cómo las constituciones también provocan, en ciertos casos, tensiones en la forma de entender el rol de la administración pública en el contexto de los sistemas económicos y los servicios públicos dentro de posturas más estatistas que liberales.

En el caso de América Latina, las cláusulas normativas de la Constitución de Querétaro de 1917, fundadora del constitucionalismo social, tampoco presentan mayores referencias específicas respecto de la actividad de la administración pública y la regulación de las actividades de interés general como son los servicios públicos.

En el caso identificado del derecho a la educación, tal como se indicó previamente, únicamente se menciona que la educación pública se sostendrá con fondos públicos.

Más conviene destacar es que esta Constitución preveía la posibilidad de concesionar servicios públicos por autoridad del gobernador del Estado mediante actos de naturaleza jurídica. En efecto, el artículo 22, numeral 8, facultaba al gobernador del Estado de Querétaro a: “Expedir decretos y acuerdos de carácter administrativo para la eficaz prestación de los servicios públicos y otorgar concesiones a los particulares para este mismo efecto”.¹⁷⁰

Probablemente en el año 1917, junto a todos los sucesos históricos y sociales que vivió el estado de Querétaro en México, se generó como producto jurídico aquel texto constitucional y, por ende, el reconocimiento de la concesión de servicios públicos bajo autorización del Estado. Este fue un importante aporte desde el derecho constitucional mexicano al derecho administrativo.

¹⁶⁹ No fue sino hasta el año 1958, con la nueva Constitución de este año, en que se estableció la Ordenanza No. 58-1360 de 29 de diciembre de 1958 que se expidió la Ley Orgánica relativa al Consejo Económico y Social de Francia. A diferencia de su predecesora de 1946, la Constitución de 1958, además de ampliar su denominación, estableció con mayor alcance las prioridades del Consejo Económico, teniendo como resultado lo siguiente: “Art. 70.- El Consejo Económico, Social y Medioambiental podrá ser consultado por el Gobierno y el Parlamento sobre cualquier problema de carácter económico, social o medioambiental. Asimismo, podrá ser consultado por el Gobierno sobre los proyectos de ley de programación que definan las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas. Se someterá todo plan o proyecto de ley de programación”. Francia, *Constitución francesa de 1958*, 4 de octubre de 1958.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

Así lo explica Escola en cuanto a tranvías, ferrocarriles, suministro de gas y electricidad.¹⁷¹

Sarmiento García¹⁷² destaca que para Sayagués Laso,¹⁷³ a inicios del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia colaboraron en la distinción jurídica de la concesión de servicios públicos de la concesión de las obras públicas. Además, Sarmiento García, esta vez recurriendo a Bielsa, explica que la concesión como instituto jurídico tenía un origen:

[R]egalista, de ‘regalía’, palabra proveniente del latín *regalis, rex, regis*, pues se consideraba se trataba de un derecho del rey ligado a su poder no sólo sobre el dominio privado, sino también público, vinculándose las concesiones originariamente más a la idea de dominio, es decir, de su ocupación para el servicio, que del servicio mismo, y señala que el sistema de regalías ha sido la forma común de conceder los servicios públicos durante la época colonial, y por eso se otorgaban a título de favor para gestionar un servicio determinado, lo que, por lo demás, se comprenderá fácilmente – dice– considerando el papel principalmente policial del Estado de entonces. Añade –con cita de Otto Mayer– que en el antiguo derecho la concesión consistía en investigar a una persona de regalías pertenecientes al príncipe, estando todo comprendido en el término genérico de *privilegium*.¹⁷⁴

En el caso de las reformas constitucionales de Colombia de 1936 –casi dos décadas después de la expedición de la Constitución de Querétaro y antes de los eventos de la Segunda Guerra Mundial– también se insertaron en el texto constitucional elementos relacionados a la regulación económica.

¹⁷¹ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, vol. II (Buenos Aires: Depalma, 1979). Indica el autor: “Si bien la concesión de servicios públicos reconoce antecedentes lejanos, puede afirmarse que alcanzó contornos propios y específicos a comienzos de este siglo [...]. A fines del siglo XIX, la aparición de los tranvías y los ferrocarriles y el suministro domiciliario del gas primero, y de la electricidad más tarde, hicieron ver que la concesión podía versar tanto sobre las obras en sí mismas, como sobre la prestación del servicio público correspondiente, para entenderse, por último, que podían darse casos en que lo principal era la prestación de esos servicios, estuviesen o no ligados a la realización de una obra o de un trabajo públicos, los cuales, incluso, llegaron a constituirse en elementos accesorios o necesarios del servicio público, pero siendo éste siempre el objeto primordial del accionad administrativo. [...] No ha sido ajena a esta evolución, como es natural, la multiplicación e importancia que fueron adquiriendo los servicios públicos, por la necesidad de tener que atender, cada vez de manera más amplia, importantes requerimientos de interés público, resultantes de la aparición de modernas invenciones y descubrimientos que, si en un principio no adquirieron ese carácter, pronto se comenzaron a sentir como verdaderas necesidades generales, que debían satisfacerse. Y al no resultar conveniente ni posible que la administración pública a asumiera en forma directa la prestación de esos servicios públicos, la figura de la concesión de servicios públicos, que la trasfería en gran parte a los particulares, fue adquiriendo dimensión, hasta constituirse en un instituto fundamental de derecho administrativo y en un factor importantísimo de su teórica”, 17 y 18.

¹⁷² Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*, 19.

¹⁷³ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. Tomo II (Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959), 11 y 12.

¹⁷⁴ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., vol. Tomo 2 (Buenos Aires: Depalma, 1955), 214.

El artículo 11 señalaba: “El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”.¹⁷⁵

Dicha norma no identificaba expresamente a cuáles actividades se refería con los términos *industrias* o *empresas públicas y privadas*. Resultaría posible considerar que existía una mención, al menos indirecta, a actividades económicas relacionadas con la *producción y distribución* (enfoque de Stuart Mill) de servicios públicos. Eso sí, desde un enfoque de la administración pública colombiana de mediados del siglo XX y en el marco de un intervencionismo estatal *a lo liberal*, como reconocería Botero.¹⁷⁶

En cuanto a Chile, su Constitución de 1925, reconocía en su artículo 14, primer inciso, como derecho de las personas y a la vez obligación de la administración pública lo siguiente:

La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.¹⁷⁷

Nótese como la Constitución chilena delegaba a la normativa legal, tanto a la industria, como a las obras de previsión social, *especialmente* cuando se referían a habitación sana y a condiciones económicas de la vida. Es implícita la referencia a la regulación de servicios públicos por cuanto la misma norma determinaba que la industria no podía ser prohibida, salvo que así lo exija el interés general.

¹⁷⁵ Colombia, Reformas constitucionales de 1936.

¹⁷⁶ Sandra Botero, “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n° 33 (2006): 85–109. Explica la autora: “En la discusión sobre intervencionismo estatal durante la gestación de la reforma de 1936 se evidencia una ruptura con el régimen individualista consagrado en la carta de 1886. Sin embargo, ésta es una ruptura tímida: una propuesta de intervencionismo “a la liberal”: lo que el gobierno impulsaba era, ante todo, los comienzos tímidos de una intervención activa del Estado en la economía (lo cual, por demás, era la consolidación de una tendencia). En concreto, el gobierno buscaba la posibilidad de dotarse de herramientas jurídicas para promover y conducir el desarrollo de la economía nacional impulsando la industrialización de sectores específicos y fomentando la consolidación de relaciones capitalistas. Lo que llama la atención es que durante los debates se vislumbran cambios en otras funciones estatales que le adjudican un papel más activo al Estado, por ejemplo, en el ámbito económico, que era el que más interesaba al ala lopista del partido liberal y al gobierno. También entra en discusión, a través de los representantes más vinculados con tendencias de izquierda, la concepción de un Estado que asuma una posición activa como garante del bienestar social de sus asociados. Este tipo de cambio en la función del Estado es el que sustenta muchas de las propuestas que aquí se discuten”, 91 y 92.

¹⁷⁷ Chile, *Constitución Política de la República de Chile*, 18 de septiembre de 1925.

Este dato es importante porque ubicaba a Chile en una posición constitucionalmente menos propensa a las nacionalizaciones y expropiaciones, lo que no sucedía en Europa con Italia y España. Así también, el último inciso del artículo 14 de la Constitución chilena se refería a los servicios de salud pública y al saneamiento, así como la obligación del Estado de proveerlos, debiendo añadirse que no existía en dicha norma un reenvío explícito a la ley.

El texto simplemente decía: “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.¹⁷⁸

Finalmente, al tomar el caso de la Constitución de Argentina de 1949, se advertían diferencias sustanciales con Chile. De modo expreso y favoreciendo a la corriente estatista, la expropiación y la nacionalización de los servicios públicos, determinaba que dichas actividades de interés general *pertenecían* al Estado. El texto señalaba lo siguiente:

Art. 40.- [...] Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido.¹⁷⁹

Obsérvese cómo las constituciones analizadas de Querétaro, Colombia, España y Chile, cronológicamente entraron en vigencia antes de la Segunda Guerra Mundial, a diferencia de las constituciones alemana, argentina e italiana. Sin perjuicio de aquello, las constituciones denotan importantes atisbos sobre el reconocimiento de ciertas actividades de interés general que debían ser satisfechas por la administración pública mediante servicios públicos.

De maneras jurídicamente diversas, pasando desde posturas constitucionales más estatistas como el caso de España, Argentina e Italia a posturas favorables a la participación del sector privado como el interesante caso del reconocimiento de la concesión como institución jurídico-económica en México, los Estados de bienestar

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*, 16 de marzo de 1949.

necesitaban que las constituciones prevean elementos para cumplir el salto doctrinal que tuvo sus orígenes en el constitucionalismo social.

Si la administración pública debía justificar su rumbo de acción en las actividades de interés general previstas en las constituciones, entonces el derecho administrativo necesariamente encontraría su fundamento en dichas constituciones. Tal fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo, propio de los Estados de bienestar, tenía sentido en la medida en que, a diferencia de lo que promulgaba la Escuela de Burdeos, el fundamento de la administración pública se derivaba de las constituciones y de los derechos *sociales* que en aquellas se venían reconociendo.

En otras palabras, no resultaba del todo factible aceptar las razones de ser de la administración pública y el derecho administrativo, si previamente no se aceptaba que las constituciones determinaban tales razones a partir de la obligatoriedad de satisfacer ciertas necesidades de interés general mediante servicios públicos a cargo de los Estados.

Las transformaciones sociales previstas en las constituciones incidían en el derecho administrativo de los estados de bienestar. Por ende, la constitucionalización como fenómeno provocaba que el derecho administrativo de los servicios públicos se transforme junto a la administración pública, volviéndolo dinámico y evolutivo.

Como señala Brewer–Carías:

El derecho administrativo, incluso conservando principios esenciales, inevitablemente tiene siempre un grado el [*sic*, seguramente por ‘de’] dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente de la propia evolución del Estado, siempre necesitando adaptarse a los cambios que se operan en los ámbitos social y político de cada sociedad. Como desde hace años lo constataba Alejandro Nieto, “las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica” y, con ella, del Derecho administrativo, de manera que este, en definitiva, siempre “refleja los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado”.¹⁸⁰

En el marco de este dinamismo del derecho administrativo y de la administración pública, Cassese identifica de tres posibles fases de constitucionalización del derecho administrativo. Dentro de aquellas, resalta una segunda fase que, desde nuestro punto de vista, coincidirá con las características de los Estados de bienestar y la cuarta etapa de los servicios públicos según Ariño.

¹⁸⁰ Allan R. Brewer–Carías, “Sobre el modelo político y el Derecho administrativo”, en *La constitucionalización del Derecho Administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), 231–56, 236.

En estos modelos, la constitución se *apodera* de la administración pública. como señala el autor:

La segunda fase de la constitucionalización del Derecho administrativo inicia cuando las constituciones en sentido formal, como documentos escritos y dotados de una fuerza superior a la de la ley, dictan normas sobre la administración y sobre el derecho administrativo. Las constituciones escritas se apoderan de la administración y del Derecho administrativo cuando, convertidas las administraciones en cuerpos más extensos y poderosos del aparato público, se vuelve evidente que los derechos de los ciudadanos dependen de la administración. No basta dictar principios sobre la libertad de prensa, la libertad personal, el derecho a la salud, el derecho a la instrucción, sin que sean asegurados los medios materiales para garantizarlos, o poniendo a la administración bajo la dependencia de autoridades independientes, como los jueces –es el caso de la libertad personal y de prensa en muchos países modernos– o dotando a las dependencias públicas de estructuras, de personal de reglas y de procedimientos, como en el caso de los derechos a la salud y a la instrucción.¹⁸¹

De allí, dirá Cassese, que aparece una forma constitucional de regular a las administraciones públicas. Con ello *movilizar* el derecho administrativo hacia espectros de tensión teórica. Probablemente se trate de un fenómeno de ductilidad de la administración pública, esto es, su regulación que se condiciona en todo momento, a la forma de Estado y al modelo económico que aquel determina para cada Constitución.

Los momentos de regulación, control y gestión de la administración pública dependerán, entonces, de si las constituciones de los Estados de bienestar determinan mayor o menor responsabilidades a dicha administración pública.

Esto resultaría más probable y frecuente, una vez adoptadas e insertadas cláusulas económicas y sociales en los textos constitucionales que van de la mano con las responsabilidades públicas. Así, la influencia del constitucionalismo social y su posterior evolución en los Estados de bienestar, condensa la protección de los derechos sociales en formas jurídicas que denotan presencia más fuerte y presente de la administración pública. Una de tipo *todopoderosa* como la califica Rodríguez-Arana, directamente proporcional respecto del cumplimiento de tales fines.

Por ello, Cassese detecta cómo el constitucionalismo influye en las administraciones públicas. Ofrece criterios de desplazamiento o movimiento del derecho administrativo. Lo dice así:

¹⁸¹ Sabino Cassese, “Las tres etapas de constitucionalización del Derecho administrativo”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), 282–305, 285.

La Constitución, entonces, regula administraciones públicas en modo directo e indirecto. En el primer caso, encarga a la ley la organización de los oficios públicos, establece quién es responsable, dicta criterios para el desplazamiento de las funciones. En el segundo, asigna a los particulares derechos respecto a los cuales existen límites de la actividad de las administraciones públicas u obligaciones de prestaciones a su cargo.¹⁸²

El esquema de expansión constante de los Estados de bienestar entre 1945 y 1975 planteado en líneas anteriores por Galán Benítez, así como el desarrollo del constitucionalismo social a partir de las primeras décadas del siglo XX, es coincidente con lo expuesto por del Guayo Castiella.

Este autor, a través de su doctrina, propone el movimiento y desplazamiento del derecho administrativo y la administración pública, así como la regulación, como producto de la influencia primigenia del Estado social de inicios del siglo XX y sus posteriores adaptaciones en el contexto del bienestar. Así lo expresa:

Los tres primeros cuartos del siglo XX se caracterizan por un crecimiento progresivo de la intervención de la administración pública en las actividades de la sociedad. Entre las consecuencias de ese proceso se encuentra la conversión de variadas actividades e instituciones de carácter privado en actividades e instituciones de naturaleza pública. Además, la intensa intervención en variados sectores económicos tuvo como consecuencia que los debates acerca de instituciones administrativas en lugar de discusiones en torno a las finalidades que debía satisfacer el sector intervenido y de los medios para alcanzarlas. El tipo de debate consistía en determinar si una actividad era un servicio público o un servicio virtual impropio o qué tipo de autorización y/o concesión era necesaria para llevar a cabo la actividad. Todo habría de ser referido a unas categorías jurídico administrativas previas, supuestamente bien definidas. Las formas se impusieron a la sustancia.¹⁸³

Se parte de la premisa según la cual los fines del Estado condicionan a los fines de la administración pública y del derecho administrativo. La función administrativa, como realización genérica de los fines del Estado,¹⁸⁴ se cumple en tal contexto, de modo que un estado de bienestar generará función administrativa de bienestar.

¹⁸² *Ibíd.*, 285.

¹⁸³ Íñigo del Guayo Castiella, *Regulación* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017), 123 y 124.

¹⁸⁴ Los términos “realización genérica de los fines del Estado” son utilizados por Montaña Plata. El autor señala: “La presencia de una Constitución Política de la que se derivan los fines del estado, es entonces presupuesto de la existencia de la función administrativa, y la forma de estado y las características de éste, constituyen un argumento de forzosa revisión para los fines de materializar y actuar un concepto de función administrativa como el que se propone desde esta óptica. Esta construcción teórica, como se aprecia, implica una identificación de la función administrativa con la totalidad de las actividades que dan desarrollo a la teleología del estado, aspecto este que, al entender de algunos autores, constituye su punto de quiebre o la causa principal de sus críticas. Se sostiene, en este sentido, que no puede confundirse el fenómeno administrativo con el fenómeno estatal y que con este enfoque todo lo que hace estaría orientado a cumplir los fines de éste consagrados constitucionalmente”. Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 89.

De lo contrario, la determinación constitucional de actividades de interés general que no descieran a su regulación, control y gestión en el derecho administrativo, resultaría contradictoria en cuanto a sus fines y propósitos.

En otras palabras, quedarían las responsabilidades administrativas de las constituciones de los estados sociales y también de los de bienestar en simples declaraciones nominales.

Por eso, Montaña Plata considera que la relación entre la función administrativa y la satisfacción de los intereses públicos provoca relaciones entre la connotación teleológica de la función administrativa y los fines de aquél.¹⁸⁵ Éstas obligatoriamente deben, además de ser formales y enunciativas, ser sustantivas y materiales.

Como se señaló previamente, Alonso–Martínez explica que la regulación de actividades económicas y la nacionalización de empresas fueron características de las últimas fases del estado de bienestar.

En el caso argentino, por ejemplo, Gordillo alerta sobre las razones que eventualmente produjeron dicha conducción económica de nacionalizaciones luego de la Constitución de 1949.

Concretamente el autor identifica como razones que motivaron como tales procesos, la “insatisfacción con el poder monopólico de los prestadores privados y la poca capacidad del Estado para controlarlos; la trasnochada teoría económica local, que ahora se inclinaba por la estatización y causas circunstanciales”.¹⁸⁶

La nacionalización o estatización de empresas, antes de la llegada de las crisis del Estado de bienestar, se forjó en una fórmula keynesiana de características *nacionalistas*.

Duhau explica que la evolución reciente de los servicios públicos en Latinoamérica se presenta bajo un trasfondo común y paradigmático a finales de la década de los años setenta. Dice, ese “Estado–nación como contenedor de la sociedad. En este contexto se consolidó, a su vez en la región, el paradigma de producción y provisionamiento de infraestructuras y servicios públicos, en el marco del modelo económico de inspiración keynesiana conocido como economía mixta”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ *Ibíd.*, 99.

¹⁸⁶ Agustín Gordillo, “Servicios Públicos - capítulo 6”, en *Derecho Administrativo* (La Plata: LEP, 2003), 239–94, 241 y 242.

¹⁸⁷ Emilio Duhau, “Infraestructura y servicios públicos en América Latina: colapso, privatización y alternativas”, en *La ciudad construida: urbanismo en América Latina* (Quito: FLACSO, sede Ecuador, 2001), 325–41.

La consolidación del estado-nación es un proceso histórico reforzado desde la cuestión de los servicios públicos, en la medida en que permite complementar la dimensión de las funciones que la administración pública. Aquella consolidación se cumpliría hasta la década de los setenta en países que optaron por tales fórmulas de intervención estatal y prevención de posibles caídas en la demanda de dichos servicios.

Pero antes, en sus épocas de auge y previas a la crisis, Kaplan consideraba a estos modelos intervencionistas de amplias funciones, como un *leviatán criollo*¹⁸⁸ u *ogro filantrópico*, según cita Roldán a Octavio Paz para referirse al Estado mexicano, entre otras razones, por el *cáncer del estatismo*.¹⁸⁹

A partir del exceso de prerrogativas asumidas por los Estados de bienestar que intentaban funcionar en el marco de instituciones de economías de mercado o neocapitalistas *a pesar* del Estado, las crisis nuevamente se aproximaban en el horizonte. Tales criterios han sido reconocidos por Solanes respecto de los servicios públicos y la regulación de la administración pública.¹⁹⁰

De esta manera, como sostendrá Berzosa Alonso–Martínez, “la solución keynesiana a los problemas de las economías avanzadas tiene solo una validez temporal. El error que comete el keynesianismo es pensar que el Estado puede terminar con las crisis”.

Por tanto, el derecho administrativo y la administración pública de los servicios públicos entrarían en lo que la doctrina jurídica ha denominado como la *segunda* crisis

¹⁸⁸ Marcos Kaplan, “Intervención del Estado y Empresa Pública en la América Latina contemporánea: los aspectos políticos e institucionales”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 4 (1978): 5–32. Añade el autor: “La intervención del Estado comienza por ser complementaria de las grandes empresas, asumiendo las funciones y tareas que aquéllas no quieren o no pueden cumplir. El avance de la división social del trabajo inherente al neocapitalismo, la diferenciación y especialización de grupos y capacidades, dificultan la definición y la satisfacción de los intereses y problemas y la solución de los conflictos, expanden el material para el gobierno, la administración y sus especialistas. El Estado acumula viejas y nuevas funciones, absorbe problemas y conflictos que se interiorizan y reproducen en su seno bajo forma política. En este proceso, la política gubernamental y la gestión administrativa se especializan cada vez más como esfera diferenciada, práctica estructurada, profesión con intereses específicos. El Estado y los grupos que lo encarnan y operan, fortalecen sus poderes, tienden al monopolio político, logran un grado considerable de independencia relativa, se convierten en el actor central de la sociedad y en factor fundamental de su estructuración y reproducción. Esta dinámica se despliega y revela a través de una gama de funciones”, 8.

¹⁸⁹ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 24 y 25.

¹⁹⁰ Miguel Solanes, *Servicios Públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura 2 (Santiago de Chile: CEPAL, 1999). Explica el autor: “En los años setenta comienza, por distintos motivos, a saber, las posibilidades técnicas, las filosofías políticas, el desencanto y la crisis financiera del sector público y el endeudamiento externo, un proceso de privatización en gran escala, que cobra particular importancia en América Latina. En la maduración del proceso, surgen inquietudes por temas como los marcos reguladores determinados por sectores de interés predominante, la insatisfacción con los mecanismos de protección de los usuarios, las limitaciones de los enfoques economicistas teóricos, el control de *holdings* y monopolios y las fallas técnicas en algunos sectores. Todo ello lleva a efectuar nuevos ajustes”, 5 y 6.

importante en la noción teórica de servicios públicos y que será explicada a continuación.

3. Crisis del Estado de bienestar: transición de la noción teórica de servicios públicos desde el estatismo hacia la liberalización

Pérez sostiene que desde los años cuarenta del siglo XX, esto es en plena edificación de los estados de bienestar producto de las cláusulas económicas y sociales de las constituciones, se podía avizorar cómo desde las intervenciones del Estado en la actividad empresarial, se consideraba “la noción del servicio público como una camisa de fuerza porque no explicaba suficientemente los nuevos fenómenos de la intervención administrativa”.¹⁹¹

Este autor cataloga tal fenómeno como una *nueva* declinación o crisis del concepto de servicio público. Tal situación, a nuestro criterio, da cuenta que las tensiones en el concepto estuvieron presentes en el siglo XX, inclusive antes de las crisis de los Estados de bienestar. Estas crisis derivaron más bien en la segunda más importante crisis en las nociones sobre servicios públicos.

Las serias dificultades que atravesaban los Estados para conservar el pleno control de la actividad pública de prestación, además de demostrar su incapacidad operativa y los fallos del Estado como sucedió en el caso ejemplificativo del control de alquileres de viviendas en Nueva York,¹⁹² derivó en procesos de liberalización de las actividades de interés general tales como los servicios públicos.

Lo relevante es comprender cómo los sistemas de los estados de bienestar empezaron a presentar fisuras. Sobre esta última característica, la nacionalización de

¹⁹¹ Pérez Camacho, *Elementos de Derecho Público Económico: La Constitución económica: empresas estatales y servicios públicos*, 87.

¹⁹² Stiglitz y Rosengard explican que: “Tras la Segunda Guerra Mundial y la Gran Depresión, hubo escasez de vivienda en la ciudad de Nueva York. El hecho de que la oferta no aumentara al mismo ritmo que la demanda provocó una subida de los precios, como habría predicho cualquier economista. Sin embargo, la respuesta política no tuvo en cuenta estas fuerzas subyacentes. Cuando los legisladores aprobaron una ley de control de los alquileres, no previeron todas sus consecuencias; pasaron por alto el hecho de que las viviendas eran ofrecidas por personas que podían buscar mejores oportunidades de inversión si disminuía el rendimiento de las inversiones en vivienda. Los partidarios del control de los alquileres no previeron, pues, que la oferta de viviendas de alquiler disminuiría y que la calidad de los servicios prestados por los propietarios de las viviendas empeoraría. Aunque el Ayuntamiento intentó controlar la situación imponiendo más normas, estos intentos sólo tuvieron éxito en parte y agravaron, de hecho, la disminución de la oferta de viviendas de alquiler. El ayuntamiento poco podía hacer para detener este proceso, salvo derogar la legislación sobre el control de alquileres de las viviendas nuevas, que fue lo que acabó haciendo, aunque muchos edificios más antiguos continúan con alquileres controlados”. Stiglitz y Rosengard, *La economía del sector público*, 37.

empresas, Gordillo dirá que en Argentina, este proceso empezó a mediados del siglo XX tal como quedó señalado previamente a través en la norma constitucional sobre servicios públicos de 1949.

Entre los factores que según este autor, abonaron a dichas nacionalizaciones se encontraban la insatisfacción con el poder monopólico de prestadores privados y la poca capacidad del Estado para controlarlos.¹⁹³

Roldán dirá que esta *segunda* crisis del concepto de servicio público enfrentaba como “telón de fondo un proceso de liberalización universalmente extendido que se configura como la resultante de varios vectores de distinta naturaleza, aunque todos ellos interrelacionados y confluyentes sobre la propia idea del Estado y de la relación de éste con la sociedad”.¹⁹⁴

Canales resume nueve razones que justificaron las principales causas de la aparición de la crisis del Estado de bienestar y son las siguientes:

Tabla 4
Causas para la aparición de la crisis del Estado de bienestar según Canales Aliende

1	Exceso de carga del Estado, y la limitación de las posibilidades e iniciativas de la sociedad y los individuos
2	Crisis de gobernabilidad
3	Tecnificación de la política
4	Déficit democrático
5	Eliminación de la discusión pública y de la comunicación de la opinión pública
6	Mediación y monopolio de medios de comunicación social
7	Neo-corporativismo ¹⁹⁵
8	Corrupción política y administrativa
9	Deslegitimación del sistema político

Fuente: José Manuel Canales Aliende, *Nuevas perspectivas y paradigmas de las políticas públicas sociales en tiempos de crisis*.¹⁹⁶

Elaboración propia

¹⁹³ Gordillo, “Derecho Administrativo”, 241 y 242.

¹⁹⁴ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 24.

¹⁹⁵ Maestro Buelga propone los nueve elementos que a continuación describen los sistemas políticos neo – corporativistas: “[1] el desplazamiento de las decisiones políticas de los órganos del Estado a entes paraestatales; [2] la negociación y el consenso son la base fundamental de las decisiones políticas; [3] desarrollo apreciable de la participación institucional de los grupos de intereses; [4] el monopolio de la representación otorgado a los grupos de intereses que participan en el consenso neo-corporativo; [5] la caracterización del Estado como interlocutor básico de los grupos de intereses; [6] La corresponsabilidad de las asociaciones sindicales y empresariales en las decisiones políticas; [7] la renuncia de los grupos de intereses a mantener una posición reivindicativa autónoma; y, [8] la centralización de la negociación”. Véase Gonzalo Maestro Buelga, “Acerca del neo-corporativismo”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 46–47 (1985): 153–76, 159.

¹⁹⁶ José Manuel Canales Aliende, “Nuevas perspectivas y paradigmas de las políticas públicas sociales en tiempos de crisis”, *Barataria: Revista Castellano - Manchega de Ciencias Sociales*, n° 15 (2013): 55–72, 57.

La importancia de los fundamentos ideológicos, tanto políticos como económicos que caracterizaron a la última cuarta parte del siglo XX, incidieron directamente en las nociones teóricas sobre la administración pública y el movimiento de las nociones sobre servicios públicos.

Aquellas tensiones generadas dentro del seno del derecho administrativo y las regulaciones con ocasión del constitucionalismo social hacia los estados de bienestar se fueron movilizandó –hacia su expansión– en estos modelos de estados de bienestar.

Se aproximaba otra crisis –contraria a la expansión– en las nociones teóricas y resultaba necesario identificar cuál era el nuevo fundamento del derecho de los servicios públicos.

Así, se debía comprender adecuadamente el rol de la administración pública y las tensiones que como consecuencia de aquello, se provocarían. Roldán lo explica apropiadamente:

Desde luego la razón obliga a aceptar que las ineficiencias y efectos negativos del Estado sobredimensionado y omnipresente en que se había convertido el Estado del Bienestar a menudo sustentado sobre la noción de servicio público, demandaban reconducir la situación a unos límites más adecuados al propio fin último del Estado y a las capacidades reales de la administración.¹⁹⁷

Marín también identifica esta segunda crisis sobre las nociones de servicio público a partir de las dinámicas modernas de economía y mercado propias de la última cuarta parte del siglo XX. Así también, las nuevas relaciones del Estado con la sociedad que la administración pública debía asumir en un contexto en el que el fundamento jurídico de dichas administraciones empezaba a transformarse y a alejarse de la política económica keynesiana.¹⁹⁸

Se incorporaba en esta ecuación teórica la globalización como un factor que constreñía los intervencionismos estatistas. Marín añade:

La concurrencia de los particulares en la prestación de los servicios públicos se materializa con más fuerza en América Latina, al final de la segunda mitad del siglo XX un poco antes en Europa Occidental, con fenómenos como la globalización y la

¹⁹⁷ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 24.

¹⁹⁸ Berzosa Alonso-Martínez dice: “La política económica keynesiana daba muestras de agotamiento y comenzaba a mostrar sus insuficiencias y limitaciones, lo que se puso claramente en evidencia al surgir la crisis, a fines de 1973. A partir de entonces, los remedios keynesianos de estímulo a la demanda efectiva no dieron resultado y las economías industrializadas comenzaron a padecer más intensamente los problemas del paro y la inflación. La crisis de acumulación que se vivió, puso fin a las ilusiones depositadas en las economías mixtas y en el keynesianismo como teoría y práctica legitimadora de las mismas”. Berzosa Alonso-Martínez, “Logros y limitaciones del Estado de bienestar”, 29.

economía de mercado. Frente a esta situación –que reconsidera los criterios clásicos de la administración–, no puede asimilarse el ejercicio de los servicios públicos con el derecho público, con lo que esta situación deja de ser pacífica o equivalente.¹⁹⁹

Este repliegue del Estado provocaba también el repliegue de la administración pública. De un Estado que en su momento “desarrolló un papel hegemónico en tanto que a él le eran confiados sectores claves de la economía: la energía, las telecomunicaciones, el transporte, la industria, la banca, las aseguradoras, en suma, todo el sector productivo [que] estaba impregnado de la presencia estatal”,²⁰⁰ se transitó a un Estado criticado en sus resultados de gestión pública, pues no fueron del todo satisfactorios.

A ello debía sumarse la globalización y también la liberalización de los mercados que provocó, según Díaz, “la implementación de una política de desmantelamiento del sector público mediante la privatización”.²⁰¹

Aunque debe aclararse que contrario a lo que sugiere Díaz Perilla, desmantelar los monopolios estatales, en términos de Roldán,²⁰² no es equivalente a desmantelar el Estado ni el sector público.

¹⁹⁹ Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, 16 y 17.

²⁰⁰ Díaz Perilla, “Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier”, 425.

²⁰¹ *Ibíd.*, 426.

²⁰² Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”. Señala la autora: “Por otra parte, la globalización de la economía trae consigo la formación de grandes empresas con un potencial económico incluso superior en ocasiones al de los Estados y que pueden suceder con ventaja a los servicios públicos tradicionales, organizados territorialmente en ámbitos insignificantes e ineficientes económicamente. [...] Los factores someramente enunciados han dado lugar a un evidente cambio de escenario de la actividad administrativa, cuyo nuevo ámbito se ha transfigurado a través de toda una batería de medidas de liberalización, privatización y desregulación. Sin ánimo de dar definiciones apuradas de tales conceptos –cuya comunidad de filiación en el ideario neoliberal hace que a menudo se implementen de forma conexas–, conviene sin embargo distinguirlos (entre otras razones para estar en condiciones de juzgar hasta dónde llegan ciertos requerimientos jurídicos y desde donde empiezan las libres decisiones de carácter político-ideológico). Así, aunque dichos términos han sido y son empleados con sentidos y alcance no siempre coincidentes, en su núcleo esencial pueden convenirse ciertas líneas comunes. La liberalización es el concepto más amplio ya que comprende cualquier operación de entrega o devolución al ámbito de la libertad de espacios en que su juego estaba vedado, introduciendo competencia, en la interacción de los sujetos económicos. Por ejemplo, una manifestación característica de la liberalización es el desmantelamiento de monopolios que, respecto de aquellos que se cernían sobre los servicios públicos reservados, da lugar a la *depublicatio* (permite que un servicio público de exclusiva titularidad estatal pueda ser realizado por los particulares como derecho inherente a su libertad económica y con como concesión otorgada por la Administración en tanto que *dominus* único). La privatización en su sentido más genuino –más allá del plano instrumental de los modos de gestión– afecta a la titularidad del prestador o prestadores del servicio, que se hace pasar de las manos públicas a las privadas (así a través de la enajenación de empresas públicas). Obsérvese que liberalizar y privatizar no coinciden necesariamente: en teoría se puede privatizar íntegramente un sector –en el que deja de estar presente como actor la administración– sin que se introduzca la exigencia de competencia para el nuevo, o nuevos operadores privados. Finalmente, la desregulación busca hacer hueco a las fuerzas creativas de la libertad de mercado aliviando la carga normativa fijada unilateralmente por los poderes públicos a través de la reducción de las reglamentaciones. En un sentido extremo, los partidarios de la desregulación llegan a afirmar que el número de normas que regulan los distintos sectores, de la economía debe ser el más

El fenómeno de la segunda crisis de la noción de los servicios públicos viene de la mano con dificultades e imposibilidades estatales de satisfacer las demandas sociales de satisfacción de servicios públicos. Aquello se conectaría con la propuesta teórica de Canales sobre exceso de carga del Estado y crisis de gobernabilidad. Martínez de Vedia explica que durante años:

[L]a figura del servicio público estuvo asociada a una función del “Estado administrador” y llevaba implícito el concepto de “Economía del bienestar”, es decir que se trataba de servicios básicos brindados por el Estado y que tenían que estar al alcance de todos los ciudadanos. [...] Cuando un servicio público se encuentra en manos del Estado y no existe un criterio profundamente económico del negocio, surgen extensamente estas pautas sociales o de bienestar general. Si bien existían limitaciones tecnológicas y económicas, producto de la deficiente administración y la falta de recursos financieros, el Estado operador del servicio permanentemente desarrollaba acciones sociales con todas las limitaciones que llevaba implícita la tarea. Decimos “limitaciones” porque como generador y administrador de tecnología no estaba capacitado para llevar adelante estas labores.²⁰³

Justamente Martínez de Vedia propone algunas variables específicas que no existían –o al menos estaban limitadas– en la lógica del intervencionismo estatista. Por tanto, provocaban problemas del acceso a mercados de servicios públicos e incapacidad de su posible crecimiento.

Tales variables, sin perjuicio de que se pudieren reconocer otras más, eran: tecnología comparativa, organización, eficiencia, tarifas, inversiones, capacidad de oferta, exigencias de usuarios actuales y futuros y calidad y seguridad.²⁰⁴

reducido posible. No obstante, se advierte que entre las nuevas formas de actuación pública para garantizar determinadas prestaciones de interés general provistas desde el mercado se incluye una nueva tarea cual es –aunque esto en apariencia sea una paradoja– la regulación (*neoregulación* o *re-regulación*) que, naturalmente, sucede con fines y objetos distintos a las normas derogadas”, 27 y 28.

²⁰³ Rodolfo Martínez de Vedia, *La organización en la regulación de servicios públicos* (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003), 39 y 40.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 40 y 41. Continúa el autor: “El Estado como administrador de estos servicios, no sólo no era capaz de ejercer funciones dinámicas que permitieran el crecimiento sostenido de los mercados que debía satisfacer por medio de una demanda generosa en cantidad, sino que tampoco los brindaba con la calidad necesaria. Se generaba un efecto negativo de alimentación recíproca: por un lado, el mercado no creía en calidad y cantidad de los servicios porque el Estado era incapaz de lograrlo, al no crear nuevas propuestas e innovaciones; por el otro, no se plasmaban exigencias por parte de los usuarios, dado que éstos tenían conciencia de sus propias limitaciones y de las ajenas del Estado administrador. Se exteriorizaba una profunda deficiencia en la dinámica y evolución de los mercados de servicios públicos que hacía que los consumidores no tomaran medidas para mejorarlos, despertando y ejecutando actividades que reflejaran finalmente eficacia en los precios y eficiencia. En la época de las administraciones estatales pudo observarse que los consumidores habían debido soportar con mansedumbre todo tipo de falencias en la oferta. Durante esos años tampoco las asociaciones de consumidores ejercieron acciones sustantivas para procurar una mejora en la cantidad y la calidad de la oferta de los servicios. No existía una capacidad real de manifestar los derechos para una mejora en los servicios públicos. Los mercados actuaban como variable de ajuste, es decir, no tenían ninguna influencia. No se reflejaban nuevas, imperiosas y dinámicas necesidades de los consumidores de los servicios. Los resignados usuarios sabían perfectamente que el Estado, como administrador de estos

En esta lógica de liberación de servicios públicos, el derecho administrativo y su fundamento debía preservarse con el propósito de garantizar desde el Estado que continúe cumpliéndose –al menos– la potestad de regulación. Como sostiene Henao:

El papel de la actividad de regulación es cada vez más importante, en particular después de la liberalización de sectores económicos que habían sido monopolios estatales, situación que se dio en Europa y Latinoamérica después de los años setenta. Para algunos, la importancia y magnitud de esta actividad administrativa, dio lugar a que se hablar de un nuevo Estado: el Estado regulador.²⁰⁵

En el contexto de este nuevo Estado regulador, Díaz Perilla califica –a nuestro juicio en modo abrupto– como un movimiento *privatista*²⁰⁶ a las políticas desarrolladas, por una parte, en el Reino Unido, impulsado por la primera ministra Margaret Thatcher a través de una *nueva economía institucional* tendiente a mover, en dicho sistema, a la administración pública del *welfare state* al *workfare State*.²⁰⁷

Como dirán Zibechi y Machado:

La desaceleración del crecimiento económico y la gran oleada de inflación de los años setenta generó la implementación de un nuevo patrón de dominación demandado desde el capital. Esta sería impulsada inicialmente desde Estados Unidos-gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher respectivamente, dando cuerpo a la “revolución neoliberal

servicios, era totalmente impotente para resolver los problemas de abastecimiento y generar así su mejora. Si bien existía la posibilidad de manifestar sus derechos (dado que nadie se la podía negar) los reclamos resultaban débiles, inconsistentes y de poca efectividad, porque el Estado no tenía las herramientas para acrecentar la eficiencia. Asimismo, el concepto de usuario futuro o potencial que es el que efectivamente va modelando, fortaleciendo y ampliando el mercado, no existía en absoluto”, 41.

²⁰⁵ Juan Carlos Henao, “Estado social y derecho administrativo”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), 145–201, 174 y 175.

²⁰⁶ A pesar de la grandilocuencia de feroces detractores en contra del denominado *neoliberalismo* británico, según Ariño el sector público durante la gestión de Thatcher solo se redujo del 45% al 41%. Véase Ariño, *Principios de derecho público económico*, 152.

²⁰⁷ Sobre *workfare state*, véase Gorka Moreno Márquez, “La reformulación del Estado de bienestar: el *workfare*, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas”, *Zerbitzuan: Revista de servicios sociales*, nº 43 (2008): 143–54. Explica el autor: “Desde mediados de la década de los 90, las políticas sociales que conforman el *workfare* o *welfare to work* han pasado a tener una gran relevancia en el ámbito de los países más desarrollados, sobre todo en países como EE.UU. o el Reino Unido. Cuando se habla de *welfare to work* –o su contracción *workfare*– se está hablando de una serie de medidas que inciden en la inserción laboral a través de ciertos mecanismos que se analizarán a lo largo de este apartado. Una posible traducción de este concepto inglés podría ser el del paso del *bienestar al trabajo* o al empleo. [...] Con respecto a sus características, se puede destacar la obligatoriedad de obtener un empleo para poder percibir algún tipo de prestación social. Esta obligatoriedad se introduce bajo la premisa de que de esta manera los receptores tendrán un claro incentivo –o amenaza– para encontrar un empleo y abandonar el sistema de subsidios y ayudas sociales. Esta prioridad por la inserción laboral, en el sentido más literal y crudo de la palabra, se hace en detrimento de otra serie de políticas como la garantía de ingresos o la formación. Cuanto más rápido sea el retorno al mercado laboral, más exitosas serán las medidas que emanan de la filosofía del *workfare*. Como conclusión de estas primeras apreciaciones, se puede resaltar que el *leitmotiv* de las políticas del *welfare to work* propugna que el trabajo remunerado –el empleo– es la mejor –y quizás la única vía– para lograr la inserción social, y evitar así la pobreza”, 144.

diseñada desde diferentes *think tanks* que en realidad consistió en una contrarrevolución política, económica y jurídica.²⁰⁸

Aparece entonces en el panorama de la teoría de la administración pública y el derecho administrativo una corriente política, económica, jurídica y social denominada, especialmente por sus críticos, como *neoliberalismo*.

Esta terminología monolítica, cargada desde sus detractores por simbolismos, prejuicios e inexactitudes, abría el camino para que los promotores y defensores del intervencionismo estatista-nacionalista, denuncien con especial vehemencia al mundo una especie de *retorno* a las épocas decimonónicas del rol del Estado, incluso anterior a los debates teóricos de las Escuelas de Burdeos y Toulouse.

La crisis de los años setenta del siglo XX del Estado de bienestar, sumado a la globalización, provocaban para tales detractores, una forma de retorno a las fórmulas jurídicas y económicas de la primera etapa de los servicios públicos, particularmente en el esquema planteado por Gaspar Ariño.

En su esquema, un Estado liberal garante de libertades individuales pero con escasa posibilidad de gestionar e incidir en la actividad pública de la satisfacción de las actividades de interés general como los servicios públicos.

De allí que esta segunda crisis en las nociones sobre servicios públicos fue producto del enfrentamiento de cargas ideológicas profundas. Allí se tensionaban dos modelos jurídicos y económicos: Keynes y su teoría keynesiana de la demanda efectiva²⁰⁹ frente a escuelas económicas de corte liberal, o *neoliberal*, el estatismo versus el (neo) liberalismo y su triunfo.²¹⁰

²⁰⁸ Raúl Zibechi y Decio Machado, *El Estado realmente existente: Del Estado de bienestar al Estado para el despojo* (Quito: Alectrión, 2022), 22.

²⁰⁹ María Teresa Gallego Méndez, “Estado Social y crisis del Estado”, en *Manual de ciencia política* (Madrid: Trotta, 1997). Señala la autora: “Keynes publicó en 1936 su *Teoría general de la ocupación, interés y el dinero*, en la que muestra que el capitalismo es intrínsecamente inestable. Para mantener el pleno empleo la demanda efectiva debe alcanzar una determinada cuantía. Si ésta es menor, las empresas productoras sufren pérdidas, disminuyen su producción y despiden trabajadores [...] Si es excesiva, se incrementan los precios. Un concepto fundamental del análisis de Keynes de su teoría, es la demanda efectiva total. La compra de bienes de consumo es bastante estable, ya que depende de los salarios. La compra de plantas y equipos, no es estable. Si esas compras se paran en un año (ello afecta directamente a los empleos de las empresas que venden estos productos), disminuyen las rentas para bienes de consumo que venden las otras empresas y en consecuencia se producen depresiones, que tienen un efecto multiplicador. Keynes sostenía que el capitalismo no contiene mecanismos automáticos y equilibradores para restaurar la producción y el pleno empleo en época de recesión. Por lo tanto, el Estado debe intervenir en diversos ámbitos: el gasto privado mediante impuestos y tipos de interés. El gasto público, mediante servicios sociales y capital social. Incluso, si es necesario, desequilibrando su presupuesto y rompiendo con el dogma de la economía clásica sobre el equilibrio presupuestario [...] Además de Keynes otros economistas también pedían al Estado el uso de su poder para imponer tributos

Respecto de este último, tuvo como representantes, entre otros, a Frederick von Hayek y Milton Friedman. Así lo explica Delgado:

La discusión entre keynesianos y neoliberales no era una batalla entre economistas profesionales y académicos preocupados en encontrar una explicación convincente que permitiera formular propuestas de política económica capaces de enfrentar la nueva situación. En realidad era mucho más profunda: era la disputa entre dos ideologías que se proponían objetivos distintos y que diferían respecto del papel del gobierno en la dinámica económica. Los keynesianos planteaban que los salarios altos, el pleno empleo y el estado del bienestar creaban la demanda de los consumidores necesaria para expandir las economías, única vía para evitar las depresiones. Para los neoliberales, en cambio, esas políticas impedían controlar la inflación, impedían la reducción de los costos y, sobre todo, hacían imposible el aumento de las ganancias, único motor real de la economía. Para ellos, la famosa “mano invisible” de Adam Smith permitiría que los mercados produjeran un mayor crecimiento de la riqueza, si el gobierno dejaba de obstaculizar su funcionamiento. En ambos casos lo que prevalecía era la racionalización económica de un posicionamiento ideológico.²¹¹

La cuestión ideológica revestía de importancia en las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo y también en las formas de entender el rol de las administraciones públicas y el derecho administrativo.

Roldán resaltará que frente a los Estados de bienestar, los aportes de las Escuelas de Friburgo,²¹² Viena,²¹³ Chicago y de la *Public choice theory*,²¹⁴ permitieron el

y gastar, con el fin de disminuir las desigualdades, en distribución de la renta e incrementar servicios sociales”, 114 y 115.

²¹⁰ Gaspar Ariño, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en *El nuevo servicio público* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997). Explica el autor: “El triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neoregulación) tanto en países del Estado como del Oeste, en la Europa del Norte y del Sur, en las dos Américas o en el sureste Asiático, no es seguramente fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia de cambios profundos en el proceso económico-social definidos por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos), la exigencia de la atención diferenciada y personalizada, la práctica de la desaparición de la sociedad rural, aislada, que ha quedado reducida a cifras escasísimas (incluso el mundo agrícola es hoy más urbano e industrial que rural). Y otros factores que podrían ser considerados”, 23.

²¹¹ Orlando Delgado Selley, “El neoliberalismo y los derechos sociales: una visión desde la economía y la política”, *Andamios* 3, n° 5 (2006): 185–212, 201.

²¹² Ubicada entre 1937 y 1950 y representada principalmente por Walter Eucken, la Escuela de Viena era conocida como una escuela de ordoliberalismo. Explica Guillén sobre Eucken que este autor señalaba “la importancia del papel desorganizador de la economía que el Estado realiza. Para el economista alemán, la concentración del poder privado, tal y como operó en el dominio de las minas, de la industria del acero y del aluminio en la Alemania de la década de 1920, condujo a un control de la vida parlamentaria por los grandes grupos, y por lo tanto, dio lugar a una alteración de la democracia. Bajo la influencia de los *lobbies*, el poder administrativo del Estado se refuerza en detrimento del Estado de derecho y del parlamentarismo. El comercio y el artesanado pierden influencia en beneficio de un mundo de la producción (industria pesada) que se colude con las fuerzas políticas no democráticas. Eucken constata amargamente: ‘Es el espíritu de la libertad lo que ayudó a la industrialización, y esta misma industrialización se volvió una pesada amenaza para la libertad’. La libertad permitió emancipar las fuerzas vivas del hombre en la economía, les abrió la vía de la técnica y de la industrialización, pero

desarrollo de ideologías “con expresivos rótulos como el que aboga por un Estado mínimo (en reacción al *top d'État*), que tuvo sus primeras y más radicales traducciones prácticas en el mundo anglosajón con R. Reagan y M. Thatcher”.²¹⁵

Este planteamiento también es expuesto en forma paralela por Ramírez²¹⁶ y complementado por Chevallier, quien dirá que para Reagan y Thatcher “las

numerosas posiciones de poder particulares, y sindicatos, *trusts* (asociaciones de empresas o compañías monopolizadoras) y *Konzerne* (grandes empresas) se implementaron en el siglo XIX. ‘La libertad de unos fue utilizada para oprimir la de otros’. En Héctor Guillén Romo, “La deshomogenización del discurso liberal: del ordoliberalismo alemán al ultraliberalismo austro-estadounidense”, *Economía UNAM* 16, n° 47 (2019): 140–86, 147.

²¹³ Roldán dirá sobre la Escuela de Viena que “Con von Mises y Hayek a la cabeza; este último postuló a partir de su clásico *Camino de servidumbre*, 1944, la abstención del Estado por cuanto que sus *intervenciones* constituyen órdenes o prohibiciones especiales a personas o empresas determinadas que, debido a su naturaleza, son imprevisibles, siendo mucho más conforme con el Estado de Derecho la economía libre y la soberanía de la ley, en el sentido de que las únicas intervenciones compatibles con la libre competencia deben ser leyes abstractas, generales y fijas que reduzcan la incertidumbre”. Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 25.

²¹⁴ *Ibid.* A partir de los aportes teóricos de James Buchanan, Guzmán explica sobre la teoría del *Public Choice* que “Las decisiones políticas, que son las realizadas por los estamentos del Estado encargados del manejo estatal, necesariamente generan costos a los particulares y a la sociedad en su conjunto. Asimismo, las decisiones políticas no le cuestan al Estado como tal, sino a todos los que se encuentran bajo el dominio de dicho estado. Como resultado de la constatación referida en los párrafos precedentes, y dado que los Estados administran bienes y fondos, los cuales por definición son públicos, el pueblo debería tener la posibilidad de recurrir a mecanismos previstos por la ley y de obligatorio cumplimiento, que le permitan controlar e intervenir en las decisiones de los actores públicos”. En Christian Guzmán Napurí, “Una aproximación a la teoría del *Public Choise* y sus implicancias en los mecanismos de control estatal”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 55 (2002): 223–43, 223 y 224. Así también, Roldán refiriéndose a Buchanan señala que al estudiar la economía del sector público, “observa que el Estado no es una entidad monolítica, con una visión única de los problemas nacionales y una sola voluntad para resolverlos, sino que está formado por un conjunto complejo de políticos, funcionarios, pensadores y gente de variadas profesión que realizan múltiples actividades que tienen diversos y hasta contrapuestos objetivos y finalidades. La *Public Choise Theory* no es partidaria a priori de la empresa pública o de la privada sino que sostiene que la preferencia por una u otra ha de determinarse en cada caso en virtud de los argumentos pertinentes teóricos, prácticos e históricos”, 23.

²¹⁵ Roldán Martín, “Los nuevos contornos del servicio público”, 25. Así también, añadirá Delgado Selley sobre Thatcher: “La experiencia pionera en relación con la privatización fue la del gobierno conservador británico encabezado por Margaret Thatcher. En su momento hicieron explícitas las razones de su programa privatizador (Delgado, 1994). La primera razón fue el convencimiento de que las empresas comerciales funcionan mejor en el sector privado que bajo la propiedad estatal. Para ellos, inequívocamente la propiedad estatal en la industria implica que los objetivos comerciales se subordinan al proceso político. Una segunda razón se apoya en el viejo concepto de libertad económica: la vida en el sector privado significa libertad para administrar y una menor intervención de políticos y funcionarios públicos. Además, las empresas públicas al competir deslealmente limitan la libertad de elección del consumidor. En consecuencia, al reducir la presencia estatal en la economía se promueve la libertad (Ridley, 1982). La tercera razón remite a las negociaciones salariales en las empresas públicas. Las autoridades británicas sostenían que los sindicatos de las empresas privadas saben que el establecimiento de un nivel salarial excesivo puede llevar a una empresa a la quiebra, mientras que eso no es concebible en el sector público. Ello significa que los niveles salariales en el sector público sean frecuentemente excesivos. Así, quien resulta afectado por la laxitud en las negociaciones es el consumidor. Un cuarto argumento se relaciona directamente con el primer pilar del Consenso de Washington, la austeridad fiscal, ya que establece que dados los niveles alcanzados por el endeudamiento público y el peso de su servicio sobre las finanzas públicas, lleva a que las empresas que generan liquidez se conviertan en abastecedoras sin importar que se descapitalicen. Al mismo tiempo, otras muchas empresas públicas tienen que mantenerse funcionando por razones políticas, aunque funcionen ineficientemente. Al venderlas se alivia la carga sobre las finanzas públicas”, 203 y 204.

intervenciones y reglamentaciones gubernamentales exageradas, desordenadas e ineficaces son la fuente de todos los males de los que sufre la sociedad estadounidense”.²¹⁷

Eso sí, Roldán aclara que liberalización no equivalía necesariamente a privatización,²¹⁸ cuestión que desde la desregulación, también es explicada por López Garrido.²¹⁹

Aquello debería incluir en el debate las características específicas de las privatizaciones planteadas, por ejemplo, por Sarmiento Palacio.²²⁰ Sobre la base de aquello, que las décadas de los ochenta y noventa, ofrecieron otros esquemas diversos de administraciones públicas tendientes a reducir la actividad monopólica de los servicios públicos de los Estados de bienestar.

Tal criterio se observa también en las notas de Ariño cuando claramente sostiene que el debate de la crisis de los estados de bienestar no podía ser explicado en forma *simplista*, esto es mediante la instauración, sin más, del referido *neoliberalismo* como ideología y forma conceptual de eliminación del Estado. Así tampoco, la privatización de toda la gestión pública de actividades de interés general y de sus categorías conexas.

²¹⁶ Ramírez Torrado, “Dinámicas entre el Estado y la administración pública en el marco de la administración liberal, prestacional y garante”, 131. Explica la autora: “En cuanto a las ideas neoliberales tenían por objetivo frenar los efectos del Estado prestacional en Inglaterra y Estados Unidos, en procura de parar el crecimiento estatal. Estas políticas fueron adoptadas por Margaret Thatcher y Ronald Reagan”

²¹⁷ Jacques Chevallier, *El Estado posmoderno* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2011), 104.

²¹⁸ Juan C. Alli Aranguren, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum profesor doctor Gaspar Ariño Ortiz* (Madrid: La Ley, 2011), 831–54. El autor explica que la privatización, como término genérico, contiene varias actuaciones con significados muy amplios y diferentes, destacando entre aquellos y sin que sean otros excluyentes, “la venta de los activos públicos y de las participaciones estatales en empresas a los particulares, la desreglamentación, desregulación o liberación de los mercados protegidos y el contrato de prestación de servicios (*contracting out / franchising*)”, 845.

²¹⁹ Diego López Garrido, “Empresas pública y privatización”, en *Administraciones y Servicios públicos* (Madrid: Izquierda Unida, 1993), 73–78. Explica el autor: “Conviene distinguir de entrada privatización de ‘desregulación’. La desregulación significa liberar a un sector económico concreto de trabas administrativas o exigencias burocráticas. Es lo que se hizo, por ejemplo, con las telecomunicaciones en los Estados Unidos a partir de 1982. Privatización es una operación no necesariamente coincidente con la anterior, consistente en cambiar la propiedad pública de una empresa por la propiedad privada. La desregulación es una operación relativamente sencilla. La privatización es mucho más complicada, ya que implica pasar al menos por tres fases complejas: la identificación de la compra, el método de venta y la determinación del importa de esa venta”, 75 y 76.

²²⁰ Eduardo Sarmiento Palacio, “Privatizaciones, monopolios y regulación en las empresas de Servicios Públicos”, en *Los Servicios Públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, Primera (Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, s. f.), 225–43. El autor identifica cuatro características de las privatizaciones: a) venta por debajo del costo de oportunidad, desmejoramiento de la eficiencia, fuga de capitales al exterior y aumento de las tarifas y desmejoramiento social.

Según Guerrero,²²¹ tales categorías serán: a) desincorporación; b) liberalización, c) desregulación y desreglamentación, d) contratación, y e) redimensionamiento.²²² Esto excluye también la posición según la cual se promueve toda forma de eliminación de la regulación.

Ariño, como defensor del equilibrio en la regulación, aclara:

Frente a los resultados del Estado social [de Bienestar], se inició a mediados de los años 70 una profunda crítica que cristalizó políticamente en Estados Unidos con el presidente Reagan, en Inglaterra con Margaret Thatcher y llegó a Suecia con Carl Bildt. Después, Italia, Francia, España y muchos otros países han iniciado amplios procesos de revisión. [...] Ahora bien, frente a la crisis del Estado de bienestar no basta decir: “volvamos al Estado liberal, al Estado mínimo”. Sería un simplismo. Ante la sociedad urbana y compleja en la que lo colectivo ha sustituido a lo individual el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la “locura liberal”, que cree que el Estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado, incluso el dinero. El Estado está para durar. Seguirá siendo grande.²²³

Sin perjuicio de reconocer los aportes del pensamiento de Friburgo y Viena, los criterios económicos propuestos por la denominada Escuela de Chicago influyeron decisivamente en la oposición al keynesianismo connatural al Estado de bienestar y la doctrina de la demanda efectiva.

Con Friedman a la cabeza –a quien Reagan conocería en 1967–²²⁴ establecerían distintos modelos que tendrían como común denominador, según Alli Aranguren, los siguientes elementos: “reducción del protagonismo de los poderes públicos en beneficio

²²¹ Omar Guerrero, “La privatización de la administración pública”, *Revista de Administración Pública* XXI, nº 2 (1989): 1–21. El autor explica que “En realidad la privatización parece ser la manifestación concreta de un conjunto de fenómenos articulados y ligados bajo un factor común: la retracción de la actividad del Estado. Sin embargo, ni la privatización ni los otros fenómenos se deben definir por omisión o negación, sino positiva y activamente, pero el fulcro de su comunicación preferente es esta retracción. También la privatización en sí no es única sino una variedad de expresiones que tienen encarnar formas más específicas. La cuestión – en suma como signo de los tiempos actuales es de enorme complejidad”, 5 y 6.

²²² *Ibíd.*

²²³ Ariño, *Principios de derecho público económico*, 152.

²²⁴ Wapshott, *Keynes vs. Hayek*. Señala el autor: “Friedman conoció al gobernador Reagan en Los Ángeles en 1967. Reagan conocía a Friedman por el libro que había publicado en 1962, *Capitalismo y libertad*., y le contrató para que la ayudara a reducir la dimensión del gobierno de California. Reagan dijo que iba a proponer una enmienda a la Constitución del Estado para limitar la cantidad que el Estado podía gastar y gravar al año, y contrató a Friedman para que hiciera campaña con él para vender la idea. Aunque la iniciativa fracasó en 1973 por no conseguir la mayoría necesaria, Reagan y Friedman se consolaron pensando que habían iniciado un movimiento que había prosperado en otros estados, como Maine Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, Oklahoma y Oregón. Las extraordinarias dotes de comunicador de Reagan dieron un gran impulso popular al mensaje de Hayek y Friedman”, 286 y 287

de la actividad económica de los agentes sociales, supresión de monopolios, privatización total o parcial, supresión de controles, etc.”.²²⁵

En complemento, Delgado identificará, dentro de lo que a su juicio constituyen los tres pilares fundamentales de esta corriente jurídico-económica llamada *neoliberalismo*, dos cuestiones: en primer lugar, privatización²²⁶ dentro de un esquema de gobierno moderno/modesto y, en segundo lugar, la liberación de los mercados.²²⁷ Sobre este último, el autor únicamente hace mención a liberación de mercados financieros y no de servicios públicos.

Arias calificaría de exitosos los modelos instaurados durante las administraciones identificadas. En 1993, para el caso de Estados Unidos, el autor señalaba:

La llamada desregulación, practicada por el gobierno republicano, desde la primera presidencia de Ronald Reagan, ha suprimido buena parte de la intervención oficial, que en la mayoría de los sistemas económicos se reconoce como función del Estado, para dejar que el libre juego de la competencia permita mejorar los servicios y reducir las tarifas. Ejemplos claros son el transporte aéreo, para el cual se desmontó la agencia federal encargada de su vigilancia y el transporte férreo, que llegó a ser nacionalizado por problemas financieros y que está en pleno proceso de privatización.²²⁸

En cuanto al caso de Inglaterra, Arias señala que el proceso fue más político, aun cuando la teoría del mercado tuvo su origen en ese país. Además, que Adam Smith fue inglés. De allí que, según este autor, los procesos de privatización en Inglaterra han tenido la capacidad de cubrir una importante variedad dentro del sector económico y han servido de:

²²⁵ Alli Aranguren, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, 844.

²²⁶ Delgado Selley, “El neoliberalismo y los derechos sociales: una visión desde la economía y la política”. Añade el autor: “El otro pilar, la privatización, establece que en muchos países subdesarrollados y en algunos desarrollados, los gobiernos frecuentemente dedican mucha atención, energía y recursos a hacer lo que no debieran. Se plantea la tesis de un gobierno modesto —recuérdese la consigna ‘estado moderno, estado modesto’ usada por el FMI y el Banco Mundial durante la década de los ochenta— que esté en condiciones de hacer bien sus tareas básicas. Los gobiernos que producen petróleo, generan electricidad, conducen los transportes fundamentales de un país, cumplen con los servicios públicos, etcétera, según la ortodoxia vigente, olvidan cumplir con sus compromisos legales: seguridad, administración y garantías a la construcción y estabilización de la democracia”, 202.

²²⁷ *Ibíd.* Aquí el autor dirá: “la liberación de los mercados, se entiende como el desmantelamiento de las ‘interferencias’ gubernamentales en el comercio internacional, en el mercado de capitales y en los sistemas financieros. De los tres, solamente el primero mantiene una aceptación generalizada, aunque los países desarrollados han evitado que algunos de sus mercados específicos, como los agrícolas, se abran a la competencia. Los tres se fundamentan en la idea de que se fortalecen los países que liberan sus mercados, ya que obliga a que los recursos se ubiquen en los sectores más productivos y aunque ello no ha ocurrido, la receta sigue siendo aplicada”, 204.

²²⁸ Enrique Arias Jiménez, “Privatización en América Latina”, en *Alternativas de privatización para el sector público colombiano* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993), 13–26, 18.

“ejemplo para la formulación de las políticas en el resto del mundo. Telecom Inglesa, las líneas aéreas BOAC y British, la generación eléctrica, el suministro de agua potable, los hospitales, la educación, la vivienda y muchos otros sectores fueron traspasados al sector privado y operan hoy, con mucho éxito y eficiencia”.²²⁹

En este marco de ideas, pensar que el neoliberalismo simple y llanamente renegaba del Estado *per se* resultaba –y sigue resultando– una exageración más pragmática que teórica que, por así decirlo, rayaba y podía confundirse, más bien, con los temores sociales sobre riesgos de privatizar –integraciones verticales y fallas del mercado en términos de Betancur–²³⁰ o peor aún, promover el anarcocapitalismo²³¹

²²⁹ *Ibíd.*, 18 y 19.

²³⁰ Luis Ignacio Betancur, “La prestación de los servicios públicos”, en *Instituciones de Derecho Administrativo*, vol. 1 (Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2016), 311–29. Respecto de las primeras, Betancur explica: “Hay situaciones que de manera notable afectan a los usuarios, si las normas dejan que quien produce un bien sea al mismo tiempo el que lo transporta, particularmente si se trata de un monopolio natural como las redes eléctricas o las tuberías para acueducto, alcantarillado o gas combustible. La respuesta regulatoria es prohibir lo que se llama *integración vertical*, como lo hizo el legislador colombiano al ordenar que ISA se desprendiera de sus activos de Generación y prohibiéndole generar, vender o comprar energía eléctrica, creando una empresa distinta, ISAGEN. Igual regla se aplicó a la actividad transportadora de Gas natural, creándose una empresa exclusivamente Transportadora, originalmente ECOGAS, desde el 2003 transformada en Transportadora de Gas Internacional, TGI”. En cuanto a las segundas, las fallas del mercado, el autor sostiene: “Un segundo alto riesgo de la participación de agentes privados consiste en que los mercados no operan de la manera tersa como los describen los librereros de texto, por las manipulaciones, cartelizaciones y otras prácticas anticompetitivas, aun en ausencia de monopolios propiamente dichos. Son las llamadas *fallas de mercado* y de nuevo es al Estado a quien corresponde prevenirlas, corregirlas y sancionarlas con severidad”, 318 y 319.

²³¹ Jesús Huerta de Soto, “Liberalismo versus Anarcocapitalismo”, *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política* IV, n° 2 (2007): 13–32. Sostiene el autor: “Hoy por tanto, ya bien entrado el siglo XXI, se hace prioritario asumir la superación del liberalismo clásico (utópico e ingenuo) del siglo XIX, por su nueva formulación verdaderamente científica y moderna que podemos denominar capitalismo libertario, anarquismo de propiedad privada o, simplemente, anarcocapitalismo. Y es que no tiene sentido que los liberales sigan diciendo las mismas cosas que hace ciento cincuenta años cuando en pleno siglo XXI, y a pesar de la caída del Muro de Berlín hace ya casi veinte años, los estados no han dejado de crecer y cercenar en todos los ámbitos las libertades individuales de los seres humanos. El anarcocapitalismo es la representación más pura del orden espontáneo del mercado en el que todos los servicios, incluyendo los de definición del derecho, justicia y orden público, son proporcionados a través de un proceso exclusivamente voluntario de cooperación social que se convierte así en el objeto central de investigación de la Ciencia Económica moderna. En este sistema ninguna parcela se cierra al ímpetu de la creatividad humana y de la coordinación empresarial, potenciándose la eficiencia y la justicia en la solución de los problemas que puedan plantearse, eliminándose de raíz los conflictos, ineficiencias y desajustes que genera toda agencia monopolista de la violencia (estado) por el mero hecho de existir. Además, el sistema propuesto elimina los incentivos corruptores del ser humano que genera el estado, impulsando por contra los comportamientos humanos más morales y responsables, e impidiendo el surgimiento de ninguna agencia monopolista (Estado) que legitime el uso sistemático de la violencia y la explotación por parte de unos grupos sociales (los que en cada momento mejor controlen los resortes del poder estatal) a otros (aquellos a los que no queda más remedio que obedecer)”, 24 y 25.

propuesto como doctrina política y económica por Nozick,²³² autor de *Anarquía, Estado y Utopía* de 1974 y Dieterlen²³³ en 1996.

Como explica Guillén, “el neoliberalismo es impensable fuera de la institución del Estado, el cual, como detentor de la violencia simbólica, es el único capaz de imponer la razón económica a todos los dominios de la sociedad”.²³⁴

Guislain reconoce la necesidad de que cualquier modelo exitoso de privatización debe encontrar su fundamento constitucional y jurídico porque en aquel descansa la protección de los intereses generales.

Además, sostiene que: “The success of a privatization program is often a function of the soundness of its foundation, especially its legal foundation. The objectives of the program must be compatible with the constitutional provisions that underpin the legal framework for business activity in general and privatization in particular”.²³⁵

Este criterio es coincidente con el planteado por Bernaldo De Quirós quien desde el enfoque de la existencia del libre mercado, explica que el Estado es “fundamental

²³² Para este autor: “El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas”. En Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1991), 153.

²³³ Paulette Dieterlen, *Ensayos sobre justicia distributiva*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (México: Distribuciones Fontamara S.A., 1996). Sostiene la autora: “Un Estado más extenso no limita sus funciones a la redistribución de la protección sino que también se ocupa de distribuir bienes y servicios. Para llevar a cabo esta función, necesita privar de largo a algunos para darse lo a otros. Esta acción es una violación del derecho que alguien que tiene que hacer lo que más quiera con sus pertenencias”, 20. Y también añade: “Cuando a una persona se le quitan las ganancias que obtuvo con su trabajo para distribuir bienes y servicios, es forzarla a trabajar para otras. No es justo, afirma [Nozick] que una persona a la que le gusta el cine (y tiene que ganar más dinero para pagar el boleto) esté obligado a ayudar al necesitado, mientras que una persona que prefiere que observar la puesta del sol (y no tiene que ganar dinero para llevar a cabo esta actividad) no esté obligado a nada. Además una carga fiscal desestimula la producción ya que las personas no pueden gastar lo que han ganado con su esfuerzo. De esta manera utiliza, pues, la noción de elección voluntaria para criticar al marxismo”, 24 y 25.

²³⁴ Guillén Romo, “La deshomogenización del discurso liberal: del ordoliberalismo alemán al ultraliberalismo austro-estadounidense”. Añade el autor: “Todo el análisis de Bourdieu conduce a esta paradoja: la revolución simbólica neoliberal se conduce ‘desde arriba’, es decir, por el Estado, porque es a nivel del Estado y sólo del Estado –debido a la concentración de fuerza, a la vez física y simbólica, que ha acumulado históricamente– como podía imponerse un *nomos* (ley, costumbre) universal. La creencia en el *nomos* económico sólo puede establecerse con la condición de que los que la encarnan y la difunden sean reconocidos como ‘autoridades’ institucionales, que se presenten a los ojos de la opinión pública con el traje del poder oficial, es decir, del Estado. El Estado neoliberal, que se despoja de muchos de sus medios de regulación, de intervención y de arbitraje en el campo económico, en particular, en el dominio social, no puede de ninguna manera deshacerse de lo que constituye su autoridad propia y de lo que inspira el respeto que le deben los ciudadanos”, 144.

²³⁵ Pierre Guislain, *The Privatization Challenge* (Washington D.C.: The World Bank, 1997). Añade el autor: “They must also be compatible with the general principles of law and other norms establishing the rule of law and with certain provisions of international law, which may be binding on the legislator. If these basic legal norms hinder achievement of program objectives, the government must determine whether they can and should be amended. If, they cannot be amended, the government may have to reconsider the program objectives or the choice of specific privatization techniques in order to accommodate these higher-order constraint”, 33.

para determinar las reglas del juego, interpretarlas y asegurar su cumplimiento; es decir el Estado es una institución necesaria para reducir los costes de transacción que dificultan e incluso puede hacer imposible el intercambio económico”.²³⁶

Aunque aclara que la institución estatal, así como puede ser una pieza elemental en el progreso económico, también puede constituirse en una de sus amenazas principales.

En aquellos intersticios teóricos en donde los más acérrimos censuradores de las políticas sugeridas a los estados por el Consenso de Washington,²³⁷ encontraron un cómodo espacio de cultivo ideológico para arremeter con todas sus fuerzas a las nuevas formas de entender las administraciones públicas por fuera del estatismo.

Con ello, se dificultó crear y fomentar nuevas nociones sobre los servicios públicos y más bien, se promovió que las tensiones teóricas sean cada vez más fuertes mediante la construcción de paradigmas dicotómicos absolutos entre interés público e interés privado.²³⁸ Preocupaba, por ejemplo, el fenómeno de *huida* del derecho administrativo.

Sánchez Morón identifica que las teorías del *new public management* – estudiadas, entre otros, por Guerrero²³⁹ influían en este repliegue del derecho administrativo a partir de la reticencia generada respecto de, entre otros factores,²⁴⁰ la

²³⁶ Lorenzo Bernaldo De Quirós, “Liberalización, desregulación y mercado”, en *Derecho Administrativo Económico* (Madrid: Lerko Print S.A., 2000), 221–38.

²³⁷ En resumen, las políticas se plantean en diez medidas: “disciplina fiscal, reordenación de las prioridades del gasto público, reforma tributaria, liberalización de las tasas de interés, tipo de cambio marcado por el mercado, liberalización del comercio, liberación de la inversión extranjera directa, privatizaciones de empresas públicas, desregulación de las economías y derecho de propiedad. En Zibechi y Machado, *El Estado realmente existente: Del Estado de bienestar al Estado para el despojo*, 63.

²³⁸ Véase las propuestas sobre el desvanecimiento de la construcción del paradigma de las dicotomías absolutas entre interés público y privado en Floriano de Azevedo Marques Nieto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica* (Madrid: La Ley, 2011).

²³⁹ Omar Guerrero, “El mito del nuevo ‘Management’ público”, *Revista Venezolana de Gerencia* 9, n° 25 (2004): 9–52. El autor identifica a esta categoría como una forma de “manifestación del capitalismo contemporáneo y más particularmente una segunda etapa de privatización. Ésta entraña en su principio primigenio vital la renuncia a gobernar, pues “la privatización es el acto de reducir el papel del gobierno, o aumentar la función del sector privado en una actividad o en la propiedad de los bienes”, 10 y 11.

²⁴⁰ Benito Muiños Juncal, “Neoliberalismo y desigualdad social en Europa y América”, *Scripta Nova: Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Número extraordinario dedicado al I Coloquio Internacional de Geocrítica (actas del coloquio), 3 (1999), <http://www.ub.edu/geocrit/sn-45-9.htm>. Señala el autor: “En los ochenta los gobiernos Reagan en los EEUU y Thatcher en Gran Bretaña consolidaban en los países capitalistas el neoliberalismo, un pensamiento económico que tenía como adversario principal el Estado del Bienestar, cuyos principios básicos pueden resumirse en los siguientes cuatro puntos: que el déficit del presupuesto estatal es negativo para la economía, puesto que absorbe el ahorro nacional, aumenta los tipos de interés y disminuyen las tasas de inversión financiadas por los ahorros domésticos; la intervención estatal regulando el mercado de trabajo añadiría una rigidez que dificulta el libre juego del mercado, no permitiendo el desarrollo económico y la creación de nuevos

burocracia instituida durante la época de los Estados de bienestar y también porque tal forma de administración pública no resultaba apropiada para un tipo de administración de autoridad.

Este mismo autor se refiere a aquel tipo de administración como la que “aprueba normas generales y actos de imperio que limitan la esfera de libertad de los individuos –órdenes, sanciones, autorizaciones, etc.– pero sí para otro tipo de actividades, en buena medida coincidentes con los que en siglo XIX se denominaron actos de gestión”.²⁴¹

Las tensiones teóricas que se provocaron en la medida en que esta forma *moderna* de entender el rol de los Estados, intentaban abrir el camino a visiones diferentes del derecho administrativo y la administración pública distintas a las lógicas soberanistas y nacionalistas propias de los Estados de bienestar.

Los defensores y promotores de la gestión liberalizada de los servicios públicos propugnaban, entre otras formas, el camino a privatizaciones más adecuadas, debidamente revisadas y moduladas por los estados.

Esto mediante mecanismos jurídicos de revisión y control, *caso a caso*, como explicará Peñalosa²⁴² sin que aquello implique la desaparición del Estado, del derecho administrativo y de la función pública junto a sus poderes jurídicos connaturales y estructurales.

Más bien, a la luz de un paradigma diferente producto de la globalización y de la crisis de los Estados de bienestar, las doctrinas debían preocuparse por desarrollar elementos teóricos en las nociones de los servicios públicos, elementos que den fuerza y satisfagan eficientemente –como considerará Olías de Lima–²⁴³ de la mejor manera a

empleos; una protección social garantizada por el Estado del bienestar aumenta el consumo disminuyendo la capacidad de ahorro de la población; y por último que el Estado no debe regular el comercio exterior ni los mercados financieros”, 1.

²⁴¹ Miguel Sánchez Morón, “El retorno del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2018, 37–66, 46.

²⁴² Enrique Peñalosa Londoño, “Eficiencia, distribución del ingreso y privatización”, en *Alternativas de privatización para el sector público colombiano* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993), 27–36. Explica el autor: “La discusión sobre la privatización no debe ser ideológica; porque ésta no es un fin en sí mismo, sino simplemente un medio. Por sí sola no podría ser evaluada. Podría serlo a la luz de su eficacia para alcanzar objetivos como la equidad, o la eficiencia; pero no como un objetivo *per se*. Para analizar la privatización también es indispensable hacerlo caso por caso. Mientras que en algunos casos puede convenir una mayor injerencia estatal, en otros la privatización es muy recomendable. Las formas de privatización y los controles que mantenga el Estado pueden asumir formas y muy variadas. En algunas ocasiones, los controles que surgen del funcionamiento del mercado y la competencia serán suficientes. En otras puede requerirse una estricta intervención estatal para controlar localidades, precios, esquemas de redistribución del ingreso, entre otros. La privatización es un medio porque la propiedad privada es un medio”, 29 y 30.

²⁴³ Blanca Olías de Lima, “La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia”, en *Administraciones y Servicios públicos: ¿reforma o privatización?* (Madrid: Izquierda Unida, 1993), 79–90. La autora explica algunos puntos sobre las consideraciones sobre el principio de

tales actividades de interés general en lugar de provocar mayores tensiones teóricas. Así lo cuestionarían y plantearían en su momento Subirats y Gomá.²⁴⁴

El *imperium* de los estados respecto de su papel económico,²⁴⁵ así como las relaciones jurídicas y económicas de oferta y demanda de los servicios públicos en este denominado neoliberalismo, debía adquirir matices normativos –mejores– a los preestablecidos en el keynesianismo. Sin que aquello necesariamente responda a fenómenos como la huida del derecho administrativo.²⁴⁶

eficiencia y señala que aquella “no es un valor absoluto que pueda predicarse de las organizaciones o de los procesos en abstracto. La eficiencia es un valor de medida solo en relación a fines. Dicho de otra manera, una organización es eficiente en la medida que se satisfagan los objetivos señalados, y, así puede ser perfectamente eficiente si logra fortalecer los lazos entre sus componentes o evita la delincuencia, aun cuando no genere beneficio material alguno. De la misma manera, otra será eficiente si obtiene buenos dividendos para sus propietarios, aunque no los haga más bondadosos ni contribuya al bienestar social. [...] El ámbito público tiene connotaciones claramente distintas de las mencionadas, las finalidades públicas son complejas, variables, interdependientes, múltiples y abstractas. Son, por tanto, difícilmente medibles. Son también, finalidades sujetas a variaciones. [...] La constatación de que lo público presenta caracteres netamente distintos de lo privado parecería descartar cualquier traslación de instrumentos de un lugar a otro y, por tanto, descalificaría como pretenciosos o banales los intentos de aproximación que hoy presenciamos tanto de sus beneficios como de los costes que está dispuesta a soportar para obtenerlos. Y, naturalmente, un conjunto de factores, que no son sólo de índole económica, influirán en esta determinación. [...] Recientes encuestas difundidas por los medios de comunicación indican que la opinión pública, de nuestro país, peca de estimar que el sector privado es más eficiente que el público en la gestión de servicios y opinando que los servicios públicos no empeorarían de pasar a manos privadas, no está mayoritariamente a favor de privatizar los servicios que hoy presta el Estado. Sin entrar a disentir la validez de estos sondeos y admitiendo sin crítica esta aparente paradoja, lo que muestra este ejemplo es que la población puede mantener ciertos valores aparentemente anti- económicos, pero tan lícitos como lo contrario”, 84 y 85.

²⁴⁴ Joan Subirats y Ricard Gomá, “Gestión Pública y reforma administrativa en los 90: nuevos retos y oportunidades”, en *Administración y Servicios Públicos: ¿Reforma o privatización?* (Madrid: Izquierda Unida, 1993), 63–71. Cuestionan los autores: “¿Cómo mantener un nivel de rendimiento aceptable de los servicios públicos en momentos de contención del gasto público y sin grandes posibilidades de aumentar una presión fiscal y percibida como excesiva por la ciudadanía? ¿Cómo hacerlo, además, cuando la estructura organizativa y los mecanismos de control sobre los que basa su actividad en el sector público están pensados más para procesar problemas para garantizar una legalidad entendida casi como un único objetivo, que para resolver problemas para satisfacer a un cliente al que muchas veces sólo se sabe tratar como administrado? ¿Cómo, en fin, hacer funcionar una administración pública enraizada en unos valores que proceden del estado liberal del XIX, una administración a la que estrictamente se le exigía que regulase la actividad social y castigase a los infractores, y que ahora controla más de un 40% del PIB nacional y cuya dedicación esencial es la prestación de servicios?”, 63. Luego de aquello, los autores reflexionan sobre cuáles deben ser estos retos a enfrentarse frente al nuevo paradigma y abandonar esquemas de administraciones públicas que intenten, más bien apostar por la eficacia y eficiencia del sector público. Los cuatro retos de las nuevas administraciones públicas en cuanto a la provisión de servicios públicos planteadas por los autores son: “1) mantener y fortalecer los valores constitucionales; 2) mejorar la competencia y capacidades técnicas; 3) gestionar la complejidad, la incertidumbre y el cambio; y 4) actuar con una ética de servicio al ciudadano”, 64 y 65

²⁴⁵ Señalan Stiglitz y Rosengard, al referirse a un nuevo consenso respecto del rol del Estado en la economía y dentro del contexto de lo que hasta aquí se ha indicado: “Las diferencias de opinión sobre el papel económico del Estado, con todo lo importantes que son, son mucho menores que hace cien años, en que los socialistas eran partidarios de que el Estado desempeñara un papel dominante y los economistas del *laissez faire* eran partidarios de que no desempeñara papel alguno. La visión actual del Estado se ha traducido en dos iniciativas concurrentes, la liberalización y la privatización”. Stiglitz y Rosengard, *La economía del sector público*, 41.

²⁴⁶ Ariño, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Para el autor: “En los últimos años hemos asistido a un sorprendente proceso de

Justamente Linde Paniagua alerta que, en este fenómeno jurídico, las administraciones públicas recurrirían a figuras e instituciones jurídicas del derecho privado para cumplir con la gestión de los servicios públicos²⁴⁷ y con ello desplazar, sin más, al derecho público. Esto produciría desplazamientos de formas de administración pública establecidas en los estados de bienestar.

Para Barnes, las relaciones entre derecho constitucional y derecho administrativo son tan importantes que fenómenos externos a las relaciones económicas de los estados y la sociedad –como en efecto sucede con las actividades de interés general en mercados no regulados– pueden provocar aquel efecto de desconexión entre tales ramas. La internacionalización, la globalización, la reinvención y la liberalización de los servicios públicos inciden directamente en tales relaciones dialécticas.

Las nociones teóricas sobre qué es un servicio público –qué considerar a una actividad como servicio público o a un producto de mercado de interés general– y cuál es su fundamento en la fase posterior a los estados de bienestar. En estos estados de liberalización económica, se movilizan, se tensionan, se compactan o también se ensanchan hacia formas jurídicas de función administrativa.

En algunos casos, aquello como ejercicio de poder, y en otros, como actividades contractuales entre oferentes y consumidores. Barnes dice:

la transformación del Estado y de la administración contemporáneos experimenta una expansión en tres direcciones: *hacia arriba* o *hacia el exterior*; *hacia los lados*, entre el Estado y la sociedad, y *hacia adentro*, en el crecimiento de la naturaleza y capacidad directiva de la administración en la realización de nuevas y relevantes políticas públicas. Expansiones que importan a la Constitución. Así ocurre, por ejemplo, cuando desde esa

privatización del Estado. Sobre la base de una búsqueda de *eficacia* (palabra mágica) se abandonan las formas que ha presidido siempre la actuación de las administraciones públicas, se busca la asimilación a la empresa privada, se suprimen los controles, se laboraliza la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado, como si éste fuera propiedad de los gobernantes. De modo especial se ha postulado dicho acercamiento en la empresa pública, en todos sus aspectos: objetivos, *status* jurídico, régimen de personal, autonomía empresarial, régimen patrimonial y financiero, etc. Se quiere con ello - según se nos dice - *despolitizar* la empresa, convertirla en una empresa de verdad, lo que exige la *privatización* de su régimen jurídico. Todo ello forma parte de un fenómeno más general, que podríamos llamar de consideración *empresarial* del Estado, que lleva a una privatización general de éste. La verdad es que esto no es nada nuevo. Siempre ha habido tendencia a escapar de los controles que impone el derecho público tradicional. La génesis de historia de los llamados *organismos autónomos*, así lo acredita. La novedad del fenómeno radica, a finales de los 80 y a principios de los 90, en la generalización de esta *huida* en desbandada, descontrolada y fraudulenta, con la deslegalización que ello supone de la vida del Estado. Existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huida del Derecho Administrativo respecto a la actuación del Estado: primero, a través de la empresa pública [...]; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y regímenes jurídico privado para la realización de actividades típicamente administrativas; y, en tercer lugar, a través de *privatización* del propio Derecho Administrativo, que es un tema tan amplio que ahora únicamente lo mencionamos”, 93 y 94.

²⁴⁷ Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, 83.

relación se contemplan otros fenómenos, como la *globalización* en lo que tiene de acción pública más allá del Estado (I); la *corresponsabilidad* entre el sector público y la gobernanza que integra a sujetos públicos y privados para la realización de tareas regulatorias y de prestación de servicios públicos o actividades de interés general (II); o las nuevas formas de *dirección parlamentaria* de la administración, esto es, de subordinación de la administración a la ley y al Derecho, cuando la ley pierde la capacidad directiva tradicional y las administraciones adquieren un poder decisorio que excede en mucho de la simple ejecución, hasta el extremo de difuminar, sino de disolver, el binomio normación–ejecución (III).²⁴⁸

En esta desconexión del derecho administrativo con los más altos fines constitucionales, también se debe reconocer procesos de regulación jurídica desordenados que precisamente dan cuenta cómo en ciertos casos, un neoliberalismo *negativo*.

Esto se ha servido de factores externos como la globalización para que los propios estados y sus ordenamientos jurídicos –con la complicidad de élites políticas y económicas– provoquen que dicho sistema, propuesto como opción a los hiperestatismos de bienestar, no responda a los fines legítimos que constitucionalmente esperan los consumidores de los servicios públicos.²⁴⁹

Íñigo del Guayo, alerta este efecto pernicioso de la regulación inadecuada por fuera del contexto constitucional y señala:

La globalización ha significado la extensión de las técnicas y formas de la regulación anglo–norteamericana, no siempre acompañada de una verdadera cultura regulatoria, ni de los presupuestos políticos y democráticos que la sustentan. A veces ha habido más hojarasca y ruido que auténticos avances. Por ejemplo, ha habido privatizaciones descontroladas o leyes supuestamente liberalizadoras que no liberalizan auténticamente porque operan en un país con características distintas a aquellos países donde unas leyes idénticas sí contribuyeron a liberalizar. La globalización subraya la necesidad de agencias de regulación verdaderamente globalizadas, que respondan a los problemas derivados de actividades y mercados que no conocen fronteras. Como no ha sido así, los consumidores no se han visto beneficiados de la regulación a pesar de que en el plano teórico esta técnica existe para garantizar que los consumidores reciban todos los beneficios derivados de las competencias.²⁵⁰

²⁴⁸ Javier Barnes, “La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías”, en *La constitucionalización del Derecho Administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), 499–533, 502 y 503.

²⁴⁹ Jaime Cárdenas García, “Las características jurídicas del neoliberalismo”, *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 32 (2015): 3–44. Entre las preocupaciones que expone el autor sobre el derecho nacional, se encuentra: “La globalización neoliberal no sólo afecta la soberanía de los Estados-nación sino que también incide en conceptos como validez jurídica, norma jurídica, ordenamiento, coercibilidad del derecho, jerarquía jurídica, sistema jurídico dinámico, pluralismo jurídico y, desde luego, en las relaciones entre el derecho de origen interno con el derecho de origen externo”, 4.

²⁵⁰ Guayo Castiella, *Regulación*, 30 y 31.

Aun incluso en el fenómeno de la privatización, las constituciones de los estados y el derecho administrativo de la administración pública debían, especialmente en la década de los años noventa, tener especial atención para que las regulaciones cumplan objetivos legítimos respecto de una auténtica mejora en los servicios públicos. Esto a favor, como es lógico, de los consumidores.

Como sostiene Martínez de Vedia:

La clara demarcación entre los servicios públicos y otras transferencias realizadas resulta de una invaluable y trascendental importancia, ya que no calificarlos justamente puede acarrear penosas consecuencias, al no definir acertadamente las futuras responsabilidades del concesionario y el concesionario. Existen antecedentes decepcionantes al respecto, cuando sin tener en consideración estos conceptos, se privatizaron servicios públicos como si no lo fueran, y se olvidaron obligaciones del Estado absolutamente imprescindibles. La privatización de un servicio público exige definiciones políticas y técnicas que deben ser ampliamente tenidas en cuenta desde el inicio, para calificar y obligar a las partes en forma justa y razonable, y para que no se desvíen los principios y obligaciones de lo que un servicio público representa.²⁵¹

Como se señaló antes, una inadecuada forma de comprender y aplicar los procesos jurídicos y económicos que aparecieron como reacción a ineficiencias de los estados de bienestar, generaron espacios para, en cambio, denostar aquellas otras formas desde el sector privado para satisfacer las necesidades de interés general.

La eficacia de la administración pública en los modelos de estado neoliberales es importante la del modelo de Estado a quienes los detractores denominan *neoliberal* es poco importante, así como también para tales detractores resultaba poco importante identificar objetivamente las formas que llevaron a la crisis de los estados de bienestar desde la óptica de los servicios públicos.

Al final del día, se podría observar desde ciertos sectores de la doctrina que es más sencillo unirse a los discursos políticos demagógicos, haciendo caja de resonancia ideológica contra el neoliberalismo –si necesariamente definir qué exactamente es dicha doctrina–²⁵² y la liberalización.

²⁵¹ Martínez de Vedia, *La organización en la regulación de servicios públicos*, 38.

²⁵² Señalan Caicedo y Tanca: “En 2009, el profesor de Derecho y Teoría Literaria, Stanley Fish, manifestó en su columna del *The New York Times* su desconcierto con el uso del adjetivo *neoliberal*, que según decía era usado en infinidad de textos, e incluso en críticas a su propio trabajo. Cuando preguntó a sus colegas académicos por alguna definición posible se dio cuenta de que estos estaban en las mismas. Nadie acertaba en una respuesta cierta. Llegó de forma intuitiva a la conclusión de que se trata de ‘una forma peyorativa de referirse a un conjunto de medidas económicas / políticas basadas en una fuerte fe en los efectos beneficiosos de los mercados libres. Poco después, Fish encontró mayor consuelo cuando se dio cuenta de que su tesis sobre la indeterminación conceptual del término tenía incluso aval científico. Efectivamente, dos investigadores de la Universidad de Berkeley publicaron por aquellos días un detallado estudio que demostraba una particular confusión en el uso del término “neoliberalismo” por

Estos sectores, entonces, se preocuparían más por preservar al estatismo como método de ejercicio de poder político que como forma de gestión pública eficiente.

Tales sectores acusan, en varias ocasiones de modo aislado y prejuicioso, a las *grandes corporaciones* y a las *empresas transnacionales* como las responsables del presunto *caos* y el *saqueo* de los servicios públicos en naciones en vía de desarrollo. Esto provoca mayores tensiones respecto de las finalidades legítimas que dichos servicios públicos deben cumplir en los estados.

Los planteamientos doctrinarios deberían, más bien, aliviar dichas tensiones y generar las mejores doctrinas para garantizar que, aún en los procesos de liberalización y sus formas complementarias, los derechos de los consumidores se vean tutelados mediante el Estado, por ejemplo, mediante desafíos tecnológicos.²⁵³

El alivio o liberación –mas no su desaparición– en estas tensiones teóricas, al ser trasladadas a la realidad jurídica, debe contribuir mediante el derecho constitucional y el derecho administrativo en la prosecución adecuada de la satisfacción de necesidades de interés general. Por eso es necesario que las propias constituciones de los estados y sus ordenamientos jurídicos permitan garantizar el equilibrio jurídico económico de los servicios públicos propuesto por Gaspar Ariño.

Posiblemente, una corresponsabilidad en cuanto a la gobernanza del sector público y la gestión del sector privado, como plantea Barnes, pudiera resultar una fórmula interesante en esta procura de dicha liberación. Ha de tenerse en cuenta que el neoliberalismo, como cualquier sistema jurídico y económico diseñado por la humanidad, está sujeto a las condiciones que, al menos en la actualidad, el derecho y el Estado a partir de su institucionalidad le permita.

Eso sí, no se debe culpar al neoliberalismo en sus excesos cuando el Estado –y sus representantes políticos– no han estado allí para evitar tales abusos. Si las élites políticas y económicas que controlan el Estado sirven a sus intereses –aquello que Daron Acemoglu y James Robinson denominan *institucionalidad extractiva*–²⁵⁴ y, por

parte de intelectuales y académicos. La palabra básicamente llegó a convertirse, según dicha investigación, en un eslogan despectivo empleado por la izquierda para desprestigiar ideas que rivalicen con las suyas”. En Aparicio Caicedo Castillo y Arianna Tanca Macchiavello, *Noche larga No liberal. Realidad detrás del mito populista* (Guayaquil: Fundación Ecuador Libre, 2018), 15 y 16.

²⁵³ Israel Patiño Galván y J. Jesús Ceja Pizano, “Modernización de los servicios públicos municipales a través de las tic, desde una perspectiva integral”, *Revista Gestión Empresarial* 11, n° 2 (2013): 70–88.

²⁵⁴ Daron Acemoglu y James Robinson, *Por qué fracasan los países* (Barcelona: Ediciones Deusto, 2012). Señalan los autores: “Existe una fuerte sinergia entre las instituciones económicas y las políticas. Las instituciones políticas extractivas concentran el poder en manos de una élite reducida y fijan pocos límites al ejercicio de su poder. Las instituciones económicas a menudo están estructuradas por esta

lo tanto, hacen todo lo contrario para proteger a los derechos de los consumidores de los servicios públicos, entonces el problema no será en sí mismo el neoliberalismo como sujeto tangible. Es el propio Estado y sus representantes quienes no cumplen con su misión constitucional.

El Estado debe funcionar correcta, racional y eficientemente, cuestión que no debe descartar un rol, en ciertos casos como subsidiario en el contexto de dicho sistema económico y jurídico, como respectivamente lo explican Huerta Moreno²⁵⁵ y Cassagne.²⁵⁶

élite para extraer recursos del resto de la sociedad. Por lo tanto, las instituciones económicas extractivas acompañan de forma natural a las instituciones políticas extractivas”, 103 y 104.

²⁵⁵ María Guadalupe Huerta Moreno, “El neoliberalismo y la conformación del Estado subsidiario”, *Política y Cultura*, n° 24 (2005): 121–50. Explica la autora: “La nueva forma de concebir el funcionamiento del Estado permitiría apoyar, desde la perspectiva de los nuevos encargados de la planeación económica, proyectos y servicios que incrementarían la productividad y la rentabilidad económica en los sectores productivo, comercial y financiero. Con eso se reafirma la idea de que el mercado debe encargarse de forma exclusiva de los procesos económicos, de la producción y la distribución, mientras que el Estado hace lo propio en materia de regulación y control de variables económicas para asegurar la estabilidad financiera que requieren los negocios privados. En ese sentido, las que tienden a fortalecerse son las facultades rectoras del Estado y de la planeación indicativa en oposición al intervencionismo estatal”, 147.

²⁵⁶ Cassagne, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”. Explica el autor: “A partir del proceso de transformación del Estado, en un marco ideológico que tiende a reducir la categoría de servicio público a los servicios esenciales o primordiales, se observa, de una parte, el repliegue del Estado que se traduce en el abandono de la gestión directa y, de otra, la aparición de la competencia como fundamento de la eficiencia con base en la ideología de la libertad de mercado, actuando los derechos fundamentales como límites naturales que acotan el alcance de la institución. Esta idea que, en cierto sentido, es una vuelta a la concepción de Hauriou, armoniza plenamente con el principio de subsidiariedad y comienza a incorporarse en las legislaciones y textos constitucionales”, 57.

Capítulo segundo

Servicios públicos: de las nociones teóricas a las tensiones en la construcción actual y futura del concepto

1. Tensiones en la construcción conceptual actual de los servicios públicos

La construcción actual del concepto de servicio público es una tarea compleja desde varios enfoques. Desde las primeras nociones planteadas por la Escuela de Burdeos, el posterior tránsito a la teoría de la institucionalidad de Hauriou (o doctrina del poder o de *puissance publique*) y luego el surgimiento del Estado social de derecho, los estados de bienestar y la crisis de la noción con el advenimiento de la corriente neoliberal, ponen en jaque a cualquier teoría universalista que pretenda reclamar para sí el concepto de servicio público. Castillo señala:

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.²⁵⁷

Marín Cortés consiente en que los servicios públicos nacen de necesidades experimentadas por la sociedad y, por tanto, “en la medida en que éstas y sus necesidades evolucionan, este concepto se ensancha y las actividades que constituyen servicio público se modifican o desaparecen”.²⁵⁸

Sumado a aquello, la construcción de la función administrativa actual y futura del concepto, a primeras luces, parece que no provocaría en el constitucionalismo y en el derecho administrativo mayores cuestionamientos en cuanto a su naturaleza. Al fin del día tal vez –así sostendrán ciertos sectores– un enfoque pragmático dirá que lo que finalmente interesa en realidad, es que los prestadores, sean quienes sean, cumplan objetivamente con sus tareas.

Las necesidades de interés general deben ser satisfechas de manera continua y eficiente. Además, debe observarse ciertos principios comunes a los servicios públicos,

²⁵⁷ Juan Miguel Castillo Roldán, “El servicio público: ¿instrumento de intervención o método de regulación para la protección de los intereses colectivos?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 70, n° 277 (agosto de 2020): 461–94, 463.

²⁵⁸ Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, 34.

al menos, aquellos principios reconocidos como *éticos*. Esteve Pardo los enuncia como continuidad, accesibilidad, igualdad y gratuidad.²⁵⁹ A ellos deben sumarse los principios de regularidad y mutabilidad o adaptabilidad.

Por si esto no resultase suficiente, sectores de la doctrina expresan que los servicios públicos, como instituciones jurídicas y económicas, no pueden ser definidos legalmente. Por ende, su concepción es –y será– dogmática.²⁶⁰

Sin embargo, como quedó explicado en el primer capítulo de esta investigación, sí resulta conveniente profundizar en los elementos teóricos los servicios públicos por varias razones. En primer lugar, su ductilidad, pues los servicios públicos son instituciones jurídicas dúctiles desde todo punto de vista: jurídico y económico.

Por ende, la determinación constitucional o legal de qué es –y qué no es o qué esperan los conglomerados humanos que sea– un servicio público, debe ser explicado en la medida en que dichas instituciones podrían reñir con la ductilidad como concepto.

En segundo lugar, es necesario revisar el fenómeno provocado por el rol del Estado y la economía, particularmente las formas de delegación al sector privado de

²⁵⁹ José Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, 10ª ed. (Barcelona: Marcial Pons, 2011). Los principios éticos identificados por el autor son los siguientes: “[1] *Principio de continuidad de los servicios públicos*: El servicio público debe prestarse sin interrupción puesto que con él se satisfacen necesidades básicas de la comunidad. Una ciudad no puede quedarse por unos días sin transporte público o sin servicio de recogida de basuras. Este principio de continuidad de los servicios públicos. Este principio de continuidad de los servicios públicos plantea especiales problemas por su posible colisión con los derechos de los trabajadores para la defensa de sus intereses, concretamente con el derecho de huelga. [2] *Principio de accesibilidad*: Los servicios públicos han de resultar accesibles a todas las personas con independencia de sus condiciones y situaciones. Un elemento que aquí se ha considerado tradicionalmente es la distancia física, geográfica. Los servicios han de ser accesibles a las personas que se encuentran en lugares alejados tal como ejemplifica, de manera paradigmática, el servicio postal. [3] *Principio de igualdad*: Conecta sin duda con el principio anterior, pero va más allá al rechazar cualquier tipo de discriminación en el acceso a los servicios. En el caso de que el número de usuarios resulte limitado por la propia capacidad de prestación del gestor del servicio, deberá ordenarse el acceso por criterios objetivos – orden de llegada o acceso de los usuarios, orden de méritos – o por criterios sociales, que puedan implicar una discriminación positiva, como pueda ser la atención preferente a discapacitados, personas en paro, menores, etc. El que rechaza implícitamente pero inequívocamente es el criterio de mercado para el acceso al servicio público que lo fiaría todo al juego de la oferta y demanda, dando acceso entonces a quien ofrece mejor precio. [4] *Principio de orientación a la gratuidad y al precio político*: El reconocimiento a todas las personas de unos derechos sociales que requieren de una serie de prestaciones sitúa a éstas, en principio, en el plano de la gratuidad, en la medida en que con ella se satisfacen derechos de los que son titulares todas las personas. Son prestaciones que en principio se financian a cargo de los presupuestos públicos y el sistema fiscal y tributario que los alimentan. Pero en los servicios de contenido económico, como son los servicios municipales o de los suministros de energía, aun teniendo la consideración de servicios públicos, se fija una contraprestación de contenido económico a satisfacer por los usuarios”, 431.

²⁶⁰ Luciano Parejo Alfonso, “Servicios Públicos y Servicios de Interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (semestre de 2004): 51–68. Explica el autor: “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”, 52.

aquellas actividades de interés general. Así, provocar que el liberalismo económico y la tecnología garanticen un mayor y mejor acceso de la población.

En tercer lugar, su permeabilidad. No es posible entender actualmente a los servicios públicos, más aún en aspectos tecnológicos, en un contexto fuera de la globalización y las nuevas formas de su administración.

Justamente aquello desde la consideración según la cual han quedado en el pasado –al menos eso dirá cierto segmento de la literatura– formas jurídicas equivalentes a la función administrativa como equivalente de servicio público. En otras palabras, conviene cuestionar visiones petrificadas en el legalismo y en los nacionalismos soberanistas.

Por lo tanto, la construcción actual –y futura– del concepto de servicio público pasa por una serie de aristas. Estas han de converger en fórmulas jurídicas que finalmente permitan dotar a los consumidores y usuarios de los mejores mecanismos para garantizar una adecuada prestación. Con ello, perseguir la satisfacción de necesidades generales, así como también procurar formas de exigibilidad y cumplimiento de tales servicios.

Todo aquello, se insiste, fuera de dogmas y posturas ideológicas de *utopías socialistas* y *locuras neoliberales*, que no hacen sino prevalecer al Estado sobre el mercado y viceversa.

Sobre la dificultad de presentar una construcción genérica sobre el concepto que aquí se pretende, Danós Ordoñez reconoce que no existe un concepto constitucional uniforme de servicios públicos. Por ello, plantea, una especie de referencia conceptual simultánea de aquellos. Lo hace de la siguiente forma:

i) Algunos de los preceptos se refieren a los servicios públicos como sinónimo de funciones estatales, es decir como una denominación que os identifica genéricamente con el poder público o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente jurídico que implican el ejercicio de, o [sic] autoridad por parte de las entidades estatales; ii) otros preceptos constitucionales si utilizan un concepto más moderno de servicio público, para referirse a actividades económicas, de carácter prestacional, calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por los particulares.²⁶¹

A partir de la dificultad de proponer un concepto genérico de servicio público, conviene añadir a los elementos identificados por Ordoñez, debe añadirse la faceta

²⁶¹ Jorge Danós Ordoñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”, en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 13–31, 14.

constitucional. Esto en virtud de la interconexión entre el derecho administrativo y el derecho económico, con el derecho constitucional.

En este contexto, la prestación de determinado servicio público con el reconocimiento de uno o varios derechos constitucionales es connatural. Por ejemplo, el *derecho* al agua se relaciona con la prestación del servicio, pues lo garantiza.

Dado que su naturaleza jurídica es diferente, conviene escudriñar si la relación de estos servicios con tales derechos constitucionales –o derechos humanos en ciertos ordenamientos jurídicos– condiciona a que, en modelos de constituciones monopólicas e hiperestatistas como sucede en el caso ecuatoriano, tiene mayor peso la necesidad del Estado como principal proveedor.

O, si más bien, la eficacia en el acceso a servicios públicos, que a su vez garantizan derechos correlativos a tales servicios, se ha de cumplir mediante otras formas jurídicas que no necesariamente supongan desde los modelos constitucionales, el incremento de burocracia y la carga fiscal, por ende, el tamaño del Estado.

Se insiste nuevamente en que la satisfacción del interés general debe cumplirse sin descartar o desconocer intercambios económicos modernos, regulados eso sí por el Estado, pero sin dejar de lado el contexto especial del derecho comunitario y la globalización sobre los cuales se hará mención en la última parte de este capítulo.

1.1. Tensiones entre los fenómenos de ductilidad y la *publicatio*: armonizar

En el primer capítulo de esta investigación se señalaba cómo la constitucionalización del derecho administrativo es un fenómeno propio del siglo XX y con importante significado e impacto en el siglo XXI.

La función administrativa adquiere en tal contexto constitucional cada vez más determinaciones y direccionamientos de la función del Estado respecto a la actividad del poder que se ejerce respecto de los administrados.

A esto se suma que las teorías constitucionalistas modernas han proveído de elementos axiológicos para dotar a los textos constitucionales de un valor diferente al que, principalmente, tenían en el siglo pasado, particularmente en los momentos de la crisis de los estados de bienestar, así como también en la época decimonónica durante las tensiones teóricas entre las escuelas de pensamiento de Duguit y Hauriou.

Entre algunos elementos usados por los juristas se encuentran los metafóricos y concretamente, dentro del estudio que aquí se realiza, se observa a las teorías que hablan desde el derecho dúctil²⁶² como una forma amplia para que las constituciones se conviertan en textos abiertos y no únicamente, según tales teóricos, en dogmas. Esto con el propósito de proseguir con los fines del derecho y la justicia en su máxima expresión.

Al estudiar, por ejemplo, el texto *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia* de Zagrebelsky, Martínez refiere que la aludida ductilidad se traduce como:

[L]a huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la “textura abierta del derecho” de la que hablaba Hart), en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía. Aplicando el concepto químico apuntado, el autor defiende la posibilidad de descomponer y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática, germen de fanatismos, de las épocas anteriores. Es claramente una decidida apuesta por el pluralismo jurídico, a lo que ayudaría asimismo una dogmática “fluida o líquida”, complemento indispensable de lo anterior.²⁶³

Al constitucionalismo moderno le importa sustancialmente que, entre otros aspectos, la Constitución sea un texto abierto y que sea utilizado en todos los espectros del ejercicio del poder público y, en lo factible, también en las relaciones espontáneas de la sociedad. La metáfora de la *ductilidad* constitucionaliza a los principios del Estado y, por ende, también a la función administrativa.

Pero la administración pública y la función administrativa, cuya legitimidad y cuyo poder derivan de la Constitución, se ejerce fundamentalmente a través de instrumentos jurídico–normativos de rango infraconstitucional.²⁶⁴ Hay en esta afirmación, según explican López de Castro y Ariño, un doble contenido.²⁶⁵

²⁶² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 11ª ed. (Madrid: Trotta, 2018).

²⁶³ Francisco Martínez Martínez, “El derecho dúctil: ley, derechos y justicia de Gustavo Zagrebelsky”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 42, n° 124 (2009): 417–25, 419.

²⁶⁴ Rodríguez - Arana Muñoz, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, 153.

²⁶⁵ Lucía López de Castro-Morato y Gaspar Ariño Ortiz, “Estado de Derecho y huida del Derecho”, en *Principios de Derecho Público Económico* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación (Madrid), 2003), 85–134. Señalan los autores: “En primer lugar, la regla de sometimiento de la acción administrativa a la totalidad del sistema normativo. La Administración debe respetar, por supuesto, las leyes emanadas del Parlamento, pero también todas las demás normas que integran el sistema de fuentes: normas del Gobierno con fuerza de Ley, Tratados internacionales, las costumbres y los principios generales del Derecho; y desde luego también los reglamentos por la propia Administración. El segundo lugar, la plena juridicidad de la acción administrativa. Con esta expresión quiere decirse que nada puede hacerse al margen del derecho, en el sentido de que toda la actividad administrativa debe realizarse teniendo presentes las normas integrantes del ordenamiento jurídico. No hay en la Administración externos a la acción del Derecho, lo que implica

A partir de aquello, el Estado de derecho, al cual con especial énfasis ciertas corrientes neoconstitucionalistas acusan de dogmático y venerador de la ley, no es en sí mismo antagónico del Estado constitucional.

De hecho, la existencia misma de la *publicatio* como técnica administrativa para calificar legalmente qué es un servicio público, demuestra cómo se detectan tensiones teóricas entre dicha institución jurídica y ductilidad.

Justamente, una de las principales características que definen a los servicios públicos, aun cuando no necesariamente la más importante, es la declaración jurídica de una actividad como tal, sea en la Constitución, sea mediante la ley.

Esta calificación es en realidad más compleja de lo que parece y es que tal declaración formal, como explica Cassagne, fue propuesta en el caso de España por Villar Palasí a mediados del siglo XX como forma de reforzar el rol del Estado en la gestión de los servicios públicos.

Si se entiende de esta manera a la institución de la *publicatio*, entonces el efecto que se producirá a partir de aquello consiste en que al declarar normativamente que *algo* es un servicio público, obligaba a proveer generar un régimen jurídico que regule tal actividad.

Pero, además, y esta es la parte más importante, ese *algo* debía ser satisfecho por un *alguien* y justamente ese *alguien* debía ser el Estado.

Curiosamente, dentro de estos espacios de manifestación jurídica, se alertará que, si bien la *publicatio* apareció como una posible solución, al menos formal frente a la crisis de la noción de servicio público, también corrió el riesgo de desaparecer de la doctrina como forma para enfrentar al hiperestatismo de los estados de bienestar.

Cassagne explica:

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la *publicatio* como nota central de la categoría del servicio público, como si esta figura fuera la causante del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas. Sin embargo, lo único que implica la *publicatio* es la transferencia –fundada en la necesidad y trascendencia social– de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público, a través de la gestión privada de una determinada actividad.²⁶⁶

que toda su actividad es susceptible de ser valorada con base en el respeto a las normas del ordenamiento”, 89.

²⁶⁶ Juan Carlos Cassagne, “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”, *Revista de Administración Pública*, n° 140 (1996): 95–110. Continúa el autor: “En efecto, hoy están desde los que siguen aferrados al criterio

Si se parte de la premisa según la cual la determinación de la *publicatio* es una manifestación de un ejercicio de un poder del Estado porque establece, mediante instrumentos de derecho positivo, qué es un servicio público y, por exclusión, qué no es, entonces ha de reconocerse que el efecto jurídico será una determinación normativa que en ciertos casos será dúctil, pero en otros no.

En otras palabras, el Estado determinará por aquella forma jurídica, cuáles son las necesidades de interés general y paralelamente cómo podrían ser satisfechas, enclaustrándolo mediante certezas normativas, esto es, mediante Constitución o mediante ley.

Esta consideración teórica es expuesta por Vignolo²⁶⁷ y también por Uslenghi.²⁶⁸

clásico, los que proponen directamente suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del Derecho anglosajón –como el servicio universal– hasta los que estamos intentando combinar los elementos originarios y sus notas complementarias con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa. En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la *publicatio* como nota central de la categoría del servicio público, como si esta figura fuera la causante del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas. Sin embargo, lo único que implica la *publicatio* es la transferencia –fundada en la necesidad y trascendencia social– de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público, a través de la gestión privada de una determinada actividad. Todo lo demás que suele achacarse a la *publicatio* no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial que tipifica a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (en su mayor parte fundadas) con la decisión estatal de disponer la *publicatio* en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y competitivo. Por lo demás, la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del Derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso, esa declaración formal se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad, del que se desprende, a su vez, la idea de acotar el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas”, 103.

²⁶⁷ Orlando Vignolo Cueva, “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano”, en *Teoría de los servicios públicos* (Lima: Grijley, 2009). Explica el autor: “Otro rasgo que merece ser subrayado en la noción es el carácter esencialmente *monopolístico* y *excluyente* con que la administración presta el servicio público, puesta de manifiesto con especial énfasis en etapas históricas de convergencia de las fuerzas políticas, ideológicas y tecnológicas hacia un punto máximo de *publicatio*, traducida ‘en un monopolio de *iure*, comprensivo incluso de la propia gestión material; cuando no, se ha excluido esta’. En este panorama, la iniciativa privada (y los derechos económicos que se ejercitan en relación con ésta) estaría completamente descartada (si es que el agente no cuenta con el contrato de concesión que le permita ingresar correctamente a gestionar el servicio), o en franco decaimiento, ya que el Poder público siempre retiene la titularidad del correspondiente sector o actividad publicitada y presenta unos poderes muy penetrantes de dirección, modulación y control sobre todo concesionario (cuando obviamente ya ingresó después de haber sido seleccionado por el Poder público). Como se notará, el Estado es corresponsable en estos esquemas por la adecuada, regular y continua prestación del servicio, lo cual involucra el control sobre los niveles [de] gestión que deberá tener el concesionario (las condiciones) y las tarifas que cobrará a los usuarios, que en general y en la medida de lo posible, deberán ser baratas”, 152

²⁶⁸ Alejandro Uslenghi, “El servicio público como categoría constitucional”, en *Servicio Público y Policía* (Buenos Aires: Universitas, 2006). Explica el autor: “la consecuencia inmediata de la *publicatio* es la responsabilidad del Estado por la prestación de la actividad que ha calificado como servicio público. Si la actividad calificada como tal es de aquellas necesitadas para toda la comunidad, que hacen a la calidad de vida indispensable que es necesario atribuir a todos o gran parte de los individuos que integran la nación, al asumir la titularidad el Estado se hace responsable de su cumplimiento. Gestionará esta

Al asumir así tal enfoque, se tiene lo que Danós denominará *titularidad estatal*, porque “enfatisa el criterio orgánico o subjetivo a la hora de definirlos como actividades de carácter esencialmente estatal y en consecuencia sujetas a un régimen exorbitante de derecho público con fuerte intervención del Estado”.²⁶⁹

Tal visión se encuentra también en el pensamiento de Salomoni, para quien los servicios públicos “fueron concebidos originariamente como título de intervención del Estado en la economía; como forma y posibilidad de realización de ese Estado. Nociones que han sido traducidas en el concepto de *titularidad estatal* de las actividades denominadas servicios públicos”.²⁷⁰

¿Cómo lograr entonces liberar las tensiones teóricas entre la *publicatio* y la ductilidad? Este dilema es aludido con frecuencia por constitucionalistas modernos. El propósito está en liberar o flexibilizar, al menos, instituciones clásicas del derecho administrativo en conjunto con teorías de servicios públicos.

Zagrebesky denominaría aquello como rigidez dogmática y germinación de fanatismos, que no harían sino provocar más tensiones que liberarlas o suavizarlas.

La respuesta a aquella interrogante no es simple de encontrar. La ductilidad en materia de derecho administrativo y concretamente de servicios públicos parece más bien comulgar con expresiones de liberalidad económica.

En éstas se consiente en planteamientos entre los cuales el Estado es agente regulador, pero también el mercado aunque mediante normas distintas, normas de índole económica más que jurídica. Así, este último actuará como agente prestador o de gestión. Con ello armonizarán la actividad de prestación en conjunto para proveer de servicios que satisfagan las necesidades de interés general.

Este planteamiento puede verse profundamente incómodo para defensores del hiperestatismo y nacionalismos constitucionalistas, pues supondría que, en términos sencillos, el Estado *debería* renunciar a varias prerrogativas que en su momento histórico desarrolló la Escuela de Toulouse mediante las ideas de Hauriou. Esto equivaldría a alejarse de la escuela de servicios públicos de la *puissance publique* o del poder público institucional.

Dicho de otra manera, se reconoce un panorama complejo que a modelos hiperestatistas pudiere interesar *acordar* o *pactar* con el sector privado la cualificación

actividad a través de medios propios o la pondrá a cargo de particulares por delegación, pero nunca podrá prescindir de su obligación de asegurar la prestación a la comunidad”, 30.

²⁶⁹ Danós Ordoñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”, 22.

²⁷⁰ Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*, 196 y 197.

jurídica de qué es y qué no es un servicio público. Luego de aquello, cumplir con la gestión en la realidad prestacional. Esto se agrava cuando son las propias constituciones quienes alientan estos modelos.

Aquello simplemente supondría dejar de ejercer un poder público que consiste en abrogarse para sí la determinación de qué es y qué no es el interés público, así como mediante qué técnicas deben ser satisfechos. Eso normal y comúnmente hace el Estado porque en las teorías generales, esta ficción jurídica y política representa al interés general.

Pero existe otro problema de por medio que ha de ser barajado también en la construcción actual del concepto de servicio público y que, quiérase o no, devuelve el problema al análisis previamente planteado.

Si la *publicatio* no se define mediante instrumentos jurídicos formales – Constitución o ley– y simplemente se allanan a otras formas jurídico–administrativas de menor rango como ordenanzas, acuerdos o resoluciones, puede producirse un fenómeno según el cual las élites políticas y económicas de turno se distraigan de los fines constitucionales.

Por ende, efectúen pactos con élites económicas para calificar mediante dichas técnicas jurídicas de menor rango a actividades como servicios públicos cuando en realidad no lo son.

Esto, por supuesto va más allá del criterio orgánico en las teorías de servicios públicos expuestos previamente pues si el Estado no determina constitucional o legalmente qué es un servicio público, la consecuencia será que ya no tiene la obligación de prestarlo. De ahí que la *publicatio* se justifica como una suerte de manifestación *formalizadora* de la determinación de las actividades que constituyen servicios públicos.

Lamentablemente, a pesar de que haya una buena intención en tal fórmula, se evidencia la falacia en el argumento dentro del contexto de tensiones teóricas que aquí se plantea. De aceptarse en modelos de liberalidad económica la necesidad de promover principios tales como la ductilidad respecto del derecho, incluido el derecho administrativo, entonces será necesario buscar justos equilibrios que liberen tensiones con la *publicatio* como declaración formal de las actividades que son servicios públicos.

Una posible solución podría encontrarse en el principio de *subsidiariedad* expuesto en el capítulo anterior que en su debido momento sirvió como una de las bases en el desarrollo de los criterios de la Escuela de Burdeos y el pensamiento de Duguit.

Si se toma a la ductilidad en una mano y a la *publicatio* en la otra, parecen instituciones antagónicas por lo que es necesario observarlas dentro de un contexto de subsidiariedad, hay que verlas armonizadas, pues integran y son parte de las instituciones jurídicas y económicas complejas que aquí se estudian.

Dado que la naturaleza jurídica de aquellas depende de varios factores teóricos, conviene abrir el camino hacia la ductilidad en un contexto de adecuación pragmática, global y tecnológica, pues aquello, más que favorecer el poder del Estado –que no es un fin en sí mismo– garantiza el acceso adecuado de aquellos a través de otras formas jurídicas que promoverán plenamente libertades económicas.

Así lo explica Vergara Blanco,²⁷¹ y lo complementa Vignolo Cueva en los siguientes términos:

Los tiempos posteriores a los años ochenta del siglo XX, más cercanos e influyentes a la relación con los servicios públicos que abordaremos, marcados por la exigencia casi universal por la economía de libre empresa y búsqueda incesante –a veces exagerada y reduccionista– por revalorar al mercado como modelo económico racional en el que compatibilizarían (¿sin problemas ni oscuridades?) los diversos agentes –apreciación favorable, que en momentos de mayor fuerza del Estado de bienestar fue suprimida por la ola de nacionalizaciones producidas en Europa y América– ha colocado a la *subsidiariedad* como la ‘filosofía que preside las grandes transformaciones que caracterizan a este proceso’. Mejor aún, este principio ha sido útil para modificar la situación errada que había creado el estatocentrismo (a través de las nacionalizaciones) sobre los servicios públicos, pues este proceso no solo suprimió y barrió a las libertades e iniciativas privadas, implicó también la quiebra de la señera institución en la visión que se había tenido tradicionalmente en el Derecho administrativo, determinando que su necesaria adaptación a los nuevos tiempos sea más una fijación como una técnica de carácter residual ante que un auténtico reacomodo conceptual, quedando los servicios públicos en estricto ceñido solo a ‘aquellas prestaciones vitales de índole económica que no pueden realizarse bajo un régimen de libertad.’²⁷²

Las esferas de actuación estatal deben ser dúctiles y permitir la apertura subsidiaria del sector privado para la gestión de los servicios públicos, lo cual no implica en modo alguno que el Estado desaparezca como frecuentemente sugieren los detractores de fórmulas, cuando más bien procuran la eficiencia de la gestión y la

²⁷¹ Alejandro Vergara Blanco, “Una tríada económica y jurídica: recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980 - 2010)”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica, Liber Amicorum* en honor a Gaspar Ariño Ortiz (Madrid: La Ley, 2011). Señala el autor: “Son tres las bases regulatorias que han operado en Chile, a propósito de la regulación de la actividad económica, y no siempre esto es observado como una tríada: i) la libertad de emprender toda actividad económica; ii) la libertad de adquirir todo tipo de bienes; y, iii) la aplicación de técnicas administrativas adecuadas para esas libertades”, 1045.

²⁷² Vignolo Cueva, “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano.”, 142.

administración pública que intentan resultar funcionales al momento de ofrecer servicios públicos.

El ejemplo de la Unión Europea, en cuanto a la aplicación del principio de subsidiariedad –principio revisado por, entre otros, Bartolomé Navarro²⁷³ y González Moras–,²⁷⁴ es uno de los más modernos que explican cómo la *publicatio* es más flexible, más comunitaria y menos nacionalista. Por ende podría asumir en su esencia teórica el planteamiento de la ductilidad. Con ello, se afronta el problema de la escasez de recursos para la satisfacción de los servicios públicos.

Esto, además, a la luz de otros principios comunitarios tales como *neutralidad*²⁷⁵ y *proporcionalidad*,²⁷⁶ para finalmente procurar la responsabilidad social y ambiental en las actividades.

Así, cuando la *publicatio* se flexibiliza –es decir, no opera como un modo de reserva exclusiva a cargo del Estado–, entonces el principio de subsidiariedad toma mayor vigencia e importancia. Esto deriva en que el sector público fortalece –al menos eso es lo que se espera– su actividad de regulación en modo inversamente proporcional a su actividad de gestión.

Es así cómo se observa la quinta etapa de los servicios públicos en términos de Gaspar Ariño, indicada en el primer capítulo, es decir, al Estado le interesa más bien instrumentar técnicas de concierto con las empresas privadas que hagan actuar a éstas

²⁷³ José Luis Bartolomé Navarro, “El planteamiento de los servicios públicos como servicios de interés general”, en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 303–47. Señala el autor: “El interés de los ciudadanos que esperan servicios de alta calidad a precios asequibles es el eje de la política comunitaria y debe serlo de los distintos niveles de las administraciones. Esa es la *misión* de los servicios de interés general y para ello se debe procurar: [1] la definición clara de las obligaciones básicas a garantizar a través de la prestación de servicios en condiciones de acceso universal, gran calidad y asequibilidad; [2] la libertad de elección de proveedor y transparencia completa en la prestación; [3] La existencia de organismos reguladores independientes de los operadores”, 329 y 330.

²⁷⁴ Juan Martín González Moras, *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad: el derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*, 1. ed., Colección de derecho público 1 (Buenos Aires: AD-HOC, 2000). El autor explica que existen dos momentos de actuación de este principio y lo hace de la siguiente forma: “1. El principio de subsidiariedad, tal como lo hemos interpretado hasta aquí, funcionará, pues, en dos momentos diferenciados y, en línea de principio, también sucesivos: En un primer momento *constituyente*, esto es: en el momento de definir el ‘reparto de competencias’, en sentido amplio, entre las esferas del poder político y la propia de la iniciativa privada. A partir de ella, todo lo que como *potestad* no fuera explícitamente (esto es, formal o legítimamente) adjudicado al Estado en tanto poder público, será *conservado*, en tanto Derecho público subjetivo por parte de la sociedad civil y sus actores sociales. Criterio éste que, a su vez, será siempre *dinamizable* (la historia constitucional moderna así lo demuestra) a través de los órganos políticos de interpretación y elaboración del sistema jurídico-institucional de cada sistema en particular. Será *dinamizable*, en definitiva, a partir de la misma noción de proporcionalidad anteriormente explicada.

²⁷⁵ Véase Bartolomé, 330 y 331.

²⁷⁶ *Ibíd.*, 331 y 332.

como agentes económicos en el cumplimiento de programas nacionales. Entonces, la doctrina promueve la interrelación entre estos conceptos.

Vergara Blanco, por ejemplo, añade a partir de la experiencia chilena en las concesiones, lo siguiente:

Ahora bien, actualmente prima el principio de subsidiariedad, pasando de un Estado interventor a un Estado regulador. Con la dictación [*sic*, seguramente por ‘expedición’] de la Carta Fundamental de 1980 se consagró la libre iniciativa económica y el Estado solo actuará en virtud de sus potestades de regulación u ordenación para evitar el daño a los intereses públicos. Por eso se dice que hoy la *publicatio* no opera como reserva estatal de los servicios llamados públicos sino que opera como una prohibición general con reserva de autorización, donde la Administración, a través de la concesión, reconoce un derecho cuya creación y ejercicio ya vienen garantizados por el sistema jurídico, que establece las condiciones para obtener la concesión que se requiera.²⁷⁷

De todo lo expuesto, se tiene que la *publicatio* –a fin de garantizar su ductilidad dentro de la doctrina del derecho administrativo de los servicios públicos– no debería verse como incompatible a las nuevas formas de gestionar los servicios públicos.

Ni siquiera en aquellos casos en donde su naturaleza jurídica es monopólica u oligopólica a partir de los casos de economías de escala, porque la participación del sector privado en estas actividades, también pueden resultar importantes.

Esta tensión es observada por Sarmiento Palacio:

Algunos sectores aceptan el argumento del monopolio natural, justificando que existe un monopolio natural cuando hay economías de escala, y que ese monopolio natural lo explota mejor el sector público. Por lo tanto, para esas organizaciones con economías de escala, lo que hay que hacer es mantener la propiedad pública. Pero hay otros que aceptan que, ante la existencia de un monopolio natural, lo que hay que hacer es privatizar las empresas, pero regulándolas, para que operen como un monopolio público (lo que sería una segunda versión del concepto de Mario Vargas Llosa).²⁷⁸

En todo caso, la regulación de la gestión de los servicios públicos a cargo de agentes económicos distintos al sector público –en sus diversas manifestaciones–

²⁷⁷ Alejandro Vergara Blanco, “Una tríada económica y jurídica: recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980 - 2010)”, 1056. Continúa el autor: “De ahí que el otorgamiento de las concesiones en el actual sistema jurídico del Estado liberal haya perdido en gran medida la voluntariedad Administrativa de antaño, y se puede decir que la discrecionalidad administrativa ha quedado reducida a la nada, una vez que el particular solicitante de una concesión ha cumplido los requisitos que, regladamente, consagra la ley”.

²⁷⁸ Sarmiento Palacio, “Privatizaciones, monopolios y regulación en las empresas de Servicios Públicos”, 236. Agrega el autor: “En este caso, el argumento sería *clonar* esas empresas públicas en el sector privado para que, en vez de tener un Estado ineficiente manejándolas, tengamos un sector privado para que las administre dentro de unas reglas y condiciones que les permitan conservar las mismas características del monopolio público”.

redirigen el análisis de las tensiones teóricas a la prestación de servicios públicos por particulares.

1.2. Tensiones entre el Estado y la delegación al sector privado de las actividades de interés general: soltar

Una concepción subjetiva y originaria del concepto de los servicios públicos, conforme dirá Montaña Plata, “considera los servicios públicos como aquellos que son *prestados o realizados* por la Administración Pública”.²⁷⁹

Al dar una mirada al pasado, por ejemplo, se advierten en las instituciones concesionales romanas los desarrollos teóricos sobre los regímenes jurídicos *demaniales*,²⁸⁰ las doctrinas generadas desde la administración pública y el derecho administrativo en cuanto a las distinciones entre dominio público y privado.²⁸¹

En este plano, también ha de observarse a las nuevas y diversas formas de delegación al sector privado de actividades de interés general,²⁸² y cómo éstas han generado, generan y seguirán generando tensiones durante con las facultades y poderes que ejerce el Estado respecto de la sociedad y la satisfacción de sus intereses generales.

Probablemente, estos sean puntos de mayor tensión al momento de construir un concepto actual y futuro de servicios públicos. Esto pues se encuentra de por medio el tratamiento jurídico y económico de ciertos bienes que, por historia y tradición, se han venido encontrando y preservando en poder o dominio del Estado.

En sus inicios y a manera de punto de coincidencia teórica, tanto la Escuela de Burdeos y la Escuela de Toulouse, dirá Pérez Cornejo, reconocían la necesidad de poner

²⁷⁹ Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Sostiene el autor: “Esta simple consideración excluye pues todos aquellos que pueden (inclusive eventualmente) ser prestados por los particulares u otro tipo de asociaciones de carácter privado; así como incluye aquellos que son prestados (por la Administración Pública) de modo similar o idéntico a los particulares y por consiguiente objeto posible de regulación jurídica privada o de derecho común (servicios públicos industriales y comerciales en el derecho francés), 166.

²⁸⁰ Santiago Castán Pérez-Gómez, *Régimen Jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano* (Madrid: Dykinson, 1996).

²⁸¹ Lorenzo Pérez Cornejo, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral: reflexiones jurídico-administrativas sobre el Dominio Público en general y el Demanio Marítimo-Terrestre en particular* (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2001), 46 y 47.

²⁸² Diego Younes Moreno, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Temis S.A., 2016). Entre las modalidades que identifica este autor se encuentran a) gestión privada integral, b) arrendamiento, c) concesión, d) sociedad de economía mixta, e) entidades privadas sin ánimo de lucro, f) cajas de compensación familiar, y, f) entidades de economía solidaria.

límites a los bienes que en el caso de los servicios jugaban un rol preponderante para su cumplimiento y gestión.

Aquellos bienes que se declaraban *afectados* por la administración para satisfacer con ello algún servicio, según expresaban los representantes de estas escuelas, se caracterizaban por contar con regímenes jurídicos especiales.²⁸³

Se trata entonces de evaluar las tensiones existentes entre la naturaleza jurídica de los bienes que permiten la realización y gestión de los servicios públicos, con las correlativas formas de delegación al sector privado para la generación de las industrias que materialmente permiten la ejecución de los mismos.

Todo aquello, además, sin que el poder público renuncie a su natural hegemonía y teniendo en cuenta cómo resulta posible que ciertos servicios públicos, al menos aquellos que revisten de naturaleza monopólica (agua potable, saneamiento, electricidad, etc.) se vinculan con bienes de dominio público o demaniales.

Este fenómeno jurídico es explicado por Blanquer:

La afectación de una cosa a un servicio público es una de las circunstancias determinantes de la naturaleza demanial de los bienes de titularidad administrativa. El dominio público es una técnica que permite robustecer la protección de ciertos bienes, excluyéndolos de la propiedad privada y del libre tráfico jurídico entre particulares. La inalienabilidad de los bienes de dominio público impide adquirir derechos sobre esos bienes en virtud de un título jurídico propio del derecho privado, como es el contrato de arrendamiento. El título jurídico habilitante del uso y aprovechamiento de los bienes demaniales debe ser de naturaleza administrativa, como ocurre en la figura de la concesión, acto administrativo que confiere *ex novo*, un derecho real sobre bienes públicos y que es ejercitable erga omnes.²⁸⁴

²⁸³ Pérez Cornejo, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral: reflexiones jurídico - administrativas sobre el Dominio Público en general y el Demanio Marítimo-Terrestre en particular*. Expresa el autor: “La distinción entre los dos dominios está caracterizada por su origen moderno y doctrinal: no existía ni bajo el Antiguo régimen ni bajo la Revolución. Será en el curso del siglo XIX cuando se producirá la distinción debida a la obra de los juristas, comentaristas del *Code* napoleónico, que será acogida y consagrada por la jurisprudencia y por la legislación. Ahora bien, tal distinción se basa directamente en el Título I, *ab initio*, de la *Instituta* de Justiniano. Por lo que se refiere al criterio que rige dicha distinción, decir que han existido dos célebres doctrinas: la primera cronológicamente, que prevaleció hasta finales del siglo XIX, buscaba el criterio del dominio público en la naturaleza de los bienes, de ahí que Ducrocq, Colin y Capitant y Berthélemy limitaran el dominio público a las porciones de territorio destinadas al uso de todos y no susceptibles de propiedad privada; empero, esta concepción restrictiva fue ampliada al observar que la demanialidad podía ser extendida por el legislador a otros bienes (obras militares, objetos de arte de los museos), con lo que se concluía que junto al *domaine public par nature* existía un *domaine public par détermination de la loi*. La segunda, basada en el criterio de la afectación, es la teoría moderna (Hauriou, Duguit, Bonnard, Rolland), en virtud de la cual constituyen dependencias del dominio público todos los bienes que están *affectés soit à l’usage du public* (posibilidad admitida por la unanimidad de la doctrina y por la jurisprudencia), *soit au fonctionnement d’un service public* (aunque no podía ser extendido a todos los bienes afectados a los servicios públicos), de ahí que se propusiera limitar la noción demanial (*critère ‘réducteur’* de la *domanialité publique*), o bien, a los bienes que juegan en el servicio un rol preponderante, o a los bienes irremplazables. Hablar de uso o servicio público es lo mismo que hablar de interés público, función pública o utilidad pública”, 46 y 47.

²⁸⁴ Blanquer Criado, *La Concesión de Servicio Público*, 57 y 58.

En tal contexto de afectación de los bienes públicos para la gestión de servicios públicos, Rozas y Hantke–Domas alertan la importancia en la necesidad que dichos bienes públicos no disminuyan como consecuencia de su consumo. También, que su uso no limite su acceso a otros usuarios, sino más bien que a partir de aquello, se garantice dicho acceso mediante alguna técnica de gestión.

Los autores señalan:

En estricto rigor, un bien público puro cumple dos condiciones necesarias y esenciales que se refieren a características de su oferta y demanda: la *no disminución* del bien o servicio ofertado como consecuencia de su consumo o prestación y la *no exclusión* de otros usuarios mediante el acto de consumo o prestación. De esta manera se define al bien público como aquel que no disminuye su disponibilidad en la medida que las personas lo consumen o hacen uso de este, y que proporciona beneficios no excluibles para todas las personas en una determinada sociedad. La condición de no disminución implica que la variación que pueda suscitarse en su demanda no incide en su oferta. A la vez, la condición de no exclusión significa que es técnicamente imposible o de muy alto costo la decisión de excluir a cualquier persona del consumo de un bien o servicio, esto es, del valor de uso de estos, o si se quiere, de los beneficios asociados a este acto de consumo, si acaso esta persona no quiere o no puede pagar, lo que implica la inutilidad de fijar precios a cada uno de los usuarios.²⁸⁵

Entonces, la responsabilidad de los estados de *preservar* los denominados bienes públicos no solo implica una forma de manifestación de su poder y de la diferencia necesaria que debe existir en este tipo de bienes y aquellos que se encuentran garantizados como propiedad privada.

También guarda relación sobre el ejercicio de la gestión pública de aquellos identificados previamente, esto es, los monopólicos o también denominados *monopolios naturales* de servicios públicos que, dada su naturaleza jurídica, se deben encontrar debidamente autorizados como sostendrá Gordillo.²⁸⁶

²⁸⁵ Patricio Rozas Balbontín y Michael Hantke - Domas, *Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público*, Recursos Naturales e Infraestructura (Santiago de Chile: Organización de Naciones Unidas y CEPAL, 2013), 16. Continúan los autores: “De aquí que estos bienes son gestionados y regulados por el Estado, y financiados vía impuestos. Dadas estas condiciones de los bienes públicos, se sostiene que una característica adicional de estos bienes y servicios es la no rivalidad entre sus usuarios, debido a que el acto de consumo no implica una menor disponibilidad del bien para otros usuarios que también lo requieran, de modo que no existe competencia entre usuarios actuales y potenciales del bien por su adquisición, o del servicio por su prestación”.

²⁸⁶ Gordillo, “Servicios Públicos - capítulo 6”. Señala el autor: “En los servicios públicos el monopolio es distinto: no nace espontáneamente en el libre juego del mercado y de la competencia, sino que está impuesto por el Estado mediante un acto normativo, otorgando a una persona determinada, privilegios legales específicos para prestarlo por determinado tiempo y bajo determinadas condiciones. No se aplica pues el principio relativamente tolerante de la legislación común, sino uno más restrictivo. [...] El privilegio de exclusividad, por imponer una ventaja adicional al concesionario o permisionario, sigue con mayor razón la regla de todo privilegio y, como dice Marienhoff, su otorgamiento es, siempre,

El uso de afluentes de agua, del subsuelo, del espacio aéreo, de las áreas destinadas para el tratamiento de residuos sólidos, entre otros, se justifica en la visión soberanista de Estado y en los lugares físicos en donde ejercerá dicho Estado su poder, lo que evidentemente incluye el aprovechamiento de recursos que de aquellos pudiere eventualmente extraerse.

De allí que los límites territoriales que fijen los ordenamientos jurídicos dentro de los estados serán, como es lógico, la propiedad privada u otras formas de propiedad como la comunitaria o la colectiva, pero en el caso de los bienes referidos previamente, se entenderá que al ejercer el Estado su soberanía, difícilmente podría aceptarse que el sector privado tome para sí estos recursos y preste los servicios públicos como consecuencia de aquellos.

Este criterio es parcialmente señalado por Marienhoff con una importante diferencia, pues para este autor el ejercicio de la soberanía viene dado desde el poder de policía –seguridad y defensa–. Por tanto, tales actividades resultarían indelegables, mientras que otros servicios públicos, estos son los que no involucran la soberanía, sí podrían ser prestados por privados. Para tales efectos, el autor señala:

Según la índole de la actividad a que se refiera el *servicio público*, este deberá ser prestado por la administración (v. gr., policía de seguridad, defensa nacional) o podrá serlo por los administradores o particulares (suministro de energía eléctrica, transporte de personas). Para resolver si un servicio público debe ser prestado por la administración o si podrá serlo por los administradores, puede utilizarse el criterio sustentado por Giannini, a que hice referencia, o sea: cuando la respectiva actividad apareje la idea de *soberanía*, el servicio deberá ser prestado o realizado por la administración (es el caso de la policía de seguridad, de la defensa nacional); cuando la actividad pertinente excluya la idea de soberanía, el servicio podrá ser realizado por los administradores o particulares [...].²⁸⁷

La postura teórica de Marienhoff resulta poco funcional en la construcción actual del concepto de servicio público. Probablemente, durante los debates teóricos de la soberanía estatal, criticada sabemos por León Duguit, la dicotomía entre la responsabilidad del Estado en la satisfacción del interés general y el reconocimiento de la iniciativa privada para cumplir tales fines era más adecuada en tal época.

de competencia *legislativa*. Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos. Por ende, no es constitucionalmente posible conceder un servicio sin marco legal específico, ni modificar o renegociar un privilegio o monopolio sin expresa aprobación legislativa antes de su entrada en vigencia”, 256 y 257.

²⁸⁷ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1 (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1982), 49.

Hoy en día y luego de decenas de años de desarrollo teórico, las tensiones de diversas formas de delegación al sector privado de algunas actividades de interés general parecen haberse liberado o al menos aliviado. Esto a pesar de que ciertos sectores del constitucionalismo moderno todavía apuestan por la prevalencia nacional y estatista de la gestión de aquellos servicios, tal como sucedía en las épocas de los Estados de bienestar.

Dentro de un orden económico racional en el que las constituciones sean instrumentos de protección de los derechos de usuarios y consumidores, así como garantía de las libertades económicas, la provisión de servicios públicos por parte del sector privado debe concentrarse en la garantía de los servicios en forma plena, general y accesible.

Esto no necesariamente debe suponer, sin más, la venta o transferencia de dominio de bienes públicos a grupos económicos para que, conforme se sostiene desde sectores radicales particularmente anticonservadores,²⁸⁸ desmantelen el orden jurídico y económico que rige los servicios públicos.

Lo esperado es que se actúe dentro de criterios sostenibilidad y sustentabilidad de los bienes públicos concesionados para garantizar las industrias. Inclusive, como sostendrá Perrino para el caso argentino, existen para el Estado varias obligaciones jurídicas y marcos regulatorios que observar en el caso de que llegasen a prestar

²⁸⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *La privatización de la empresa pública* (Madrid: Montecorvo, 1991). Manifiesta el autor: “Ideológicamente, la privatización de Empresas públicas hace pensar en su exclusiva utilización por parte de Gobiernos de cuño conservador. Pues bien, no puede ocultarse que la Inglaterra de Margaret Thatcher, la Norteamérica de Margaret y la Francia de Jacques Chirac, fueron los pioneros de la puesta en marcha de esta «revolución silenciosa» tal y como la denomina el profesor de Michigan, Elliot Berg. Sin embargo, hay que decir que el fenómeno privatizador no es específico de los países conservadores. Pienso que hoy en día son bastante conocidos los programas privatizadores de Gobiernos de clara inclinación marxista como Angola, Congo, Benín, Vietnam y la República Popular China. Es más, la célebre «perestroika» auspiciada por Gorbachov permite pensar en una aproximación generalizada a lo que de verdad funciona. De ahí que como ha señalado Madsen Pirie, «parte del carácter universal de la llamada privatización radica en el hecho de que no se trata de una política, sino de una orientación». Orientación que se ha producido, y ello es capital, como una reacción frente a un crecimiento del sector público que, poco a poco, ha ido retando fuerza a las preferencias y elecciones individuales. Esta orientación ha apostado por el sistema de mercado. Pero no por un sistema de mercado del liberalismo radical del siglo XX. Se trata, en mi opinión, de potenciar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona siendo consciente de sus necesarios límites para que funcione realmente el Estado Social. También la privatización, como se puso de manifiesto en la Conferencia de Washington de 1986, organizada por la Agencia de Desarrollo Industrial, puede utilizarse para ayudar a que los países más pobres vayan aproximándose a buen ritmo a las economías de los países en desarrollo”, 69 y 70.

servicios públicos privatizados o mediante otros títulos habilitantes. Esto con el propósito de proteger a usuarios y consumidores.²⁸⁹

Por ende, la fuerza del Estado debe verse en su accionar económico respecto de, allí sí, las distorsiones que agentes privados pudieren provocar en el mercado de los servicios públicos.

Estos son, por ejemplo, excesos en el cobro de tarifas, insuficiencia en la inversión para garantizar accesibilidad, mala o deficiente calidad en el producto o servicio final, entre otros que también son identificados Gómez²⁹⁰ a partir de la concepción del Estado gendarme.

²⁸⁹ Pablo Esteban Perrino, “La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios”, en *Aportes para un Estado eficiente: ponencias del V Congreso Nacional del Derecho Administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo (Lima: Palestra Editores, 2012). Explica el autor: “La regla imperante en el derecho argentino es que, en principio, el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por aquellos sujetos genéricamente denominados colaboradores externos de la Administración, tales como los contratistas, los notarios y, por supuesto, los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título habilitante que ostenten. Este es el criterio receptado en la generalidad de los marcos regulatorios y compartido por la mayoría de la doctrina. Las razones que sustentan esta posición se pueden sintetizar en la siguientes: 1) En tales casos, está ausente uno de los presupuestos que debe concurrir para que surja el deber de reparar estatal como es la posibilidad de imputar jurídicamente los daños a un órgano que integre la estructura de la Administración Pública. El sujeto prestador de un servicio público no está integrado a la organización estatal, sino que constituye una persona jurídica distinta que actúa *per se*, por su cuenta y riesgo. Dentro del riesgo de la concesión se incluyen los eventuales perjuicios a indemnizar. 2) La transferencia de la gestión de un servicio al concesionario mediante la técnica de la concesión –y al mismo vale para las restantes técnicas de habilitación por las cuales el Estado puede encomendar a sujetos privados la prestación de servicios públicos– conlleva que sean estos quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones por los daños ocasionados por los usuarios. La privatización del servicio implica no solo el traslado de la gestión de la actividad sino también de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación del servicio. La idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general; 3) En nada incide la llamada *publicatio*, la cual no es un título de dominio del Estado sobre la actividad desplegada por el sujeto prestador, sino que opera en un sentido diverso, dirigido a justificar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad. El Estado concedente sólo responderá en aquellos casos en los cuales los perjuicios que se hayan ocasionado por el prestador al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas impuestas por la Administración y siempre que concurren los restantes requisitos que más adelante mencionaremos”, 383.

²⁹⁰ Jorge Gómez, “Privatización, apertura y descentralización”, en *Alternativas de privatización para el sector público colombiano* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993), 119–73. Indica el autor: “Con la concepción del Estado gendarme se busca regular las actividades económicas y evitar acciones ilícitas o nocivas que se puedan ejercer por agentes económicos, que afectan o inciden negativamente sobre la sociedad. Dentro de este campo de acción se ha considerado esencial permitir la acción estatal para evitar imperfecciones del mercado (monopolios, oligopolios, monopsonios, oligopsonios, entre otras incorrecciones del mercado), en especial para evitar abusos en calidades, precios, entre otros excesos y arbitrariedades; controlar efectos perjudiciales que afecten a la sociedad (contaminación, ruido, congestión, corrosión, deterioro, entre otras anomalías); programar la localización de la actividad económica, con el fin de propender por la protección de áreas ecológicas en conservación o reservas naturales, para evitar la devastación y salvaguardar aquellos recursos naturales esenciales y que padecen los peligros de extinción o lesión; proteger el ingreso, la inversión, el ahorro, la propiedad y el patrimonio, ante las eventualidades de riesgo que puedan surgir en el devenir de la actividad económica, en esta dirección se considera que la acción del Estado debe ser preventiva y no curativa, propugnar por el

Aquello se dará dentro del equilibrio razonable de coexistencia de Estado y mercado, lo cual supone justamente acudir a una propuesta de una economía social de mercado en la que, como sostiene Hurtado, debe existir “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”.²⁹¹

Comparte dicha postura Sarmiento García,²⁹² para quien la economía de mercado y la figura de la concesión de los servicios públicos tratan de erigir sociedades auténticamente democráticas²⁹³ y explican las justificaciones excepcionales para que se llevase a cabo la estatización de ciertos servicios dentro de la referida economía de mercado.²⁹⁴

En efecto, la concesión, conforme sostendrá un importante sector de la doctrina, entre ellos Mayer,²⁹⁵ constituye un medio muy eficaz –el más eficaz dirá Calafell–²⁹⁶

diseño de normas legales razonables y sensatas, velar por su cumplimiento y evitar que se incursiones en la ilegalidad y en lo prohibido”, 122.

²⁹¹ Osvaldo Hurtado Larrea, “Neoliberalismo y economía social de mercado”, *Diálogo Político: publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.*, 2005, 211.

²⁹² Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*. Señala el autor: “Creemos en la necesidad actual de adaptar el régimen jurídico de los servicios públicos y del contrato de concesión de los mismos al a economía de mercado; más para ello es menester señalemos ahora los principios de la auténtica economía de mercado, que pueden asegurar el desarrollo normal de las actividades humanas: las espirituales y las materiales, entrambas indispensables; y la tarea es sencilla si se atiende a un texto que consideramos clave, la Carta Encíclica *Centesimus Annus* de S.S. Juan Pablo II, comprometido con la verdad y cuyas enseñanzas –expuestas en lenguaje claro y convincente– están en línea de continuidad con el Magisterio de la Iglesia”, 21

²⁹³ *Ibíd.*, 24.

²⁹⁴ *Ibíd.*, 25. Añade el autor: “Conviene aclaremos a esta altura que en una auténtica economía de mercado el Estado puede y debe estatizar ciertos bienes productivos y ciertos servicios, principalmente en los siguientes casos: a) ante la manifiesta incapacidad o ineficiencia o desinterés del sector privado para asegurar la producción suficiente de esos bienes o servicios, ya sea por carencia de recursos físicos o humanos, ya sea por no poder organizarse en forma adecuada, o por falta de rentabilidad; b) cuando la importancia de ciertos bienes o servicios es tal para toda la economía nacional, que resultaría peligroso en manos de grupos o intereses privados (así, ejemplo el caso extremo de la producción de la energía nuclear, por su incidencia incluso para la paz y seguridad estatales”.

²⁹⁵ Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán*, vol. IV (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982). Señala el autor: “La concesión es un acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la Administración pública [...] Así, la concesión presenta cierta semejanza con el «permiso de policía en la industria». En este último caso también se trata de una actividad que el individuo va a ejercer en su nombre y por su cuenta, pero de una actividad que, por su naturaleza, podría ejercerse en virtud de la libertad natural; el permiso no hace más que superar un obstáculo que se pone en virtud de la prohibición establecida por la policía en forma de una regla de derecho. En cambio, la concesión de empresa pública confiere al concesionario algo que no se considera comprendido en la libertad natural, un poder de actuar derivado del Estado [...]. La esfera de aplicación de nuestro instituto no abarca, pues, más que las actividades que, como tales, no serían accesibles para el individuo, por su naturaleza misma y prescindiendo de una prohibición especial-; solo la concesión las hace posibles”, 149 – 151.

²⁹⁶ Jorge E. Calafell, “Teoría General de la Concesión”, *Jurídica - Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*, n° 26 (1996): 215–28. Señala el autor: “La concesión administrativa es el medio más eficaz, dentro de nuestro Estado moderno, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos federales, que la administración pública no está en condiciones de desarrollar ya sea por incosteabilidad económica, por impedimentos organizaciones propios o por inconveniencia política. La concesión es una figura generadora de empleos y, por ende, estimula el fomento de la riqueza

para delegar al sector privado la gestión de servicios públicos sin que la administración pública renuncie a ciertas sus potestades de control.

Preserva además, en lo posible, la ejecución de esta forma administrativa dentro de un equilibrio económico y también para la determinación de casos en donde los desequilibrios económicos de los contratos permitan la ejecución de cláusulas de imprevisibilidad como consecuencia de los riesgos contractuales.²⁹⁷

Como se expresará más adelante, el valor de la tecnología refuerza la idea de que las tensiones entre el Estado y la delegación al sector privado deben todavía liberarse aún más. Esto en la medida que el proceso de globalización y las nuevas tecnologías ofrecen mayores y mejores elementos para garantizar el acceso a servicios públicos de mayor y mejor calidad.

Así también por el uso de dichas tecnologías promuevan en el marco de los principios de sostenibilidad y sustentabilidad de aquellos recursos naturales que permiten el cumplimiento de la industria de los servicios públicos. Estos criterios han sido analizados en el caso de Colombia por Salazar²⁹⁸ y para Ecuador, por Albuja Varela.²⁹⁹

nacional, al mismo tiempo que refleja una actitud económicamente sana, ya que el Estado podrá dirigir sus recursos económicos hacia proyectos o planes prioritarios y dejar a los particulares que cubran con su propio esfuerzo ciertas áreas de servicios o de explotación de riquezas nacionales”, 215.

²⁹⁷ Jaime Rodríguez - Arana Muñoz, “El tiempo y las concesiones administrativas (especial referencia a la prórroga)”, en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 33–69. El autor explica que existen cuatro condiciones para que se produzca un riesgo imprevisible y son las siguientes: “a) Que se produzca un aumento grave e la onerosidad de la prestación por razones que el contratista no pudo prever; b) Que el contrato no devengue de imposible cumplimiento (caso de fuerza mayor total); c) Que se produzca un aumento grave en la onerosidad de la prestación por razones que el contratista no pudo prever; d) Que la modificación de las condiciones de ejecución y la onerosidad consiguiente no hayan llevado al concesionario a la no prestación del servicio”, 46.

²⁹⁸ Juan Restrepo Salazar, “Estado y sector privado participan conjuntamente en la prestación de servicios públicos”, en *Alternativas de privatización para el sector público colombiano* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993), 85–95. Explica el autor: “¿cuáles son las justificaciones teóricas para que este reflujó del péndulo se esté dando? Hay conciencia de que un mayor grado de competencia y una gradual mayor participación del sector privado puede llevar a una asignación más racional y más eficiente de los recursos de la economía que normalmente son escasos y mucho más escasos en una economía como la nuestra. La competencia permite una más rápida incorporación tecnológica. Estamos viendo servicios como los de telecomunicaciones donde simplemente el Estado está siendo desbordado en su capacidad financiera para incorporar al ritmo que se requiere, las innovaciones tecnológicas. Esas con las consideraciones teóricas. Desde luego, para avanzar en esa dirección hay que reconocer que no todos los servicios públicos se prestan tanto como otros para la privatización. Hay servicios públicos donde por tener tecnologías más sencillas, es más fácil ir visualizando una gradual participación del sector privado y un gradual crecimiento de la competencia en el servicio de recolección de basuras que en el manejo del alcantarillado”, 89.

²⁹⁹ Francisco Javier Albuja Varela, “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”, *Gobierno y Administración Pública en América Latina y el Caribe: escenarios y desafíos poscovid-19*, Estado y Comunes, 2, n° 13 (diciembre de 2021): 85–106. Explica el autor: “¿[...] cómo debe tal o cual modelo constitucional económico atender los desafíos que las sociedades demandan hoy en día de los servicios públicos? Una posible respuesta tiene

En todo caso, si la gestión de los servicios públicos es paulatina y racionalmente liberada, tanto la regulación como el control deberán ser preservadas en forma inversamente proporcional a tal liberación.

Pero, se insiste, el Estado no puede, ni siquiera en modelos calificados como *neoliberales*, renunciar a sus potestades de regulación y control porque es su función intervenir en los procesos económicos. A su vez, garantiza el acceso a los servicios públicos. Controla posibles fallas del mercado como las identificadas previamente y evita abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de empresas en mercados sensibles, como son los servicios públicos a cargo de los proveedores privados.

Hernández Vidal dirá:

Como se ha expuesto, se observa que la intervención del Estado se presenta cuando el mercado no es competitivo o cuando se requiere otorgar una protección especial al mercado de quienes realizan acciones que tienen por objeto romper el equilibrio. En cuanto a la regulación como uno de los instrumentos de la intervención del Estado en los servicios públicos, nuestra Corte constitucional expone que su propósito es el de delimitar el ejercicio de la libertad de empresa para la corrección de los errores de un mercado imperfecto y preservar así la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de los servicios públicos sin que esto involucre el ejercicio de competencias legislativas o reglamentarias. En otras palabras, la intervención del Estado se ejerce con el propósito de eliminar las fallas del mercado para lo cual se corrigen las fallas que impiden la existencia de un mercado eficiente y se limita por tanto la libertad de empresa, lo que recae en los participantes de un mercado determinado.³⁰⁰

relación con el uso y aplicación de tecnologías que garanticen su optimización. La tecnología ha de orientarse a mejorar su gestión, tecnificación, distribución, comercialización y mejoramiento continuo. Aquello también incluye el uso de tecnologías de la información (TIC) desde perspectivas integrales (Patiño y Ceja, 2013). Al tomar como ejemplo los servicios públicos propios, es decir, aquellos que se prestan a partir de monopolios autorizados por ley, por ejemplo, agua potable y saneamiento, energía eléctrica, aeropuertos, puertos marítimos, recolección de basura, es fácil imaginar que las tecnologías inciden de manera favorable y directa en el cumplimiento de los principios constitucionales que los rigen. Si los prestadores de servicios públicos propios (sea el Estado o el sector privado) incrementan y mejoran la tecnología en tales industrias, se garantizará por ejemplo el cumplimiento de los principios de accesibilidad (mayor y mejor distribución de agua potable y saneamiento a zonas geográficas de difícil acceso), continuidad (concesiones aeroportuarias o portuarias de mayor tiempo), eficiencia (menor desperdicio de energía eléctrica mediante el fomento del ahorro, mejoramiento de control del consumo y de hurto de redes eléctricas), sostenibilidad (redes de alcantarillado y de tratamiento de aguas residuales construidas con mejor tecnología de manera que garantizan la prestación del servicio a futuras generaciones). La modernización de los servicios públicos requiere de tecnología y esta de inversión económica. Si los servicios públicos requieren ser intervenidos por la economía privada para mejorar su tecnología y con ello satisfacer el interés general en el cumplimiento de los fines constitucionales que garanticen los derechos de los consumidores, deben los modelos económicos brindar facilidades jurídicas para alcanzar tales fines, en lugar de entorpecerlos”, 101.

³⁰⁰ Juanita Hernández Vidal, “Los servicios públicos en Colombia: convergencia entre la libre competencia, la intervención del Estado y la regulación de los mercados”, en *Instituciones de Derecho Administrativo*, vol. 1: La administración y su actividad (Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2016), 331–49.

En este marco, la regulación del Estado debe realizarse en el marco del cumplimiento sus fines constitucionales y no como un óbice para desalentar o poner trabas al ejercicio de la libertad económica del sector privado a participar en la industria de los servicios públicos.

Cuando el Estado actúa deliberadamente para afectar ilegítima e inconstitucionalmente el desarrollo de las actividades de interés general por dicho sector privado, no solo incurre en arbitrariedad, sino que también desalienta al sector a participar en el desarrollo económico y social de las naciones.

Miranda y Márquez,³⁰¹ citados por Hernández, destacan entre otros elementos formas concretas de acción arbitraria en el marco de regulación estatal. Justamente Hernández señala:

Debemos mencionar que el modelo de fallas del mercado y el instrumento de regulación para su intervención es criticado por un sector de la doctrina, críticas que son expuestas por Miranda y que se encuentran enfocadas principalmente en los siguientes puntos: a) El alto poder de dirección de mercado que se le otorga a la administración pública podría causar perjuicios más perjudiciales para el mercado que la misma falla que pretende contrarrestar; b) En ocasiones el regulador carece de capacidad de análisis suficiente de los factores que están causando la falla del mercado cuando recaen sobre asimetría y problemas de la información; c) Un sector conforme al cual las fallas del mercado no existen sino que es la forma como naturalmente se comporta el mercado; d) La regulación no siempre está enfocada en la prevalencia del interés general y a veces se convierte en un instrumento de “discriminación empresarial” permitiendo a las empresas reguladas demandar reglas específicas que les otorgan ventajas competitivas con la competencia o en relación con los consumidores; e) Los órganos de regulación pueden ser capturados por grupos de interés, por los grupos empresariales, las industrias o las empresas consideradas individualmente para obtener beneficios; y f) La regulación puede convertirse en un instrumento de uso por parte del sector público y responder a los requerimientos e intereses de los grupos de interés.³⁰²

Los elementos expuestos por dichos autores proporcionan elementos para detectar tensiones específicas respecto de la delegación al sector privado de actividades de interés general. En otras palabras, si cuesta al estado *soltar* la gestión de los servicios públicos, parece entonces que, en ciertos casos, la regulación y el control, no solo *no dejan soltar*, sino también promueven instrumentos jurídicos y económicos perniciosos que perjudica el equilibrio necesario del Estado junto al sector privado en la industria de los servicios públicos.

³⁰¹ Alfonso Miranda Londoño y Carlos Pablo Márquez Escobar, “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación”, *Vniversitas*, n° 108 (2004): 77–117.

³⁰² Hernández Vidal, “Los servicios públicos en Colombia: convergencia entre la libre competencia, la intervención del Estado y la regulación de los mercados”, 339.

Entonces, la última palabra la tiene el Estado, quien como titular del monopolio de la fuerza, debe promover reglas jurídicas claras o *pautas universales* de regulación. Tal cuestión incluso sería perfectamente posible en escenarios y modelos económicos extremos como sucede con los monopolios privatizados de servicios públicos, como explica Martínez de Vedia.³⁰³ La delegación, entonces, es una forma jurídicamente razonable que libera mayormente las tensiones teóricas.

Un último aspecto que conviene mencionar en este contexto de *soltar*, tiene relación con el principio de sostenibilidad financiera de los servicios públicos. A propósito de aquello, Villar Rojas explica que este principio, curiosamente en los últimos años, no ha sido utilizado exclusivamente en las diversas teorías de los servicios públicos.

De hecho, este autor afirma que el término *sostenibilidad* está de moda,³⁰⁴ sin perjuicio de lo cual, aclara que no debe ser tratado en forma ligera. La necesidad de

³⁰³ Rodolfo Martínez de Vedia, *Mercados, costos y activos en la renegociación de los servicios públicos* (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007). Expone el autor: “De nada vale lanzar programas reguladores de esta naturaleza si no se consiguen políticas y economías estables a escala general del país. No hay forma de avanzar en un programa sostenido con este grado de complejidad sino es por medio de un crecimiento de la economía y de los mercados en general. A partir de un crecimiento permanente de estos últimos se pueden consolidar los mercados monopólicos cedidos a la actividad privada. [...] Debe existir un claro panorama en la aplicación de estas cláusulas que se practicarán por obligación, condicionadas a una imperiosa apertura y competencia. No es cuestión que la eliminación de privilegios de un modelo superado se transforme en nuevos privilegios para la actividad privada. [...] Este es el objetivo que debe primar desde el inicio de la exclusividad a partir de un Estado que sepa definir reglas de juego claras asociadas a las pautas universales de regulación antes mencionadas. Entonces, se deben diferenciar imperiosamente dos posibilidades: 1) La exclusividad de un mercado en monopolio debe adecuarse a los plazos necesarios y suficientes para recuperar las grandes inversiones hundidas, pero esto no significa que desde un principio no deba ser aceptada y calificada la mayor cantidad de oferta para la provisión de dicho servicio público. Por intermedio de estos mecanismos de mayor provisión pueden obtenerse los denominados *precios de referencia*, por los cuales el Estado regular puede asegurar una mejora en los precios monopólicos. [...]. 2. Los anticipos no programados a la exclusividad del mercado, la falta de provisión del servicio y la vulnerabilidad del marco regulatorio. Aquí pueden sugerir varias alternativas: *i*) la necesidad de anticipar la finalización de la exclusividad producto de adelantos tecnológicos; *ii*) la necesidad de anticipar la finalización de la exclusividad producto de la evolución del mercado; *iii*) la falta de previsión del marco regulatorio para la provisión del servicio en determinadas zonas de exclusividad; y, *iv*) que el mercado vulnera la zona de exclusividad. Todos los aspectos iniciales de la estructura del mercado en el momento de generar la privatización resultarán de una gran importancia que no programarlos satisfactoriamente pueden acarrear penosas consecuencias para el éxito de la privatización”, 49 – 51.

³⁰⁴ Francisco José Villar Rojas, “La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 7 (2023): 7–40. Sostiene el autor: “La sostenibilidad está de moda: ambiental, económica, social, incluyendo infraestructuras, servicios públicos, empresas y bancos. Todo lo que se hace, toda acción pública y privada con trascendencia hacia fuera, debe ser sostenible; cuestión distinta, como se verá, es el significado preciso en cada caso. De esa vocación da buena cuenta la legislación en la que se habla de sostenibilidad ambiental; sostenibilidad económica; sostenibilidad urbanística; sostenibilidad financiera y social de las pensiones; sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas; sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico; sostenibilidad económica del sistema de gas natural; sostenibilidad del gasto farmacéutico y sanitario; movilidad sostenible; hasta desembocar en la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible, que extiende el principio sobre toda acción pública y privada. De todas esas referencias, si algo cabe concluir es que el

observar equilibrios y balances, especialmente en aquellos servicios que dependen de recursos naturales, tales como las fuentes de agua o el espectro radioeléctrico, es indispensable.

Así también, la posibilidad de la población para acceder a tasas y tarifas debidamente justificadas técnicamente es otro imperativo en el cumplimiento del principio de sostenibilidad. Nótese como, desde una óptica tendiente a la prestación estatal, Villar explica:

La idea de sostenibilidad financiera aparece cuando el endeudamiento asumido (tanto financiero, como comercial) excede de tal modo de la capacidad de pago de las Administraciones públicas que pone en cuestión el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas, básicamente, la prestación de servicios públicos, incluso su propia existencia.³⁰⁵

Como es lógico, al analizar en esta investigación las tensiones entre estatismo y liberalismo de los servicios públicos, resultaría impracticable tratar a la sostenibilidad financiera de aquellos desde una visión reduccionista de modelos estatales, municipales, de empresas públicas o de modelos sustancialmente privatizados.

Núñez Forero explica, para el caso colombiano, la importancia y los criterios que cualquier régimen tarifario ha de considerar a fin de la sostenibilidad que aquí se trata. Este autor señala la necesidad de reglamentar formas de fijación de costos y tarifas, así como observar los principios de solidaridad y redistribución del ingreso.

Aquello justamente para evitar el colapso financiero de las entidades prestadoras de servicios públicos, así como también cuidar a usuarios y consumidores de cualquier posible afectación. El autor sostiene:

Estos criterios fueron adoptados en la Constitución para que, mediante el régimen tarifario de los servicios, pueden enfrentarse efectivamente dos problemas estrechamente relacionados, pero diferentes: el criterio de *costos* lidia con el problema económico de cómo fijar los precios en ausencia de competencia y cómo garantizar que los prestadores puedan recuperar sus inversiones; y los criterios de *solidaridad* y *redistribución del ingreso* lidian con un problema de política social que consiste en

principio general de sostenibilidad esta ya consolidado en el ordenamiento jurídico-público. Y que, aun teniendo diferencias en cuanto su finalidad, todas esas manifestaciones comparten un sustrato común: la sostenibilidad supone que la toma de decisiones por las generaciones actuales debe realizarse sin comprometer a las generaciones futuras, por tanto, sin trasladarles cargas injustificadas, ni, por tanto, restringir su capacidad de decisión sobre los problemas a los que se enfrenten. Este entendimiento comporta una idea de equilibrio, de ponderación de intereses concurrentes en la toma de decisiones públicas, también privada”, 12 y 13.

³⁰⁵ Ibid., 14.

cómo lograr que esos precios no sean un obstáculo para el acceso de las personas a estos servicios.³⁰⁶

Tal es así que cierto sector de la doctrina reconoce que inclusive, en un régimen liberalizado de servicios públicos como el colombiano, la participación del Estado en la prestación es necesaria, por ejemplo, para superar condiciones endógenas de la población. Así lo explica para Colombia el autor Ramírez Grisales.³⁰⁷

Por otra parte, esta vez desde un enfoque diferente, la sostenibilidad financiera, debe ser abordada de forma responsable, inclusive en los frecuentemente denostados monopolios.

La doctrina argentina encuentra en Martínez de Vedia importantes planteamientos de cómo fijar los costos en los servicios públicos, inclusive para mercados monopólicos.

Como técnica económica, el autor explica que la fijación de estos costos y tarifas, además de procurar la sostenibilidad financiera, debe permitir la recuperación de las inversiones. Para tal efecto, según el autor, el Estado tiene un rol fundamental en tanto:

los gobiernos, por sus funciones de regulación y control, deben velar para que los monopolios de los servicios públicos no se excedan con las tarifas que les cobran a sus clientes cautivos. En el sector de los monopolios de los servicios públicos confluyen poderosamente dos de las razones precedentemente mencionadas. El Estado debe garantizar que los valores de las tarifas correspondan a condiciones de “seudocompetencia” en valores y calidad, que ciertos sectores que ostentan exclusividad no ejerzan acciones que perjudiquen otros servicios cuando es utilizada su infraestructura por terceros, y consecuentemente, que se genere más eficiente asignación de los recursos económicos por parte de todos los intervinientes. Es decir, que no existan proyectos superpuestos para los mismos servicios que disminuya en la productividad general de la economía.³⁰⁸

³⁰⁶ Felipe Núñez Forero, *Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia)* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 232.

³⁰⁷ Richard Steve Ramírez Grisales, *El acceso al agua potable: un deber estatal. Cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016). Explica el autor: “A diferencia de lo que acaece, por regla general, con la condición exógena asociada a la pobreza, que puede superarse con la ayuda o promoción estatal, pues se trata de una condición *externa* al individuo, no puede decirse lo mismo de aquellos supuestos en los que la condición endógena supone el reconocimiento de un *estado* de una persona, que solo puede superarse con el paso del tiempo (es lo que sucede con la niñez, la ancianidad, la enfermedad o el período de lactancia de una mujer). En estos casos, se trata, a diferencia de la condición exógena, de una condición fuera del control directo del Estado y, por tanto, su superación no puede ser influida, por regla general, de forma externa”, 173.

³⁰⁸ Martínez de Vedia, *Mercados, costos y activos en la renegociación de los servicios públicos*, 141.

Siguiendo en Colombia, Enrique Peñalosa toma postura de la sostenibilidad financiera desde un enfoque de eficiencia, ubicándose dicho autor a favor a los modelos privatizados, sin descuidar a estratos sociales económicamente sensibles. Así lo explica:

Son numerosas las entidades públicas colombianas susceptibles de ser privatizadas. Sin embargo, en nuestro país, la privatización debe cumplir con un prerequisite muy particular. Se trata de acomodar a los procesos de privatización, los esquemas de subsidios cruzados que, a lo largo del tiempo, ha desarrollado la democracia colombiana para su ejecución a través de las empresas públicas. Estas entidades tienen estructurados sistemas tarifarios, que en la práctica, gravan a los grupos sociales y a las regiones más ricas a través de cobros superiores al costo de servicios para transferir esos recursos a los grupos sociales y a las regiones más pobres. Estos mecanismos parafiscales de distribución del ingreso tienen un hondo arraigo en la cultura política colombiana; por tanto, los procesos de privatización deben incorporarlos de alguna manera.³⁰⁹

Para el caso mexicano, la sostenibilidad financiera, concretamente para el servicio de agua potable, es analizada por Aguilar y Monforte. Resaltan en tal análisis el principio de autonomía en la toma de decisiones de los proveedores. En esta nación, según explican, la inversión en infraestructura de dicho servicio se ejerce:

a través de una responsabilidad compartida entre la Comisión Nacional del Agua (Conagua) y los gobiernos estatales y municipales. Sin embargo, la necesidad de fuertes inversiones, tanto para la modernización de las redes vigentes como para su expansión, y la existencia limitada de recursos restringe la viabilidad de los organismos operadores. La viabilidad administrativa es una de las condicionantes más importantes para que los proveedores de servicios del agua generen valor público.³¹⁰

Siendo así, la responsabilidad compartida en la prestación, así como en aspectos de regulación y control, necesariamente derivaría en el precepto de la sostenibilidad fiscal. Esto es explicado también así:

Un elemento indispensable para lograr la sostenibilidad financiera de los servicios del agua es la autonomía en la toma de decisiones tarifarias de los proveedores de esos servicios, así como mejorar la eficiencia en la cobranza de los servicios (Aguilar Benítez, 2011). Es necesario fomentar la responsabilidad de realizar pagos puntuales de los servicios de agua, como ocurre en el caso de otros servicios, por quienes tienen posibilidades reales de pagar. Ésta es una de las responsabilidades que, desde el enfoque de valor público, los ciudadanos con capacidad económica deben cumplir con la sociedad.³¹¹

³⁰⁹ Peñalosa Londoño, “Eficiencia, distribución del ingreso y privatización”, 32.

³¹⁰ Ismael Aguilar Benítez y Gabriela Monforte, “Servicios públicos del agua, valor público y sostenibilidad: El caso del área metropolitana de Monterrey”, *Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Administración Pública XXVII*, n° 1 (2018): 149–79, 157.

³¹¹ *Ibid.*, 158.

Además, en el caso de aquellos servicios públicos que dependen de la instalación de *redes* o infraestructura física subterránea o aérea tales como el alcantarillado, el agua potable, la energía eléctrica o las telecomunicaciones –servicios que en Colombia se conocen como *domiciliarios*– se ha de considerar la sostenibilidad financiera en virtud de la enorme cantidad de recursos económicos que requiere, sea en régimen estatal, mixto o liberalizado.

En España, por ejemplo, Tomás – Ramón Fernández relaciona tal situación con la expansión urbanística y el ordenamiento ambiental.³¹²

Ahora bien, aunque la doctrina tributaria ecuatoriana pudiere ofrecer elementos complementarios respecto a la sostenibilidad fiscal, como concepto genérico en las finanzas públicas,³¹³ lo cierto es que, en el caso de los servicios públicos, las doctrinas consideran algunas particularidades.

Carlos Alberto Atehortúa Ríos y María Adelaida Jaramillo Canastero, por ejemplo en el caso colombiano, detallan algunas diferencias entre tasa, precio y tarifa en consideración a su actual modelo constitucional. Los autores explican:

[En] el *precio*, los Estados en que se privilegia el precio, son los que buscan incentivar la intervención privada, liberalizar el acceso al mercado, regular para eliminar las imperfecciones del mercado y tratar de dejar que las tarifas estén determinadas por leyes económicas especialmente por la oferta y la demanda. En este modelo todos los clientes pagan un mismo precio como valor de las unidades que consumen y los servicios se prestan en condiciones libres del mercado sometidos a principios de igualdad. [...] La *tasa*, corresponde a un modelo en el que se busca reflejar la equidad en el pago, la prestación de los servicios se hace con recursos del presupuesto y con *tarifas* pagadas en forma proporcional por los usuarios con mayor capacidad de pago, sin atender el grado de utilización o consumo del servicio; esto es se atiende [sic] esencialmente a criterios sociológicos y no económicos. A diferencia de los precios que se basan en la igualdad, la libertad y las leyes del mercado, las tasas buscan realizar como valor el de la equidad, por eso tienen origen impositivo (no son libres), son solidarias e impositivas pues tienen origen y características tributarias, por ello en este modelo lo adecuado es que el servicio sea prestado por el Estado o que al menos sea el Estado quien se ocupa [sic, seguramente por ‘ocupe’] de hacer el recaudo por el pago.³¹⁴

³¹² Tomás Ramón Fernández Rodríguez, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública*, n° 200 (2016): 439–50. Explica el autor: “el estudio económico debe demostrar la viabilidad económica de una intervención de ordenación detallada en un sector o ámbito concreto y el informe o memoria de sostenibilidad económica debe garantizar analíticamente que los gastos de gestión y mantenimiento de las infraestructuras y servicios en ese sector o ámbito espacial pueden ser sustentados por las Administraciones públicas, en especial la Administración local competente en la actividad urbanística”, 447.

³¹³ Véase Silvia Mejía Matute y Luis Pinos Luzuriaga, “Sostenibilidad de las finanzas públicas en la economía ecuatoriana 2001 - 2019”, *Boletín de Coyuntura*, n° 25 (2020): 34–40.

³¹⁴ Carlos Alberto Atehortúa Ríos y María Adelaida Jaramillo Canastero, *Lecciones de Servicios Públicos Domiciliarios en el contexto del precedente constitucional* (Medellín: Diké, 2023), 233.

Los esquemas tarifarios deben entonces, procurar la sostenibilidad financiera de los servicios públicos, sean prestados por el Estado, por el sector privado o en regímenes especiales de delegación o mixtos. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 no determina en modo expreso el principio de sostenibilidad financiera en el artículo 314, segundo inciso, en el cual se establecen los principios que rigen la prestación de aquellos.

La norma referida únicamente señala que el Estado “dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos y establecerá su control y regulación”.³¹⁵ A pesar de aquello, resulta interesante como, por ejemplo, Guerrero Celi analiza el concepto de sostenibilidad financiera –equilibrio financiero– para el caso ecuatoriano concretamente en el contrato de concesión del servicio público aeroportuario.³¹⁶

La importancia de la sostenibilidad financiera, como principio y mandato, se relaciona con otros principios doctrinarios y jurídicos de los servicios públicos. Resulta fundamental que cualquier modelo de prestación de tales servicios tenga en cuenta y valore en sumo aquél, pues los efectos en los consumidores que provocaría su inobservancia, además de generar pérdidas financieras y económicas para el Estado o para el sector privado, afectaría indudablemente a derechos de las personas.

1.3. Tensiones entre lo público, lo industrial y lo comercial: permeabilizar a través de lo esencial

Probablemente, el planteamiento que aquí se propone sea uno de los más complejos para el caso de la construcción actual del concepto de servicios públicos

³¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 314

³¹⁶ Véase Francisco Guerrero Celi, “Concesión de Servicio Público Aeroportuario” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011). Explica el autor: “a través de la prestación del servicio aeroportuario el concesionario pretende, entre otros objetivos, obtener una ganancia o utilidad derivada de su gestión e inversiones, para lo cual es necesario que en la ejecución del contrato, tanto autoridad concedente como concesionario cumplan sus obligaciones con sujeción a los pliegos y al contrato. La concreción de estos presupuestos (cumplimiento de las obligaciones contractuales y obtención de una ganancia o utilidad) sumados a otros elementos, supone que la relación se encuentra equilibrada desde el punto de vista financiero, situación que debe mantenerse a lo largo de la vigencia de la concesión. Sin embargo, ese equilibrio puede romperse por diversas circunstancias y producir perjuicios al concesionario, en cuyo caso es necesario analizar si aquéllas son o no imputables al concesionario; si lo son, debe asumir bajo su exclusiva responsabilidad las consecuencias y los perjuicios, caso contrario es necesario analizar un escenario más detallado en función de las causas generadoras del desequilibrio”, 79.

porque encierra en sí mismo uno de los factores difíciles de proponer y particularmente sostener en una posible teoría general.

Como se ha dicho en líneas anteriores, el concepto, desde sus nociones, afronta problemas de origen que pasan por respectivas crisis y auge de los estados y los mercados, la variabilidad y versatilidad de las doctrinas como consecuencia del reconocimiento de un movimiento pendular de la función administrativa y del derecho administrativo como consecuencia de ideologías radicales y particularmente maniqueas, sobre todo desde cierta izquierda estatista que permanentemente se intenta apropiarse y hablar desde el derecho a nombre del interés general.

Frente a todo aquello, es natural evaluar si la construcción del concepto de servicio público es un problema de tensiones teóricas o si más bien debe ser el pragmatismo, dependiendo de cada locación y cada momento histórico para encontrar un punto de acuerdo, al menos mínimo, quien determine qué y cómo se entiende a los servicios públicos actualmente.

Las relaciones entre Estado, sociedad y economía difícilmente se determinan a partir de superestructuras. En el caso de todo aquello aplicado a las teorías sobre los servicios públicos, existen elementos en la realidad práctica que complejizan la unificación de un todo a partir de determinada concepción abarcativa, en tanto esta, podría terminar siendo riesgosa e incompleta.

Lo cierto es que los servicios públicos, a lo largo de la historia y en varias latitudes, han servido como forma de igualdad social de múltiples formas, algunas directas y otras indirectas. Por ello conviene desideologizar la concepción y buscar un concepto que alivie las tensiones para procurar su obtención más eficiente y eficaz, desde la teoría y también desde la práctica.

Al final del día, recurriendo nuevamente a Ariño, el servicio público ha contribuido al paso de una sociedad desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, transportes y comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, igualitaria y próspera, con mayor esperanza de vida.³¹⁷

En todo caso, como punto de partida frente a las nociones de público, esencial, universal, industrial y comercial, se intentará plantear si la noción de *interés general* ofrece elementos para delimitar el concepto y aliviar las tensiones teóricas.

³¹⁷ Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel De la Cuétara, y José Luis Martínez-López Muñoz, *El nuevo servicio público* (Madrid: Marcial Pons, 1997).

Al tratar el interés general, Parejo explica que la función administrativa, aquella a través de la cual el Estado entra en relación con los particulares por fuera de la función normativa, gubernamental y jurisdiccional, se realiza como sujeto de derecho y también como gestor del *interés público*.³¹⁸

Aguilar dice que para preservar el orden, “el Estado debe mostrar como justa y querida por todos, una particular forma de organizar la sociedad; para ello es necesario que las personas sientan que sus necesidades [de interés general] son, de alguna manera, atendidas”.³¹⁹

Zavala Egas sostiene que “las administraciones públicas realizan una serie de *actividades* [...] de relevante trascendencia y se centraliza[n] en el *sujeto* que las realiza y en los *finés* que se persiguen, pues, para el sujeto que constituya una administración pública, siempre será, la finalidad, de interés general o podrá ser la prestación de un servicio público [...]”.³²⁰

Finalmente, Morales Tobar manifiesta:

[E]l accionar de la Administración Pública en su conjunto está conformado por una serie de normas y reglas que determinan su desempeño, esto es el conjunto de potestades, competencias o facultades que el órgano administrativo tiene para el cumplimiento de su función, lo que significa brindar servicios, prestaciones de modo inmediato, en forma directa o indirecta y dirigidas a la satisfacción de las necesidades públicas. [...] [T]odas las administraciones públicas actúan para la satisfacción de los intereses generales, también para satisfacer las necesidades del servicio público, o bien, para la utilidad pública, lo que las perfila como diferentes de las administraciones privadas que tienen como finalidad el lucro económico.³²¹

De tomarse literalmente el término *público* de la institución jurídica compleja denominada *servicio público*, podría afirmarse, sin mayor examen, que se trata de una actividad prestada únicamente por quien representa el interés *público* y aquella entidad no será otra que el Estado. Esta posición es profundamente limitada y excluyente desde el derecho y la economía, así como también, dirá Correa Fontecilla, desde la filosofía, la política y la sociología.³²²

³¹⁸ Parejo Alfonso, *El concepto del Derecho Administrativo*, 59.

³¹⁹ Juan Pablo Aguilar Andrade, *El mito del nuevo paradigma constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 46.

³²⁰ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Guayaquil: Edilex S.A., 2011), 214.

³²¹ Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 10 y 12.

³²² Jorge Correa Fontecilla, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho”, *Revista española de control externo* 8, n° 24 (2006): 135–61. Sostiene el autor: “Aún hoy la Filosofía Política y Jurídica, como asimismo la Ciencia Política y la Sociología, no pueden discernir el alcance, contenidos y consecuencia del concepto de interés público, porque ello siempre va a depender de

Además, la construcción de una teoría sólida –no universalizante– de los servicios públicos podría caer en riesgo si no se consideran dentro del interés público a sus elementos intrínsecamente polisémicos como ventajosos y, por supuesto, evitando el fenómeno de su atomización como explicarán Pulgarín y Bustamante.³²³

Entonces, si lo *público* se determina a partir de una declaración política, entonces será la clase política –desde aquella vigente en sistemas de democracias constitucionales representativas hasta aquella parte de las dictaduras socialistas– quien fijen normativamente qué es el interés público y quién debe satisfacerlo. En otras palabras, la determinación de lo *público* termina declarándose mediante algún acto jurídico –por eso lleva el nombre de *publicatio*– y, una vez así determinado, será satisfecho normalmente por el Estado.

Al tomar atención aleatoria al concepto en la doctrina del derecho administrativo, se observa, por ejemplo, que Sayagués Laso sostiene que un servicio público es “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público”.³²⁴

Guerrero Celi explica que “el elemento sustancial de los servicios públicos es el interés público que reviste o entraña la actividad, a través de la cual se satisfacen necesidades generales de la comunidad”,³²⁵ mientras que Rivero lo relaciona con la función administrativa y el interés identificado, señalando que “El motor de la acción

la perspectiva y metodología con que se opere, fluctuando desde una convicción razonada de que este es una preocupación central de esas disciplinas, hasta su rechazo categórico por quienes ven en él una mera fachada de intereses especiales”,

³²³ Andrés Felipe Pulgarín Arias y Hernán Carlos Bustamante García, “El interés público y su atomización: bases para fundamentar una tesis en materia de regulación y contabilidad y control”, *Contaduría Universidad de Antioquia*, n° 74 (2019): 171–97. Explican los autores: Explican los autores: “La atomización del interés público, tal como se ha intentado mostrar en líneas anteriores, parece fundamentarse en la máxima divide y reinarás. Entre más confusión se genere sobre el término interés público (polisemia conceptual) más cosas podrán decirse y justificarse en su nombre. Lo anterior no implica un desconocimiento de la hermenéutica, en tanto esta ofrece distintos horizontes de interpretación como base para la comprensión de lo social. Lo que se quiere indicar es que algunos factores reales de poder puedan usar una determinada forma de interpretación para privilegiar intereses de mercado que van en contravía de los intereses etnológico-sociológicos de la nación. De este modo, la atomización se manifiesta en la instrumentalización del concepto interés público, más aún cuando se le asocia con la sumatoria de intereses particulares, lo cual parece desvanecer el interés colectivo o el bien común en favor del interés de grupos aislados de la población”, 196

³²⁴ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., vol. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 80.

³²⁵ Francisco Guerrero Celi, *Nueva visión del Derecho Administrativo. Sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexa* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019), 390.

administrativa [...] es esencialmente desinteresada: es la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica del bien común”.³²⁶

Finalmente, Rodríguez dice “Para que haya servicio público se requiere, ante todo, que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la necesidad de uno o varios individuos”.³²⁷

Estas definiciones, aun cuando intentan explicar objetivamente el fenómeno jurídico que aquí se revisa, devuelve el problema a su origen: el interés público y su determinación. En este acápite, la tensión se observa en la fijación del denominado interés general y en un intento de no dejar simplemente en manos de los políticos o inclusive, de las mayorías –solamente– su determinación. El interés público ha sido ampliamente estudiado por los juristas.

López Calera, por ejemplo, introduce su estudio a esta institución señalando que el servicio público trata de un concepto jurídico indeterminado “que lleva consigo comúnmente los riesgos de la confusión y de la manipulación. Las indudables dificultades que comporta su determinación conducen frecuentemente a que sea calificado (o descalificado) como un concepto ideológico”.³²⁸

Bermejo Vera, de su lado, plantea una relación conceptual pactada con el Estado, concretamente porque a su juicio este concepto “ha reforzado el consenso alrededor del Estado, renovando permanentemente la creencia en lo bien fundado de su autoridad”.³²⁹

Neira Orellana ha dicho que “*interés público* es un concepto jurídico indeterminado al tiempo que un principio del derecho que precautela a la sociedad como tal, que se refiere a los valores sustanciales sobre los que descansa su convivencia o a los factores que hacen posible su supervivencia dentro de la paz, el orden y la justicia”.³³⁰

Es dificultoso encontrar una fórmula jurídica y política que satisfaga el concepto actual y que libere tensiones. Inclusive, si se sigue el patrón de la democracia

³²⁶ Jean Rivero, *Derecho Administrativo* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984), 9 - 14.

³²⁷ Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 16^a ed. (Bogotá D.C.: Temis, 2011), 564.

³²⁸ Nicolás López Calera, “El interés público: entre la ideología y el derecho”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 123–48, 123.

³²⁹ José Bermejo Vera, “El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública* II, n^o 10 (1984): 123–48, 107 y 108.

³³⁰ Édgar Neira Orellana, *La jurisdicción contencioso administrativa: reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 187.

constitucional, un servicio público constituirá, según esta postura, todo aquello que la *publicatio* determine por los representantes del pueblo, vía asambleas constituyentes, referendos o plebiscitos.

Por eso, parecería no importar si tal determinación se la hace a través de la Constitución, o de la ley, pues bastará con que el *pacto social* determine que algo es un servicio público y, con ello, así será.

Pero a la luz de los criterios teóricos del derecho administrativo, no ha de asumirse sin beneficio de inventario únicamente a la voluntad popular como fuente exclusiva de la determinación de las categorías jurídicas a las que se denominarán servicios públicos, así como a su régimen jurídico.

La construcción del concepto y su establecimiento en el ordenamiento merece contener, dada su naturaleza industrial y comercial, también cuestiones económicas y de gestión. Y, por si todo aquello no bastare, se sumará uno de los aspectos más relevantes: la relación connatural de ciertos servicios públicos con derechos reconocidos en los textos constitucionales o legales.

A partir de lo indicado, se tiene que, si los servicios públicos serán únicamente lo que la *publicatio* dice, tampoco necesariamente lo pondrán ser aquellos que supongan una titularidad estatal, en términos de Baca Oneto.³³¹

Luego, como suma de intereses individuales, el problema tampoco se resuelve porque podría confundirse el interés público – que además es legítimo – con cuestiones del tipo *deleites* o *complacencias* coincidentes de las mayorías.

Esto producirá, más bien, tensiones entre problemas colectivos y problemas públicos en términos de Meny y Thoenig,³³² que necesariamente requerirán del estado cuestiones que no resulten en sí mismos servicios públicos.

Además, en la búsqueda de tal propósito legítimo, dado que el derecho debe regular tanto el poder del Estado como las relaciones entre ciudadanos para la provisión de los servicios públicos, no puede perderse de vista el objetivo racional que procura la

³³¹ Víctor Sebastián Baca Oneto, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”, en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 359–93. Señala el autor: “A partir de entender que la presencia de un interés público no exige titularidad pública, lo único que habría cambiado es la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, pues basta acudir a las facultades tradicionales de policía (la conocida *regulación*) y a la potestad ablativa para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuoso con los derechos de los particulares y con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado”, 364 y 365.

³³² Yves Meny y Jean-Claude Thoenig, *Las políticas públicas* (Barcelona: Ariel, 1992).

construcción de un concepto que podría diluirse o atomizarse conforme alertaban *ut supra* Pulgarín y Bustamante.

Una corriente jurídica particularmente reconocida en el derecho de la Comunidad Europea, según explican Rodríguez-Arana³³³ y Fernández García,³³⁴ probablemente también vista como una forma de *mutación* del derecho administrativo – en opinión de Vergara Blanco³³⁵ ofrece la opción de referirse a *servicios esenciales* en lugar de únicamente servicios públicos.

Pero Nallar³³⁶ aclara la necesidad de cuestionar si todo servicio público constituye un servicio esencial y la razón de esto parte de determinar si un servicio público se encuentra determinado por número de destinatarios concretos o si, más bien, el elemento duro del concepto se erige sobre la esencialidad.

Este autor recurre a resoluciones del Tribunal Constitucional español y como consecuencia de aquello, determina que la esencialidad de los servicios públicos depende de un factor de llegada y de cumplimiento de los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos.³³⁷

Este planteamiento parece derivar en que existiría una relación género – especie entre servicios públicos y servicios esenciales, mas Nallar recurre a Cassagne³³⁸ para sostener que esto no es factible doctrinariamente en la medida en que “estos conceptos

³³³ Véase Jaime Rodríguez - Arana Muñoz, “Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo”, *Derecho & Sociedad*, n° 26 (2006): 33–41.

³³⁴ María Yolanda Fernández García, “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (segundo semestre de 2004): 69–96.

³³⁵ Alejandro Vergara Blanco, *Derecho Administrativo Económico: sectores regulados, servicios públicos, territorio y recursos naturales* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018). Señala el autor: “Hoy el Derecho Administrativo ya no es solo el Derecho del Estado/Administración de antaño; hoy es, además, el Derecho Administrativo del principio de subsidiariedad y de la libertad de acceso a las actividades económicas por los particulares, esto es, del mercado; ya no puede ser comprendido como el derecho de la discrecionalidad administrativa, o de la voluntad del agente administrativo, por bien intencionada que parezca ante los fines sociales., es el de los procedimientos reglados, con discrecionalidad en muchas ocasiones casi reducida a cero; con unos «derechos subjetivos públicos» que ha diseñado la CPR y que intenta recoger la legislación y la doctrina; pero con una terminología y una comprensión que se compadecen con la antigua realidad de esta disciplina (por decirlo de algún modo, con los libros antiguos), pero que no entrega una completa respuesta o explicación dogmática a la nueva realidad concesional en los sectores de los servicios públicos abiertos a la competencia y al mercado, como es el caso de la electricidad, de las telecomunicaciones y de los servicios sanitarios (del agua potable)”, 43.

³³⁶ Daniel M. Nallar, *El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público: análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999).

³³⁷ *Ibid.*, 75. Véase fallo del Tribunal Constitucional N°. 26/1981.

³³⁸ Juan Carlos Cassagne, *La huelga en los servicios públicos* (Madrid: Cívitas, 1993).

operan en planos distintos, pues la noción de servicio esencial incluye los servicios públicos tradicionales [...]”.³³⁹

De hecho, Nallar sostiene que todo servicio público es un servicio esencial³⁴⁰ pero el problema de esta afirmación, devuelve el problema a papel que tiene la *publicatio* en los ordenamientos jurídicos.

Se propone entonces acudir a la fórmula de la *teoría* de las *jerarquías de las necesidades* expuesta por Maslow para determinar la esencialidad de los servicios públicos. Esta propuesta no sería factible si antes no se tiene presente la noción según la cual las necesidades humanas son universalmente diversas y tan complejas de satisfacer. Sería imposible para cualquier sistema político y económico determinar cuándo y en qué condiciones los seres humanos se sentirían *plenamente* satisfechos y atendidos en todo tipo de necesidad.

A esto se suma que los recursos naturales son limitados, de manera que la esencialidad de los servicios públicos debe necesariamente ser tomada en cuenta fundamentalmente desde aspectos macroeconómicos de los estados, de manera que es tarea fundamental de la administración pública fijar límites jurídicos a las actividades de interés general, más allá de la sola determinación que cumple normativamente la *publicatio*.

Como se dijo líneas atrás, esta cuestión probablemente resulta incómoda para ciertos sectores de los constitucionalismos contemporáneos que optan por aumentar en proporciones geométricas cada vez catálogos de derechos en los textos constitucionales – aunque estos no necesariamente sean esenciales ni fundamentales –. Con ello, afirmar que su propósito no es otro sino el de promover –en el texto– sociedades más justas, aunque parece quedar solo en papel.

Aquel constitucionalismo moderno de populismo democrático prefiere que aquel *otro*, el Estado, se haga cargo de los costos de derechos infinitos –inclusive sin importar si aquellos son civiles y políticos o sociales como sostendrán Abramovich y Courtis–³⁴¹

³³⁹ Nallar, *El estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, 76.

³⁴⁰ *Ibíd.* Sostiene el autor: “Por nuestra parte, no solo coincidimos en que no todo servicio esencial es a su vez servicio público, sino que agregamos que todo servicio público es un servicio esencial, pues tomando los parámetros aportados por el Superior Tribunal español en los fallos citados, los intereses y bienes que tiende a cubrir y satisfacer en sus necesidades el servicio público constituyen derechos fundamentales y se hallan constitucionalmente protegidos”, 77.

³⁴¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Neoconstitucionalismo y Sociedad 11 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 3–29. Señalan los autores: “La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles

y sin tomar en cuenta en este debate de esencialidad, la eficiencia de los procesos económicos que permitan lograr tales fines.

Además, lo que resulta aún más perjudicial en la teoría jurídica, radica en que aquellos estados que declaran en sus constituciones derechos que aquellos no pueden costear y gestionar, impiden su delegación al sector privado.

Esto tiene como origen, particularmente en América Latina, discursos políticos demagógicos que denostan formas de intervención del sector privado en la satisfacción del interés general. Cuestionan dogmáticamente varios mecanismos explicados *ut supra* tales como las privatizaciones u otras formas de delegación o transferencia.

Por esas y otras más razones que se explicarán más adelante, la teoría de Maslow podría aliviar tensiones en la construcción actual del concepto de servicios públicos esenciales en reemplazo de la sobrevalorada *publicatio*. Troncoso propone una figura piramidal para exponer dicho planteamiento:

no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación –destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos–, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. [...] En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o a la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes. Ciertamente, algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas –v. gr.– los llamados derechos–prestación, es decir, aquellos que requieren la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares, como el servicio educativo o la asistencia sanitaria–, pero como hemos visto, esto también sucede con los derechos civiles –que exigen prestaciones de la administración de justicia, o de los registros civiles, o del registro de la propiedad, o de las fuerzas de seguridad–. Otros derechos sociales, sin embargo –en especial aquellos caracterizados por regir aun en las relaciones entre particulares–, difícilmente pueden conceptualizarse de modo adecuado sólo como derechos prestacionales: piénsese en el derecho de huelga, o en el derecho a la negociación colectiva”, 5 y 6.



Figura 3. Teoría de las Jerarquías de las necesidades humanas
Fuente: Abraham Maslow, en Troncoso Valdés, *Economía para abogados*.³⁴²

La propuesta de Maslow permite diferenciar aquello que en el individuo necesita ser satisfecho desde su nacimiento hasta su muerte para convivir normalmente en sociedad, esto es en comunidad y dentro de un orden jurídico sin afectar los derechos de otras personas tales como la salud pública, de aquello que paulatinamente, más bien, satisface proyectos personales de vida del individuo.

El caso de los servicios públicos esenciales, que según Peces-Barba complementan los derechos de libertad,³⁴³ se insertaría en todo aquello que el individuo necesita *básicamente* para convivir con sus semejantes.

Tómese el caso del agua potable y el alcantarillado, así como el tratamiento de las aguas servidas como servicios esenciales por excelencia que se prestan, además, en forma *domiciliaria*.

³⁴² José Eduardo Troncoso Valdés, *Economía para Abogados* (Santiago de Chile: Legge Ediciones, 2017). Señala el autor: “El psicólogo Abraham Maslow ha formulado la *teoría de las jerarquías de las necesidades*, postulando que las personas tienen cinco categorías diferentes de necesidades, desde las más básicas hasta otras más avanzadas, las cuales son: las fisiológicas, las de seguridad o protección, pertenencia, prestigio y las de autorealización. A medida que ‘se satisfacen las necesidades de un nivel, se pasa a las del siguiente y surge un nuevo patrón de comportamiento’. Así, una vez satisfechas las necesidades fisiológicas, nacen las necesidades de seguridad, tales como una casa confortable que brinde seguridad por la noche, satisfechas éstas, surgen otras de nivel superior y así, sucesivamente hasta las de autorealización, por ejemplo, un viaje soñado, la compra de cierto bien, etc. Cada nivel de necesidad crea un mercado particular”, 40

³⁴³ Gregorio Peces-Barba, *Curso de teoría del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2000). Sostiene el autor: “Si las necesidades de mantenimiento no están satisfechas, disminuyen o no afloran las aptitudes o condiciones que facilitan gozar de la libertad protectora. Son necesidades cuya satisfacción permite estabilizar y sostener la capacidad de elección ilustrada, que se deduce de una situación humana en niveles normales y generalizados, de acuerdo con el tipo de ser humano de una alimentación suficiente y sana hasta una educación básica, pasando por la sanidad, la vivienda y la seguridad social. Es el ámbito normal y generalizable de la atención que la función promocional del derecho debe prestar para que exista la libertad para poder hacer lo que se quiera”.336.

Justamente Marín se refiere a la categoría de servicios públicos *domiciliarios* para lo cual acude a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, señalando:

Queda expuesto cómo para el constitucionalismo moderno, bajo el modelo de Estado social de derecho, lo atinente a los servicios públicos cobra gran importancia, pero para adentrarnos más en el tema, nos referiremos, en particular, a los servicios domiciliarios. En este sentido, para la Corte [sentencias T-578 de 1992 y T-064 de 1994], ‘el concepto genérico de servicio público comprende diversos tipos, en forma tal que es posible distinguir entre servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios’. Estos últimos, según ella, ‘son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.’³⁴⁴

Los servicios públicos *esenciales* compartirían significado con los denominados *domiciliarios* porque estos servicios se prestan, se consumen y se comercializan precisamente en los domicilios de las personas, esto es, en los espacios de mayor intimidad personal y seguridad.

En este escenario, el agua potable, el alcantarillado, la energía eléctrica y la recolección de basura probablemente encajen de mejor manera en la categoría de *esenciales / domiciliarios*.

Además, estos servicios comparten otro tipo de característica jurídica-económica: son monopolísticos. Por tanto, su régimen jurídico debe encontrarse autorizado por el ordenamiento jurídico, justamente porque la inversión que supone construir redes de alcantarillado en el subsuelo, por ejemplo, o las redes de tendido eléctrico en el espacio aéreo, es tan costosa que no sería a través de un monopolio legal que el inversor –inclusive si es el prestador el propio Estado– encuentre un punto de equilibrio.

Mas sin embargo, el problema teórico persiste en la medida en que la teoría no permeabilice los conceptos, de modo que, por ejemplo, en el caso de estos servicios identificados, su estructura económica y organizacional, termina siendo comercial porque los servicios públicos de agua, alcantarillado, energía eléctrica y recolección de basura, a pesar de estar íntimamente vinculados con derechos constitucionales.

Esto a pesar de que son prestados directamente en los domicilios de los beneficiarios y por ende responden a una estructura organizacional e industrial de tipo

³⁴⁴ Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, 83 y 84.

empresa –pública o privada, no importa– y, por supuesto, se gestionarán en el marco de una economía de mercado y competencia, como sostiene Baca Oneto.³⁴⁵

En este marco de análisis, la esencialidad sea probablemente una forma adecuada para permeabilizar el concepto actual de servicio público. Justamente en razón de aquello, Martínez López–Muñiz propone una fórmula teórica para justificar la esencialidad dentro del concepto de los servicios públicos para no caer en la tentación de usar, sin más, a la *publicatio* como referente de calificación.

Además, evitar que los servicios públicos se diluyan conceptualmente como cualquier actividad de orden económico y de interés general que esté sujeta únicamente a las leyes de la oferta y la demanda. Esto no resultaría aceptable y el autor señala:

La noción de esencialidad expresa mejor lo que quiere decirse que la idea del interés general. Hay muchas cosas, muchas actividades que son o pueden ser de interés general y justificar ciertas actuaciones públicas, y que no son sin embargo esenciales. El cine o el teatro, las competiciones deportivas, la repoblación forestal pueden ser entidades como actividades de interés general, pero no son servicios esenciales.³⁴⁶

La esencialidad se vincula especialmente a las primeras categorías de Maslow, necesidades fisiológicas y de seguridad, de manera que estos servicios domiciliarios las satisfacen. Pero como los servicios públicos constituyen institutos históricos que van de la mano con la evolución del derecho administrativo y el derecho constitucional, se sabe que las necesidades se expanden a aspectos tales como la educación, la salud y el transporte.

Estos últimos en la medida en que a pesar de no ser domiciliarios, satisfacen otras necesidades elementales que, con el transcurso del tiempo, se han constituido en

³⁴⁵ Baca Oneto, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”. Señala el autor: “dichos servicios se vinculan a la necesidad de satisfacer unas necesidades esenciales, vinculadas al interés general, pero sin renunciar a las exigencias de una economía de mercado y de la competencia, según las cuales una actividad de interés general no siempre tiene que ser gestionada por el Estado, ni tampoco al papel del Estado para asegurar dicha satisfacción, mediante la regulación e, incluso, interviniendo cuando el mercado sean incapaz de lograrla, lo que justifica la imposición de unas obligaciones específicas a los encargados de prestar el servicio. De allí que en el Libro Verde se afirmara que la expresión *servicios económicos de interés general* se utiliza para designar a aquellos ‘servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones de servicio público en virtud de un criterio de interés general’, y de los que predicen los siguientes elementos: servicio universal, continuidad, calidad del servicio, asequibilidad y protección de los consumidores y usuarios, todos los cuales han sido incorporados como obligaciones en las legislaciones respectivas y tienen como objeto garantizar objetivos como la eficacia económica, la cohesión territorial o económica y la protección y seguridad de todos los ciudadanos. Pero esas son también las notas definidoras de los *servicios esenciales*, noción que seguramente es preferible utilizar”, 367 y 368.

³⁴⁶ José Luis Martínez–López Muñiz, “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo*, vol. III (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), 2795–2824, 2800.

derechos que, de una u otra forma, impactan sensiblemente en la calidad de vida de los miembros de una comunidad política y social. El tratamiento de servicios *domiciliarios* no agota la condición conceptual actual de servicios públicos y además, pone en consideración que estas otras dimensionalidades del interés general, se ofrece en contextos *no monopólicos*.

Allí es en donde se flexibiliza la necesidad de permitir al mercado –dentro de contextos de regulación y control– ofrecer servicios de interés general a la luz de una sana competencia con el sector público –que también actuará como un gestor– y con la apertura necesaria que la tecnología y el fenómeno de la globalización ofrezca para mejorar la calidad de estos servicios, para así alcanzar el interés general en sentido material y no únicamente formal.

En el marco de lo tecnológico, aparece la categoría *industrial*. Frente a recursos limitados y necesidades permanentes, los procesos industriales deben proveer de elementos capaces de procurar la eficiencia en el marco de la mayor y mejor tecnología aplicable para proveer de servicios públicos. Lo industrial está presente tanto en lo *domiciliario* como en lo *no domiciliario*.

Las empresas que proveen del servicio de agua potable y electricidad, así como aquellas que gestionan medios de transporte (aéreo, terrestre o marítimo) deben necesariamente operar desde la lógica industrial y, por ende, también comercial.

Hidalgo propone que este movimiento pendular desde la concepción estatal hacia el sentido industrial y comercial recuerda la sentencia *Eloka* de 1921 identificada en el primer capítulo de esta investigación.

No obstante, difícilmente podría aceptarse que la condición de industrial y comercial de las actividades de interés general, como recurrentemente se ha venido insistiendo, implica un giro a la privatización de los servicios y a la desaparición del Estado.³⁴⁷ Inclusive se ha aceptado ampliamente en la doctrina a las empresas públicas

³⁴⁷ Ronald Hidalgo Cuadra, “Apuntes sobre el servicio público en tiempos de globalización”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 116 (2008): 37–76. Señala el autor: “Si la Administración Pública pasa de titular de servicios de carácter económico, a convertirse en la dueña de empresas, asumiendo los medios de producción y cambio, se produce una deformación sobre lo que se entiende como ente o establecimiento público, pues el carácter mercantil o industrial de la labor de la que se encarga, exige para su éxito ciertas condiciones atípicas para el tradicional establecimiento público en que el Estado ejercía una facultad de controlar el nombramiento y remoción de su personal directivo, así como en la aprobación de ciertos actos (tutela de legalidad administrativa). Claro que estos establecimientos públicos industriales o comerciales no pueden funcionar en un régimen ordinario, por lo que se hizo necesario dotarlos de mayor flexibilidad (controles *a posteriori*, para a una tutela de oportunidad). Realmente, esos servicios públicos son “*empresas administrativas que aseguran prestaciones a los particulares por el ejercicio habitual de actos de comercio, sin adquirir, sin embargo, la calidad de comerciantes en el sentido del*

como figuras jurídicas aplicables para este tipo de servicios, como sostendrá Céspedes.³⁴⁸

De allí que las condiciones de industriales y comerciales de los servicios no son sino formas jurídicas y económicas para garantizar, entre otros factores, la sostenibilidad, sustentabilidad, calidad y continuidad de aquellos, sean domiciliarios o no.

La postura de Hidalgo aliviana, en algo, la tensión en el intento de procurar una construcción actual del concepto. Este autor permeabiliza la naturaleza industrial y comercial de los servicios públicos y es que tanto lo industrial como lo comercial, no condicionan lo esencial, más bien fortalecen esta categoría.

Esto puede notarse con mucha claridad en el caso de los aeropuertos y los puertos marítimos que, como se sabe, constituyen servicios públicos monopólicos por ser actividades económicas de interés general en donde la industria aeronáutica y portuaria, al nivel global, es un factor determinante para garantizar su sostenibilidad, eficiencia y calidad.

Además de todo lo indicado hasta este punto, la esencialidad, como punto de encuentro de una construcción actual del concepto de servicio público que logra permeabilizar lo *público*, lo *industrial* y lo *comercial* es una característica y que, además, logra hacer frente a tres errores comunes tradicionalmente presentes por doctrinas ligeras y minimalistas en la construcción del concepto.

Estos tres errores son develados por Gordillo y se pueden identificar de la siguiente manera: a) clasificar al interés público como interés de una mayoría concreta de individuos;³⁴⁹ b) equiparar al interés público como si fuere el interés de la administración pública;³⁵⁰ y, c) el interés público no es sólo conveniencia material.³⁵¹

derecho privado". La aparición de esta noción afectaría severamente al servicio público en su concepción original. Los servicios públicos industriales y comerciales llevados a cabo en condiciones similares a las de empresas privadas, fue una categoría comprensiva de todo tipo de negocios desde la explotación de estacionamientos, la fabricación de monedas y medallas, hasta la explotación de mataderos municipales", 46 y 47.

³⁴⁸ Adolfo Céspedes Zavaleta, "Servicios públicos y empresas públicas", en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 105–23. Manifiesta el autor: "en el marco o como núcleo de la actividad prestacional de bienes y servicios a cargo del Estado, sea en forma exclusiva o en concurrencia, sea en forma directa o por persona que actúa por delegación suya, se encuentra la empresa pública, como género organizativo de la administración económica, la cual se desenvuelve tanto en actividades monopolísticas, como de concurrencia, encontrándose sometida a regímenes de Derecho Público o de Derecho Privado, dependiendo del contexto nacional y de las regulaciones específicas aplicables a las actividades que desarrollen", 111.

³⁴⁹ Gordillo, "Servicios Públicos - capítulo 6". Sostiene el autor: "El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es solo la suma de una mayoría de concretos

Finalmente, respecto de la esencialidad no debería dejarse de lado un principio que regularmente se acompaña en las definiciones de los servicios públicos: la universalidad.

La creencia habitual en las categorías jurídicas, especialmente en conceptos que con frecuencia se califican como indeterminados, suele venir observada frecuentemente desde posturas contrarias al *universalismo*, precisamente para evitar aún más su indeterminación teórica y más bien se decantan por apreciaciones *realistas* que moderen sus alcances y propongan límites.

Pero aquello no debe comprometer su eficacia en el plano pragmático, aunque conviene decir que desde lo conceptual, habrá que actuar modestamente, aunque hay que reconocer, conforme sostiene Pérez, que en Europa se habla desde el reconocimiento de servicios *universales*.³⁵²

intereses individuales coincidentes –actuales y /o futuros– y por ello, la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes *lato sensu*, esto es, homogéneos, actuales y futuros: nuestros descendientes también deben ser computados, por supuesto. Solo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el interés público en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia. Hay interés público en los servicios de transporte, aguas, correos, teléfonos, electricidad, gas, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica, calefacción, etc. El interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. Hay servicios que no se traducen en prestaciones individuales a personas determinadas, pero cuando un servicio se efectúa en prestaciones individuales el usuario es el objeto principal del servicio y es a él a quien el régimen jurídico debe proteger.”, 282.

³⁵⁰ *Ibíd.* Explica: “El interés público no es el interés de la administración pública. Así, el juego es contrario al interés público y explotado por la administración como en el caso de hipódromos, loterías, etc., redundando en su beneficio material (incluido el beneficio material de los funcionarios públicos) pero no en beneficio social; la venta de cigarrillos es una bonanza tributaria para el Estado –un aparente beneficio público–, aunque la sociedad así gasta mucho más para atender las enfermedades que provoca el fumar, más lo que la sociedad pierde en enfermedades y muertes”, 283.

³⁵¹ *Ibíd.* Manifiesta: “El tercer error de la concepción tradicional del interés público lo señala Radbruch y es fundamental: se concibe al interés público tan solo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores de seguridad y conveniencia, sino también y primordialmente el valor justicia: ‘En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo lo que al pueblo aprovecha, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, solo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia’”.

³⁵² Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*. Sostiene el autor: “En Europa, las realidades económicas actuales imponen el modelo del Estado regular y del llamado nuevo servicio público europeo. El enfoque tradicional –monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme– se presta a sectores restringidos de la población. Se sustituyen las amplias prestaciones del servicio público tradicional por una prestación que hoy se denomina en Europa el *servicio universal*, que equivale de una manera general al servicio público en sentido amplio, incluyendo los servicios públicos impropios y sociales. La Unión Europea subordina la sustancia de aspectos afianzados en el derecho, como por ejemplo del derecho ambiental y, por supuesto, del derecho administrativo al requerimiento de igualdad de condiciones en la apertura del mercado común, principalmente la competencia. Así, el avance tecnológico y la realidad del mercado

Ahora, al analizar criterios tales como los expuestos por Quiñones y Sattler, se observa como el *universalismo* intenta irradiar una especie de *totalidad* en el acceso a tales servicios. En efecto, las autoras señalan que:

El servicio universal está vinculado a la idea de acceso universal, es decir, a la obligación de garantizar que toda persona, con independencia de condiciones externas a las del servicio, así como más allá de su ubicación geográfica, tenga la posibilidad de acceder a un nivel mínimo de servicio y a un precio razonable que pueda ser pagado por el usuario.³⁵³

Es deseable, aún incluso cayendo en la utopía jurídica, que todas las personas en todas las geografías del mundo cuenten con acceso a servicios públicos esenciales de calidad. Aunque esto resulte deseable, materialmente ni siquiera es posible garantizar los esenciales como agua potable, alcantarillado, electricidad o energía y recolección de desechos.

Hay que dar el mérito a una propuesta *universalista* que intente este propósito, mas así mismo se dirá que no obstante de aquello, una propuesta de tal calado guarda en sí misma su imposibilidad práctica. Una postura universalista –distinta al principio de universalidad– francamente no haría sino caer en el terreno de ciencia ficción y la cinematografía.³⁵⁴

Difícilmente resulta, al menos en países en vías de desarrollo, prever que los estados garanticen ampliamente servicios esenciales a su población, mucho menos esperar que se satisfagan servicios públicos no esenciales.

ampliado, la moneada común y la imposibilidad de manejar instrumentos arancelarios por parte de los Estados miembros determina el requerimiento de la liberalización de los mercados. [...] La principal característica del llamado *nuevo* servicio público europeo es su sometimiento las reglas de la competencia, es decir del mercado. Su base legal en Europa son las reglas impuestas por la Unión Europea para la prestación de los servicios públicos, nuevas reglas que, sin embargo, ‘no los transforman en instituciones diferentes de las conocidas hasta ahora, implantadas conforme a los derechos de cada uno de los estados’. Por ejemplo, las normas de la Unión Europea declaran ‘con carácter general que los principios de la libre competencia no afectan a los servicios públicos de autoridad o a los servicios públicos de solidaridad. El nuevo esquema del servicio público europeo enfatiza el mecanismo de la *regulación* que, de todas maneras, se ha desarrollado en los últimos treinta años, siguiendo el ejemplo de las entidades reguladoras del Derecho Administrativo estadounidense. Las nuevas entidades reguladoras gozaron de autonomía administrativa creciente, lo que tiende a revertirse en la actualidad del Derecho Público ecuatoriano, y su control se extiende a la prestación de los servicios públicos tanto por instituciones públicas como por empresas privadas concesionarias”, 232-33.

³⁵³ María Teresa Quiñones Alayza y Verónica Sattler Correa - Rey, “Apuntes sobre el servicio universal en un régimen de concurrencia”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 4 (2008): 35–49, 36.

³⁵⁴ Gabino Ponce Herrero, “Futuro imperfecto: las ciudades del mañana en el cine”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n° 55 (2011): 127–52.

1.4. Tensiones en la construcción conceptual futura de los servicios públicos

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, en el año 2022, la población mundial llegó a los ocho mil millones de habitantes.³⁵⁵ A lo largo y ancho de la geografía mundial, los grupos humanos experimentan todo tipo de necesidades en tan amplias posibilidades y variedades que la sola mención de determinados servicios públicos de interés general en determinados Estados, no necesariamente lo será en otro por circunstancias diversas.

Plantear por ejemplo que, en el primer mundo, se hable hoy en día de declarar al internet como servicio público esencial, puede resultar desproporcional cuando en varias latitudes del planeta, grupos poblacionales no cuentan ni siquiera con acceso a agua potabilizada o, al menos en todo caso, entubada. Lo mismo sucederá con la energía eléctrica.³⁵⁶

El caso de los servicios públicos esenciales, como quedó indicado *ut supra*, en algo libera la construcción histórica del concepto, así como su funcionalidad y su carácter subjetivo y objetivo. Pero, también hay que decirlo, no soluciona los problemas de escasez, falta de acceso, pobreza e inadecuados usos de tecnologías.

El siglo XX y particularmente la sociedad de la información junto a los mercados existentes en el contexto de la globalización, han producido que las distancias en el mundo y el acceso a ciertos bienes y servicios resulten *más pequeñas*.

Por ende, que los Estados se vean avocados –bien por asuntos de obligaciones constitucionales, por apoyo internacional o por otras manifestaciones jurídicas y económicas– a optar por formas más eficientes para proveer de servicios que atiendan las necesidades generales y, finalmente con ello, que la atención a dichas necesidades sea directamente proporcional a la tecnología utilizada en determinado servicio.

Justamente el papel de la tecnología dentro el contexto de los servicios públicos no es – ni tiene por qué serlo - novedoso. Cuando los ferrocarriles a vapor cruzaban las planicies transportando pasajeros y mercancías, los conglomerados humanos, reconocían que la eficiencia de estos sistemas de transporte, aportaban a mejorar la calidad de vida de las personas.

³⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, “La población mundial llegará a 8000 millones en 2022”, 2022 <https://www.un.org/es/desa-es/la-poblaci%C3%B3n-mundial-llegar%C3%A1-8000-millones-en-2022>.

³⁵⁶ Como ejemplo de lo indicado, véase Edgar Ojeda, John Candelo, y Jorge Silva Ortega, “Perspectivas de Comunidades Indígenas de La Guajira frente al desarrollo sostenible y el abastecimiento energético”, *Revista Espacios* 38, n° 11 (2017): 35–43.

Lo mismo sucedía con las consecuencias favorables –e inevitables– del encauzamiento de las aguas servidas y los desechos en las ciudades. La tecnología, junto a la humanidad, ha acompañado los procesos económicos de satisfacción de interés general porque su posibilidad de atención y de satisfacción, tanto *lato sensu* como de necesidades individuales, han legitimado su función social.

El tiempo y la calidad de vida son aspectos inmanentes a los seres humanos con el avance del tiempo. Así, puede afirmarse desde los enfoques de nuevas corrientes constitucionalistas que los *derechos* de las personas y de los conglomerados humanos, constituyen formas de andamiaje de las democracias materiales.

Si determinada constitución dice que el agua es un derecho humano, entonces los estados han de procurar mover su contingente jurídico, humano, económico y tecnológico para garantizar este derecho. No olvidar que aquello se cumplirá mediante la prestación correlativa y correspondiente en observancia de principios de calidad, generalidad, continuidad, entre otros. Si aquella otra constitución reconoce a la energía también como un derecho humano, deberá suceder –al menos teóricamente– lo mismo.

Mas qué sucedería si desde los avances tecnológicos, por ejemplo, la energía nuclear resulte más eficiente que, dígame, la energía eléctrica proveniente de fuentes naturales menos riesgosas como centrales hidroeléctricas o inclusive, aún más amigables con el medio ambiente como sucede con la energía eléctrica producida por fuentes eólicas.

De preguntarse a un grupo determinado de consumidores sobre cuáles serían sus preferencias respecto del servicio público ofrecido, una muy posible respuesta –y no la única lógicamente– consistirá en señalar que, al final del día, lo importante, más allá de las tensiones teóricas y las batallas ideológicas entre estatismo y liberalismo, es justamente recibir un buen servicio.

Esto implicaría, para los consumidores que los riesgos que se produzcan como consecuencia de prestaciones deficientes o daños provocados a aquellos sean responsabilidad del prestador.

Los ejemplos sobre estas circunstancias fácticas abundan en el derecho administrativo, pues en las teorías de los servicios públicos, las posibilidades de construir hipótesis a partir de cómo se satisface el interés general son tan variables, como variables son las condiciones humanas, jurídicas, económicas y tecnológicas que existen en determinado momento y lugar.

Allí merece también especial atención la protección a las economías de escala propias de los servicios públicos, así como también a las inversiones realizadas. La construcción futura del concepto de servicio público ineludiblemente debe considerar la mayor cantidad posible de factores económicos que inherentemente y en el marco de la tecnología como en las inversiones privadas, se requieran en el mercado de dichos servicios para su cumplimiento efectivo.

Martínez de Vedia alerta lo riesgoso que resultaría para cualquier Estado o conglomerado humano no tomar estas advertencias seriamente. Con especial énfasis el autor señala que cuando la economía ve “drásticamente disminuida su evolución, todas las bases de esta nueva responsabilidad del Estado resultan profundamente perturbadas, y los principios de la economía regulatoria son alterados [...]”.³⁵⁷

¿Cómo legitimar las acciones del Estado y del mercado en la satisfacción del interés general del futuro?

Ciertos neoconstitucionalismos estatistas promueven precisamente una agenda de Estados fuertes y presentes en la mayor cantidad de actividad humana, pues parten de la premisa irrestricta según la cual los estados nacionales son los principales garantes de los derechos fundamentales de sus habitantes. Por tanto, corresponde a ellos satisfacer directamente las necesidades de interés general.

En ese marco, las amenazas a los derechos y libertades de las personas vendrán de agentes externos al Estado. Sin embargo, en el capítulo anterior, al revisarse algunos elementos significativos del denominado *neoliberalismo* de finales del siglo XX e inicios del XXI, se señalaba cómo intentos nacionalistas de estos Estados de constituciones poco pueden hacer frente a la vorágine tecnológica de la globalización de los servicios públicos. Esto incluye la atención a necesidades de interés general más allá de las fronteras nacionales.

De hecho, al identificar aleatoriamente posturas comunes en relación con las características comunes más importantes de estos nuevos constitucionalismos latinoamericanos teóricos, esto es, revisando a Zambrano³⁵⁸ y a Freire y Pazmiño,³⁵⁹ no

³⁵⁷ Martínez de Vedia, *Mercados, costos y activos en la renegociación de los servicios públicos*, 47 y 48. Continúa el autor: “Se modifica el concepto de responsabilidad económica, el que fuera delegado integralmente a la actividad privada en la década de los noventa, y si los nuevos roles no son armoniosamente vinculados y procesados, podrían surgir serios inconvenientes que alterarían peligrosamente la seguridad jurídica de las inversiones”.

³⁵⁸ Este autor sostiene que, como teoría del derecho, el *neo* constitucionalismo se puede sintetizar en los siguientes puntos: “1) Más principios que reglas: [...] Los derechos fundamentales presentan, en general, la estructura de los principios, y posibilita que los procesos de determinación o delimitación de sus contenidos contemplen –en sentido plural– la mayor cantidad de opciones, visiones o planteamientos de vida

se advierte que éstos coloquen en su propuesta a estos nuevos constitucionalismos como formas de equilibrio de las relaciones jurídicas de consumidores de servicios públicos en el contexto de la globalización económica.

Más bien, esto se encuentra en la doctrina del derecho administrativo. Dromi reconoce la necesidad de adecuar a las instituciones jurídicas, políticas y económicas dentro de la *hipermodernidad*. Esto con derechos reales materialmente posibles y con el objetivo de fortalecer los Estados a la luz de las necesidades ciudadanas de interés general en el momento histórico. Así expone el autor:

Frente a los peligros actuales que constituyen rechazos explícitos de la *lógica moderna*, la *hipermodernidad* surge como una nueva modernidad, *potenciada y superadora*, en la

de los integrantes de una sociedad. [...] 2) Más ponderación que subsunción: en un Estado de derecho, todos los derechos fundamentales poseen *a priori* y en abstracto la misma jerarquía, caso contrario no habría que ponderar ya que se impondría el derecho de mayor importancia. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas del mismo valor; 3) Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios dejados a la discrecionalidad legislativa o reglamentaria [...]; 4) Omnipresencia judicial en vez de autonomía del legislador ordinario: este es un elemento esencial que define, por su importancia, al estado constitucional de derecho. Es el órgano que determina la última palabra, aún respecto de las decisiones colectivas y están ligadas a los derechos fundamentales; 5) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. Esto implica que, a partir de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema de fuentes, trae aparejado un nuevo orden simbólico, además del jerárquico, ya que comparte con la Constitución Nacional su supremacía, que al complementar el sistema legal interno, expande «una constelación de opciones de vida en lugar de un supuesto de uniformidad e igualdad ideológica o pensamiento único». En Alfonso Zambrano, *Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo*, Primera (Guayaquil: Edilex S.A., 2011), 48 –50.

³⁵⁹ Los autores proponen como elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano los siguientes: “1) *Democracia participativa*: El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica propia de la tradición clásica liberal, por un modelo de lo democracia participativa que sin renunciar a los instrumentos de participación propios de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa [...]; 2) *El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional*: El segundo elemento que permite diferenciar el nuevo modelo constitucional respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; proceso que ha conllevado importantes cambios tanto para la parte orgánica como sobre todo en la parte dogmática de la Constitución; 3) *El nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional*: Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional ecuatoriano como un aporte novedoso al constitucionalismo latinoamericano y mundial es el fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional. [...] Esta función es particularmente importante debido a que en la mayoría de los países de la región los jueces ordinarios, antes solo preocupados de dirimir los conflictos jurídicos en sus respectivas áreas de especialidad, hoy día se han convertido en jueces constitucionales mediante el ejercicio de las competencias respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos; 4) *Transformación de la teoría general de los derechos*: Uno de los rasgos más interesantes del nuevo modelo constitucional ecuatoriano es la estructura novedosa del sistema de garantía de los derechos constitucionales [...]; 5) *El reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano*: El último rasgo relevante del nuevo modelo constitucional ecuatoriano [...] es el reconocimiento del carácter plurinacional el Estado con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de las comunidades y pueblos étnica o culturalmente diferenciados”. En Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, 1era. edición, vol. Tomo 1, Cuadernos de Trabajo (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011), 39 –46.

que se procura renovar la defensa de los derechos del hombre, que conviene con otros fenómenos como los mercados ampliados más allá de las fronteras y la *tecnociencia*, y que como señalan algunos pensadores, en la búsqueda de certezas, vuelve a marcar límites y exigencias, desea *compartir* la soberanía, rescatar el poder del Estado en la regulación y en el control, *solidarizar* la economía, fiscalizar los mercados e incorporar las organizaciones sociales en la instancia de la responsabilidad pública, tanto para gestionar como fiscalizar acciones y conductas de interés público.³⁶⁰

Conviene preguntarse qué esperar del derecho administrativo de los servicios públicos en el contexto de la globalización económica mundial. ¿Es posible que países en vías de desarrollo cuenten con las posibilidades tecnológicas para proveer a sus ciudadanos de la tecnología y la industria suficiente para proveer servicios públicos de calidad y sostenibilidad?

Pero además de la provisión o gestión, verificar si es teóricamente posible y también pragmáticamente deseable promover y alcanzar regulaciones jurídicas sobre las actividades de interés general desde fuera de los estados. El caso del transporte aeronáutico es un caso interesante de estudio a partir de las teorías del futuro de la teoría de los servicios públicos.

Obsérvese cómo para el caso de América Latina y el Caribe, la CEPAL reconoce a dicho sector como motor y facilitador de desarrollo en la región.³⁶¹

Esta industria aeronáutica se encuentra vinculada a la prestación del servicio público de transporte aéreo y también guarda vinculación directa con la prestación de los servicios de aeropuertos o terminales aéreas a cargo, en unos casos de los estados y en otros, del sector privado de acuerdo con distintos regímenes de delegación a lo largo y ancho de la región.

La tecnología aeronáutica del siglo XXI provee de equipos aéreos, equipos en tierra e infraestructura más moderna, así como también promete ser más barata y sostenible con el medio ambiente.³⁶²

³⁶⁰ Roberto Dromi, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, Derecho Público y Empresa (Madrid - México: Hispania Libros y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005), 23 y 24.

³⁶¹ CEPAL y Organización de Naciones Unidas, “Transporte aéreo como motor de desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe: retos y propuestas de política”, 2017. Señala el informe: “Si los gobiernos pusieran en práctica una serie de políticas económicas y regulatorias que faciliten el desarrollo del transporte aéreo, la demanda podría más que triplicarse y la contribución económica podría crecer hasta 530 mil millones de dólares en términos del PIB y 11,9 millones de empleos sustentados por la aviación. El transporte aéreo y otros muchos sectores (entre ellos el turismo) mantienen una estrecha relación y juntos ejercen efectos multiplicadores en la economía. Por lo cual resulta imprescindible reforzar la necesidad de las políticas integrales y sostenibles, para que esa complementariedad entre los sectores no entre en conflicto sino por el contrario, se potencie mutuamente en beneficio de la economía y la sociedad”, 2.

La prestación de estos servicios se cumplirá adecuadamente en la medida que en las formas administrativas resulten eficientes para la finalidad concreta y cuando además los procesos económicos garanticen fomento en la industria y seguridad jurídica a las inversiones en tanto éstas se realicen en el marco de la ley, los estándares internacionales y la protección de derechos de las personas tales como el transporte aéreo.

El impacto positivo de la industria aeronáutica en la economía de los países es alto. De acuerdo con un informe del 2016 elaborado por el Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe, CAF, se menciona:

El reciente crecimiento del sector en ALC ha generado a su vez, un importante desarrollo económico a partir del impacto directo, indirecto, inducido y catalítico, característico del sector de la aviación debido a su alto impacto en otros sectores como los negocios o el turismo. Actualmente, la aviación en ALC genera un impacto económico directo de más de USD 37.500 millones anuales y un impacto total de más de USD 152.000 millones, representando un 5% del impacto realizado por la industria de la aviación a escala mundial. Además, el sector sostiene anualmente más de 4,9 millones de empleos totales.³⁶³

Una industria como la aeronáutica que mueve billones de dólares anualmente y que por su importancia mundial es considerada también como actividad de interés general, merece atención teórica en la medida en que su alto nivel de regulación, tanto nacional como internacional, daría cuenta que se trataría, en todos los casos, de un servicio público.

Mas sin embargo conviene añadir, como bien lo explica del Guayo, que la expresión *servicio público*, corresponde a una institución de tipo francesa que, a diferencia del caso anglosajón, con el transcurso de los años se vio reforzada mediante del constitucionalismo social.

Posteriormente adquirió auge a través de los estados de bienestar hasta sus posteriores crisis como consecuencia de las nacionalizaciones de varios servicios públicos. Para el autor:

[E]n los países de influencia angloamericana existe la regulación económica, mientras que en los latinos la respuesta habitual a esos problemas ha sido la creación de servicios públicos. En los países latinos, la garantía de la continuidad y la regularidad es una

³⁶² Véase Gustavo Alonso y Arturo Ruiz de Villa, “El impacto ambiental del transporte aéreo y las medidas para mitigarlo” (X Congreso de Ingeniería del Transporte (CIT2012), Granada: Archivo Digital UPM Politécnica Biblioteca Universitaria, 2012), 1–15.

³⁶³ Rafael Farromeque Quiroz, “Análisis de Inversiones aeroportuarias y portuarias: América Latina y el Caribe al horizonte 2040” (Banco de Desarrollo de América Latina CAF, 2016), 26.

forma europea continental de conjurar la potencial ineficiencia productiva de la empresa monopolista, tentada a bajar la producción para que suban los precios o a subirlos indiscriminadamente.³⁶⁴

La construcción futura de una teoría de servicios públicos no ha de pasar por alto los aspectos regulatorios internacionales que el mundo globalizado requiere implementar particularmente en los últimos tiempos.

Los constitucionalismos nacionalistas deben salir de la zona de confort de sus bases ideológicas nacionalistas y pensar en serio el establecimiento de parámetros de protección eficaz para sus ciudadanos que, tarde o temprano, serán consumidores y usuarios de servicios públicos supranacionales o mundiales.

En otras palabras, no resulta del todo prudente que los estados de nacionalismos constitucionales, frente a su poca capacidad de regular y gestionar eficazmente actividades de interés general – con las excepciones correspondientes – a un mundo globalizado, únicamente apuesten a tal protección desde la exclusión de la inversión privada y los capitales tecnológicos.

Como se dijo previamente, corren el riesgo de terminar muy probablemente por reemplazar a industrias nacionales ineficientes, costosas o poco sustentables con el medio ambiente y la preservación de los recursos naturales.

El punto radica en que, hoy en día, no resulta del todo una buena idea solamente denostar ideológicamente a la globalización desde discursos políticos y dogmas sectarios que resienten de aquella. Estos discursos parecen blindar –jurídica y económicamente– mercados internacionales de servicios de interés general potencialmente tecnológicos que podrían influir directamente en agua potable, energía eléctrica, tratamiento de aguas servidas, transporte, salud, educación, entre otros.

Mas bien, allí es necesario que las nuevas administraciones públicas sepan prever y tomar conciencia de lo que en pocos años está por venir. El tradicional derecho administrativo y estos neoconstitucionalismos nacionalistas estatistas deben, por una parte, dejar de mirar únicamente a formas tradicionales de regulación y control de las actividades de interés general.

Por otra, evitar la necesidad demagógica de aumentar *ad infinitum* el reconocimiento de todo tipo de derechos sin los debidos respaldos económicos, materiales y tecnológicos en el contexto mundial futuro.

³⁶⁴ Guayo Castiella, *Regulación*, 102.

Las necesidades de interés general de los conglomerados humanos, tanto las esenciales como las no esenciales, estarán presentes durante muchos años más. Los retos jurídicos y económicos que asuman los estados deben ser funcionales en la medida en que organicen su aparataje público en la búsqueda de modos y formas eficientes de protección a los ciudadanos consumidores.

También se requiere una cultura jurídica y económica que salvaguarde, entre otros factores, la seguridad jurídica de los inversores privados. Como bien explica del Guayo:

La globalización subraya la necesidad de agencias de regulación verdaderamente globalizadas, que respondan a los problemas derivados de actividades y mercados que no conocen fronteras. Como no ha sido así, los consumidores no se han visto beneficiados de la regulación a pesar de que en el plano teórico esta técnica existe para garantizar que los consumidores reciban todos los beneficios derivados de las competencias. Los rápidos cambios en la tecnología de la información y de la comunicación también implican un reto a la regulación tradicional. *Internet* necesita estar sujeto a regulación, entre otras razones, porque de otra manera el futuro de la creación artística está en peligro. En este ámbito, hay muchas manifestaciones de autorregulación. La regulación sobre sectores distintos *internet* se beneficia de la existencia de las herramientas proporcionadas por las nuevas tecnologías. Permite que la regulación sea más eficiente en el logro de sus objetivos, que sea más inteligente en el manejo de la información. Se convierte más fácilmente en una *smart regulation*.³⁶⁵

Justamente en dichos contextos, son varios problemas identificados por la literatura respecto del rol de la administración pública y, por ende, de los servicios públicos del futuro.

Ramió, por ejemplo, sostiene que la administración pública de las próximas décadas experimentará situaciones complejas que pondrán “totalmente en duda su sostenibilidad económica. Va a estar estrangulada por una pinza ya que, por una parte, se puede vaticinar una caída importante en sus ingresos fiscales y, por otra parte, un incremento enorme de su gasto ante las nuevas necesidades de los ciudadanos”.³⁶⁶

Bajo tal premisa, la construcción conceptual del futuro de los servicios públicos se encontrará necesariamente presente en la administración pública en la medida en que sus adecuaciones jurídicas y económicas respondan a las necesidades de interés general de los estados. Esto en un mundo cada vez más globalizado y con recursos limitados, teniendo en cuenta además, parámetros como los presentados por Maslow.

³⁶⁵ *Ibíd.*, 31.

³⁶⁶ Carles Ramió Matas, “Una administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 3, n° 2 (2016): 103–22, 104 y 105.

Un posible primer paso para liberar o aliviar tensiones teóricas en el rol de la administración pública del futuro, los servicios públicos y la globalización, supondrá que el fundamento de dicha administración pública module, paulatina y proporcionalmente, sus cánones de autoridad pública y de soberanía respecto de sus ciudadanos.

Este es el tema de mayor debate que agudiza las tensiones en las teorías clásicas del Estado y del derecho administrativo. La autoridad pública –nacional– detenta el *imperium* para el uso de la fuerza legítima que, como bien se sabe, se consiente a partir de ficciones jurídicas.

Los contratos sociales y las democracias constitucionales no hacen sino consignar válidamente el poder público en manos de pocos representantes que actúan –o dicen actuar– a nombre del Estado para procurar el *bien común* y la *convivencia social*.

En esta nueva órbita sobre la teoría del poder y los fundamentos del derecho administrativo y la administración pública, contrariamente a lo que Maurice Hauriou planteaba a inicios del siglo XX, el fundamento actual de las nuevas administraciones públicas, debe moverse en un mundo globalizado desde la autoridad (*imperium*) hacia la eficiencia de sus fines. Supone aquello un manejo adecuado y sostenible de los recursos naturales y tecnológicos.

En otras palabras, la autoridad de la administración pública se ha de erigir de una manera diferente en tanto los estados del futuro estén en capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de la población en modo eficiente.

Por ello, la literatura actual ha empezado a trasladar el concepto de la administración pública clásica como actos de autoridad y fundamentos de la fuerza del estado, hacia la administración pública como un derecho en sí mismo, consistente en, por ejemplo, el derecho a la *buena* administración pública.

En efecto, uno de sus postulantes más insignes es Rodríguez-Arana, quien en modo categórico –también positivamente ambicioso– da cuenta cómo los cambios de época movilizan la función actual de la administración pública y su relación con los ciudadanos.

Este autor propone un reemplazo paulatino de la noción de la administración pública como autoridad por la noción de administración en el marco del servicio y libertad ciudadana. Así lo explica:

En este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico–intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del Derecho Público. El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el Derecho Administrativo.³⁶⁷

A partir de esta propuesta se reconoce en esta nueva necesidad de derecho administrativo del futuro la posibilidad de ordenar el poder público y también de proveer los elementos que garanticen la satisfacción de los intereses generales, tal como se indicó *ut supra*.

Como explican Rivero y Granda, la realización del interés general actual y futuro es la razón de ser de la administración pública y a partir de aquello, “su régimen habrá de orientarse cabalmente hacia ese propósito. Aunque a veces se presentan en forma desviada voluntades particulares como bien público, la presentación ideal del derecho administrativo raramente abdica de la intención favorable a la comunidad, *so riesgo de rechazo social*”.³⁶⁸

El derecho a la buena administración pública debe ir más allá de la visión tradicional del derecho administrativo a la que normalmente nos encontramos acostumbrados, es decir, como un medio formal para controlar y encauzar el poder de la administración pública a los fines de la Constitución y del ordenamiento jurídico.

En este escenario evolutivo de la función administrativa de distintas instituciones, según explicará Cuenca,³⁶⁹ la normativa jurídica necesariamente debe conectarse con parámetros económicos globales y jurídicos supranacionales o comunitarios.

De allí que el derecho a la buena administración pública se constituye como nuevo paradigma que más que en ningún otro momento de la historia de la humanidad,

³⁶⁷ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El derecho a la buena administración entre ciudadanos y administración pública”, en *Aportes para un Estado eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (Lima: Palestra Editores, 2012), 117–43, 117.

³⁶⁸ Rivero Ortega y Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*, 21.

³⁶⁹ Sheyla Cuenca Flores, “Buena Administración y procedimiento administrativo en el Ecuador”, *Ruptura—Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, n° 2 (2020): 283–301. Sostiene la autora: “La buena administración, es entonces, el resultado palpable de un largo proceso de evolución de distintas instituciones, dentro de las que se incluye el Estado. Cuyos fines en la actualidad se orientan a la consecución efectiva del interés público y protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. La evolución debe articular su regulación e instituciones a la satisfacción de necesidades del individuo y contribuir a su desarrollo integral en observancia de los derechos del ciudadano como fin último”, 288.

debe enlazarse con construcciones conceptuales futuras de servicio público. Nótese lo señalado por Rodríguez-Arana:

El interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es asumido completamente por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrador y gestor teniendo presente la multiforme y variada conformación social.³⁷⁰

Moreno Velásquez, a partir de criterios expuestos por los autores Alviar, López Medina y Severo, plantea que “el campo de aplicación del derecho administrativo es sensiblemente dependiente de las distintas ideas de desarrollo económico que se consolidan como protagonistas en determinado momento”.³⁷¹

Desde esta óptica, el derecho a la buena administración pública debe necesariamente enlazarse formal y materialmente con los procesos globalizantes en la medida en que los intereses generales de los conglomerados humanos, con el transcurso de los tiempos, se van amplificando.

Frente a aquello, los procesos jurídicos y económicos de la globalización, agrade o no,³⁷² inevitablemente proveerán de medios y recursos para satisfacer aquellas necesidades.

³⁷⁰ Rodríguez-Arana Muñoz, “El derecho a la buena administración entre ciudadanos y administración pública”, 118.

³⁷¹ Carolina Moreno Velásquez, “Derecho Administrativo y neoliberalismo: narrativa de una relación”, en *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo* (Bogotá D.C.: Universidad de los Andes y Editorial Temis S.A., 2016), 101–18, 105.

³⁷² Véase Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 2 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012). Este autor sostiene respecto de la globalización del derecho lo siguiente: “En los últimos veinte años, la globalización hegemónica neoliberal y la desaparición del bloque socialista han interrumpido de diversas formas tanto las historias jurídico-políticas occidentales como las no occidentales, creando de esta manera un vacío institucional que está llenándose globalmente por parte de una versión específica de la política occidental –el conservadurismo–. [...] El derecho que prevalece en este modelo no es el derecho reformador ni en su versión demoliberal ni en la demosocialista. El derecho conservador neoliberal simplemente establece el marco dentro del cual una sociedad civil basada en el mercado funciona y florece, mientras que el poder judicial garantiza que el Estado de derecho está ampliamente aceptado y se aplica efectivamente. Al fin y al cabo, las necesidades jurídicas y judiciales de un modelo de desarrollo basado en el mercado son bastante sencillas: los costes de transacción se tienen que rebajar, los derechos de propiedad deben definirse y protegerse claramente, las obligaciones contractuales tienen que ejecutarse y tiene que disponerse de un marco jurídico minimalista. En suma, la globalización hegemónica neoliberal alcanzó un paradigma jurídico y político de ámbito global. Inspirado por una visión muy selectiva de la tradición occidental, se está imponiendo por todo el sistema mundial. Esto significa que la cuestión de la relación entre el derecho y la emancipación social, aunque haya sido históricamente occidental, puede que ahora se convierta en una cuestión global, una que encajaría en la agenda científica y política de países occidentales y no occidentales y de países centrales, semiperiféricos y periféricos”, 72

Así, aquellos reconocimientos nacionales que los estados modestamente realizan en sus constituciones deben necesariamente dar el salto cualitativo y cuantitativo para adoptar las medidas necesarias que permitan tales transiciones y transformaciones.

Es menester aclarar que en esta propuesta investigativa no se pretende desplazar a las administraciones públicas nacionales a espacios de subordinación, ni mucho menos de resignación frente a estructuras supranacionales o comunitarias en el marco de la prestación globalizante de determinados servicios públicos.

La necesidad teórica de relieves estos elementos en el debate radica en mover el tablero y provocar las alertas necesarias que den cuenta cómo las administraciones públicas nacionalistas, en lugar de cerrar las fronteras jurídicas mediante la puesta en marcha de ideologías soberanistas frecuentes en cierto tipo de constituciones de cohorte estatista.

Deben, mas bien, promover la institucionalidad jurídica y económica debidamente contextual para los procesos mundiales inherentes a ciertos servicios públicos.

Con ello, permeabilizar tales instituciones y proveer a sus ciudadanos de la atención de sus necesidades de interés general. Esto implica, entre otras formas, que el derecho administrativo de los estados esté en capacidad de ajustarse a los retos que exige cada vez más el nuevo orden mundial.

Así, en la conciencia de esta fenomenología jurídica, económica y social, Rivero y Granda explican:

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI se multiplicaron exponencialmente los intercambios comerciales y culturales entre países muy distantes geográficamente. Aunque las relaciones económicas existían desde antes, la transformación de nuestros conceptos de tiempo y espacio por causa de las tecnologías facilitó su crecimiento en términos nunca antes vistos. [...] Tales circunstancias imponen respuestas acordadas y coordinadas a nivel global. Las organizaciones internacionales adquieren mayor protagonismo en este contexto, pues los gobiernos nacionales carecen de la capacidad necesaria para adoptar medidas eficaces aisladamente. Los mayores desafíos de la humanidad dejan inermes al Estado nación tradicional, al trascender sus fronteras. [...] De ahí que los gobiernos dispongan de un margen efectivamente cada vez menor a la hora de decidir. Esto es claro en las políticas económicas en Europa y el mundo, pero también sobre el diseño de las instituciones administrativas más básicas, desde el procedimiento a los controles anticorrupción. Encontramos cada vez más normas supranacionales y globales condicionadoras las leyes estatales. [...] si la globalización, los pactos regionales, los acuerdos ampliados de libre comercio y el sistema internacional no han podido evitar las reiteradas crisis y sus nefastas consecuencias sobre la gran mayoría de la población mundial, y en especial, en los países proveedores de materias primas, ¿no será necesario hacer más eficaces y equitativos los instrumentos jurídicos, los medios e instituciones de control y las regulaciones a nivel mundial,

regional y nacional? [...] ¿Qué nuevo papel juegan el Estado nacional y el Derecho Administrativo en la situación actual de mundialización de la economía y de reorganización de las fuerzas económicas y políticas a nivel global?³⁷³

Corresponde por tanto al derecho de los estados fomentar instituciones y regulaciones eficientes y modernas tendientes a proteger a sus ciudadanos consumidores de servicios públicos. Aquí también quedará en evidencia una amplificación razonable del derecho a la buena administración pública que, como se explicó, ha de abandonar paulatinamente la visión del derecho administrativo nacionalista como fuente primigenia de soberanía.

En otras palabras, los nacionalismos jurídicos que frecuentemente imprimen en sus países corrientes del tipo nacionalismos democráticos y neoconstitucionalistas³⁷⁴ como respuestas a la globalización, a pesar de venderse a sus conciudadanos como productos *novedosos*³⁷⁵ de las teorías jurídicas modernas, no abonan suficientemente a la propuesta teórica que aquí se presenta.

³⁷³ Rivero Ortega y Granda Aguilar, *Derecho Administrativo*, 25 – 27.

³⁷⁴ Viciano y Martínez distinguen los términos ‘neo constitucionalismo’ de ‘nuevos constitucionalismos’ y para tal efecto explican que: “el neoconstitucionalismo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales. Se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo. Por su parte, el *nuevo constitucionalismo* asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es únicamente la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en un primer orden, la legitimidad democrática de la Constitución. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, sea que pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales. Desde este punto de vista, el *nuevo constitucionalismo* recupera el origen radial – democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución”. En Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y Constitución, Crítica y Derecho* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 157–86, 162 y 163.

³⁷⁵ Véase Aguilar Andrade, *El mito del nuevo paradigma constitucional*. El autor, respecto de estas supuestas novedades teóricas sostiene: “Que se pretenda encontrar una nueva teoría donde lo único que hay es un conjunto de ideas que se dicen novedosas, es a mi parecer errado, pero al menos permite el intercambio de ideas. Lo que sí resulta atrevido e inaceptable es la pretensión de inaugurar el mundo, pretensión que solo se explica por un laminable desconocimiento de la historia. Afirmar que solo en los últimos años se crea doctrina jurídica en el Ecuador, que los ‘juristas ecuatorianos por fin están creando doctrina’ o decir que estamos ‘superando aquella época en la que solo se escribía sobre el derecho privado’ no es solo una exageración, sino una falsedad de proporciones. Sin duda, el Ecuador no se ha caracterizado por una extensa producción doctrinaria en el ámbito del derecho, al menos si hacemos comparaciones con otros países, pero de ahí a sostener que hemos vivido en el desierto de las ideas jurídicas, hay una distancia abismal”, 90.

Dentro de estas tensiones teóricas, Alli Aranguren explica que una de las características de la actual fase de la modernidad “es la pérdida de significado del estado-nación como referencia del poder político, económico y social, y de todas las relaciones que se producen con los mismos, incluido el concepto de nación y el papel del nacionalismo ideológico como concepto arcaico”.³⁷⁶

Evans, por su parte, reflexiona inclusive sobre un posible *eclipse* del Estado y sobre el futuro de la estatalidad en la época de la globalización,³⁷⁷ cuando las doctrinas nacionalistas y particularmente ciertos sectores políticos intentan rehuir –directa o indirectamente– de estas cuestiones al dirigir su atención en fortalecer los estados hacia adentro y no en el contexto global y mundial.

Nótese por ejemplo cómo al tomar un texto de autoría de uno de los más notorios impulsores teóricos de la corriente neoconstitucionalista como es Guastini, se advierte cómo este autor plantea a la Constitución como un conjunto de normas fundamentales y explica que las normas de tal índole se deben referir a las siguientes cuestiones:

Tabla 5
Normas de índole constitucional según Riccardo Guastini

1	Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes.
2	Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad).
3	Las normas que regulan la “legislación” (entendida, en sentido

³⁷⁶ Alli Aranguren, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, 833. Continúa el autor: “Ya no constituye la única representación de la sociedad y el poder al haber sido superado por ámbitos superiores cosmopolitas y globales, que han generado espacios organizativos y normativos que le condicionan y limitan su poder. La mundialización es un fenómeno multidimensional de procesos complejos e interdependientes con un dinamismo propio. Se manifiesta en unas actividades hasta ahora desconocidas por su importancia universal como la liberalización del comercio, los flujos financieros, las empresas multinacionales universales, los avances tecnológicos aplicados en la información y las telecomunicaciones, los movimientos poblacionales, la integración del as economías nacionales en el nivel mundial y las instituciones financieras internacionales. Todo ello contribuye a crear un orden internacional que condiciona las acciones estatales al reformar las acciones de gobierno y el derecho público estatal”.

³⁷⁷ Peter Evans, “¿Eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época”, en *Globalización y Derecho* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 39–71. Explica el autor: “Disminuido, defectuoso y vacío fueron los típicos adjetivos con los que se calificó al estado contemporáneo en un número especial de la revista *Daedalus*. La globalización no es la única razón para percibir que ‘la autoridad estatal se ha escurrido arriba, abajo y a los lados’ y en algunos asuntos ‘se ha evaporado’, pero sí es un motivo principal. Los efectos de la globalización fluyen a través de dos canales interconectados pero distintos. El creciente peso y el carácter cambiante de las relaciones económicas transnacionales sobre el curso de las últimas tres décadas han creado un nuevo y más limitado contexto para la acción estatal. El efecto político de estos cambios estructurales ha sido canalizado por la creciente hegemonía global de la ideología anglo-americana”, 42 y 43.

	material, como la función de crear el derecho), o sea las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos, que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes, etcétera.
4	Las normas – frecuentemente, si son escritas, formuladas como declaratorias solemnes – que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento.

Fuente: Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*.³⁷⁸
Elaboración propia

No se observa en la visión de Guastini, en modo expreso o tácito, referencia alguna a las nuevas acepciones globalizantes de la administración pública, aun cuando debe reconocerse que estos constitucionalismos modernos provocan la necesidad de enfatizar nuevos derechos en una posición primaria dentro de los ordenamientos jurídicos.

Desafortunadamente, los efectos materiales respecto a los servicios públicos de estas corrientes, por más magnificentes que quieran venderse a las masas populares, no pueden simplificar la cuestión teórica sobre el futuro del derecho de dichos servicios en el mundo globalizado.

Se puede partir de premisas de supremacía constitucional y de ordenamientos jurídicos que se adecuen con mayor fuerza a los principios constitucionales contenidos en aquellas, más eso no libera la tensión sino más bien la refuerza.

Si las necesidades de las poblaciones mundiales son permanentes y los recursos son –y serán– cada vez más limitados en el futuro, entonces parecería que los debates sobre las supremacías constitucionales en los estados del futuro serán poco menos que cuestiones agotadas.

Quedarán probablemente como referencia historia teórica frente a los problemas reales del futuro en el mundo globalizado, en donde de por medio está la supervivencia de la especie humana.

En otras palabras, de qué sirve contar con constituciones altamente garantistas dentro de los territorios nacionales, con amplios catálogos positivizados de derechos y múltiples garantías, cuando la comunidad global debe afrontar problemas mundiales de todo tipo como el calentamiento global o las crisis financieras. Sousa Santos, denomina este fenómeno como *fascismo financiero*.³⁷⁹

³⁷⁸ Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001), 32.

³⁷⁹ Sobre esta categoría, el autor señala: “Es el tipo de fascismo que controla los mercados financieros y su economía de casino. Es la más pluralista en el sentido que los flujos de capital son el

Por eso, en la búsqueda de un equilibrio entre las relaciones políticas, económicas y jurídicas del mundo moderno, el derecho de las personas a la buena administración pública, además de ser una garantía en los estados nacionales, también se debe ejercer en el marco de los procesos y tendencias globalizantes de los servicios públicos.

De esta manera, los consumidores se encontrarán protegidos jurídicamente respecto a crisis económicas como aquellas que se experimentaron particularmente en el año 2008.

Así lo señala Cocciolo, por ejemplo, respecto de la Cumbre del G20 celebrada en Washington el 5 de noviembre de 2008, esto es, poco tiempo después de la caída de varias entidades financieras a nivel global, lo que demandó la necesidad de reformas a escala mundial. Pero, “no solo de las reglas de funcionamiento de mercados financieros mundiales, sino también de la *governance* de los mismos, ya que el alcance de la crisis había llevado a poner en tela de juicio el propio modelo que rige las relaciones entre las instituciones privadas y públicas en el marco del capitalismo financiero global”.³⁸⁰

Las tensiones teóricas entre soberanía estatal y supranacionalidad requieren de aunar esfuerzos de todo tipo para ser liberadas, especialmente en el marco de los servicios públicos dadas sus características de interés general y también como formas de construcción conceptual futura de aquellos en el mediano plazo.

Ya no resulta posible que las normas e instituciones jurídicas administrativas nacionales constituyan los principales referentes de protección para consumidores, así como de regulación y control para las entidades que proveen de dichas actividades en el

resultado de las decisiones de inversores individuales o institucionales esparcidos por todo el mundo y que no tenían nada en común excepto el deseo de maximizar sus activos. Precisamente porque es la más pluralista, es también la clase de fascismo más cruel, puesto que en su espacio-tiempo es el más adverso a cualquier clase de intervención democrática y deliberación. En este aspecto, es muy significativa la contestación del inversor financiero cuando se le preguntó qué consideraba por largo plazo: ‘para mí, un largo plazo son los próximos diez minutos’. Este espacio-tiempo virtualmente instantáneo y global junto al a lógica especulativa del lucro que lo sustenta, confiere un enorme poder discrecional al capital financiero, suficientemente fuerte como para debilitar, en cuestión de segundos, la economía real o la estabilidad política de cualquier país. El ejercicio del poder financiero es totalmente discrecional y las consecuencias para aquellos a los que les afecta –algunas veces naciones enteras– pueden resultar aplastantes. La crueldad del fascismo financiero consiste en que se ha convertido en el modelo y el criterio operacional de las instituciones de regulación global”, en Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, 87.

³⁸⁰ Endrius Cocciolo, “Crisis económica, capitalismo regulador y cooperación administrativa internacional”, en *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo. Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012*, Colección de Derecho Administrativo (Madrid: Reus S.A., 2013), 347.

contexto de tales economías globales del siglo XXI que ralentizan las soberanías nacionales.

Véase cómo para Jacques Chevallier, según Díaz Perilla, la mundialización tiene efectos disolventes en las soberanías estatales. Según la autora, quien desde ya propone el reconocimiento de un derecho a la *mundialización* como fenómeno que se da como respuesta a los excesos de la globalización, en tanto aquella:

Reduce el margen de libertad de los Estados en atención al reforzamiento de los lazos de interdependencia entre ellos, en segundo lugar [...] porque ésta favorece el aumento de nuevos actores que rompen con la idea tradicional del monopolio detentado por los estados sobre las relaciones internacionales y, finalmente, porque ella impulsa a la constitución de entidades más amplias que hacen flaquear el marco demasiado exiguo del Estado-nación. De la anterior afirmación se concluye que el Estado ya no está recubierto de ese poder supremo con el que contaba antes del desarrollo acelerado de la internacionalización y que se ha dado paso a un poder compartido, ¿con quién? Se diferencian diversas clases de nuevos actores: por un lado, expertos internacionales, consultores, consejeros, organizaciones no gubernamentales y auditores; por otro, las firmas internacionales, las instituciones financieras internacionales cuyas percepciones han venido consolidando un *derecho a la mundialización*.³⁸¹

Los estados garantes de los servicios públicos no pueden permitirse caer en anacronismos jurídicos y económicos. Hay que reconocer, como bien dice Alli Aranguren, que “El orden jurídico creado por el Estado-nación moderno, se desnacionaliza, potenciándose nuevos regímenes con un horizonte supranacional, que son causa y efecto de un incremento de las relaciones globales de todo orden”.³⁸²

Huelga reconocer que las constituciones y que los andamiajes jurídicos nacionales –y supranacionales– precautelen a sus ciudadanos frente a los despropósitos de ciertos sectores del capitalismo mundial. Con lógica preocupación, Evans señala sobre el futuro de la estatalidad:

Perspectivas políticas más recientes, como aquellas en economía, contienen tanto argumentos a favor del fortalecimiento de las capacidades estatales como favor del eclipse. Unos análisis de estas perspectivas producen resultados que son paralelos aquellos que se dibujan de los análisis de la propia globalización. Juntos, estos

³⁸¹ Díaz Perilla, “Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier”. Añade la autora, que el derecho a la mundialización surge como respuesta a los excesos de la globalización. En efecto, señala “Este derecho a la mundialización se construye como resultado de la necesidad de regulación para frenar los posibles excesos de la globalización frente a temas como la transparencia de las condiciones de competencia, la lucha contra la corrupción, la formalización y concreción de la ética de la mundialización. Dentro de ella resaltan como elementos fundamentales la adopción y respeto de las normas establecidas por la OIT en materia laboral, el concepto de desarrollo sostenible y el respeto al principio de precaución en materia ambiental, entre otros”, 418.

³⁸² Alli Aranguren, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, 835.

argumentos nos llevan a esperar que los Estados jueguen un papel persistente en el futuro de la economía política global, pero tal resultado puede difícilmente ser tomado como algo seguro. Solo porque un sistema de producción globalizado orientado informáticamente pudiere parecer depender aún más que las economías previas en el ejercicio competente de la autoridad pública, no significa que las bases institucionales de dicha autoridad sobrevivirán. Sólo porque la experiencia histórica de aquellos países más exitosos para adaptarse a la moderna economía globalizada se ha caracterizado por altos niveles de participación y compromiso estatal, ello no significa que su experiencia será reflejada en los arreglos institucionales que prevalecen globalmente. Y lo más obvio de todo, una positiva asociación entre una más sobresaliente sociedad civil e instituciones estatales más capaces no prevendrá la desaparición de ambas.³⁸³

Dentro de las propuestas de lo que las doctrinas modernas denominan *derecho administrativo global*, podría encontrarse una forma de liberación de las tensiones provocadas por los nacionalismos constitucionales y los efectos de la globalización en la industria de los servicios públicos.

Para empezar, el término ‘derecho administrativo global’, según explica López Escarcena fue utilizado en 2002 por primera vez durante un simposio de la “*Administrative Law Review*”.

No obstante fueron Kingsbury y Stewart, junto a Krisch, del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra quienes, según la doctrina revisada, definieron por primera vez el derecho administrativo global en Nueva York algunos años después”.³⁸⁴

Más adelante, esto es en el 2005, la propuesta de estos autores dio inicio estudios de este nuevo derecho, definiéndolo como aquel que incluye mecanismos, principios, prácticas y acuerdos sociales que los respaldan.

Dichos acuerdos “afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban”.³⁸⁵

Pero las tensiones generadas en este derecho administrativo global también podrían influir negativamente en las administraciones públicas nacionales. Rodríguez-Arana, por ejemplo, alerta sobre ciertos peligros que se:

[A]vizardan cuando nos acercamos al estudio de la administración global, del espacio jurídico-administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el derecho Administrativo global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y

³⁸³ Evans, “¿Eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época”, 65.

³⁸⁴ Sebastián López Escarcena, “Contextualizando el derecho administrativo global”, *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 259–305, 269.

³⁸⁵ Benedict Kingsbury, Nico Krisch, y Richard Stewart, “El surgimiento del derecho administrativo global”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes* 24 (2010): 4–46, 6.

estructurales pueden lesionar el derecho fundamental a la buena administración escapando del control o del sistema de *accountability* o rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía *in fieri*, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho.³⁸⁶

De allí se podría sugerir, por ejemplo a partir de la globalización jurídica, el interés general fijado por las administraciones nacionales entra –probablemente– en colisión con lo que se fije desde estos órganos supranacionales o internacionales.

O, más bien, podría tomarse la propuesta de Darnaculleta según la cual esta forma de derecho administrativo global es una extensión de aquella pero dirigida hacia la supranacionalidad.

Esto resultaría teóricamente, desde nuestro punto de vista, más cómodo y también más sensato sin perjuicio que se trate de un territorio por explorar en el que merece realizarse una revisión de sus ventajas y desventajas. En efecto, tal autora ofrece el contexto de la globalización para explicar la fenomenología de este novedoso derecho administrativo. Señala:

La entrada en el siglo XXI ha venido acompañada de una extensión del derecho administrativo más allá de la órbita subjetiva de la Administración Pública y del Estado. Esta extensión es predicable en sentido horizontal, del Estado hacia la sociedad, pero también en sentido vertical y ascendente, dando lugar a la aplicación de genuinos principios jurídico-administrativos, concebidos, alumbrados y madurados en el seno de los ordenamientos nacionales, a instancias de carácter supranacional. Como respuesta a este fenómeno, la doctrina administrativa española ha pasado de mostrar su interés por los efectos de la globalización en el Derecho Administrativo a hablar con toda naturalidad de una realidad denominada *Derecho Administrativo Global*. Con una contundencia acaso excesiva ha llegado a afirmarse que la existencia de un derecho administrativo global es, a día de hoy, una realidad indudable.³⁸⁷

Lo cierto es que las otrora infranqueables fronteras de producción jurídica normativa entran en crisis a la luz de estas consideraciones globalizantes. La permeabilización de las fronteras no está dada hoy en día entre Estados, sino más bien

³⁸⁶ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública”, en *Temas selectos de Derecho Administrativo: En homenaje a los cuarenta años del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal* (México: Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2011), 437–73, 439 y 440.

³⁸⁷ M. Mercè Darnaculleta Gardella, “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, n° 199 (abril de 2016): 11–50, 12 y 13.

como consecuencia de que los sectores privados transnacionales ejecutan actividades económicas más allá de las fronteras nacionales.

Es decir, se trata de actividades producidas desde el sector *sociedad* (sector privado transnacional) para ofrecerse y entregarse satisfactoriamente a consumidores específicos. Ejemplos sobre aquello, explica Darnaculleta, se encuentran en los mercados financieros, el medio ambiente, internet, la ciencia, la contratación pública, entre otros.³⁸⁸

En esta propuesta, los servicios de interés general supranacionales encajarían perfectamente bajo la égida de estados con nuevos rostros en donde sus tareas esenciales sean pensadas –ahora ya– fuera de las fronteras nacionales y en el contexto de organizaciones interestatales de cooperación internacional.

En tales tareas, desde nuestro enfoque, el derecho administrativo global servirá como instrumento para regular dichas *macroestructuras* jurídico–económicas. También como método de tutela de los derechos de los consumidores en el plano supranacional.

Para que esto se lleve a cabo de manera más adecuada, se tendrá que tomar en cuenta en estos escenarios de actividad ultraestatal, la regulación comunitaria que deberá acompañar a tales procesos. Así lo sostiene Díaz Perilla en el sentido de que son simplemente escenarios de regulación más allá de los estados.³⁸⁹

A esto hay que añadir que este derecho administrativo global tendría también naturaleza tuitiva entre pública y privada –algunos ejemplos pueden ser encontrados en la propuesta de Ballbé³⁹⁰ en tanto, *prima facie*, sus principios jurídicos intentan guardar fidelidad con los valores que ciertas constituciones a lo interno de los estados también promueven.

En efecto, Cocciolo sugiere esta explicación cuando dice que varios de los valores que “subyacen en el derecho administrativo global son inevitablemente de naturaleza constitucional y que su reconocimiento como tal, ofrece un marco más

³⁸⁸ *Ibíd.*, 33.

³⁸⁹ Díaz Perilla, “Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier”. Sostiene la autora: Globalmente, se considera que se puede hablar de regulación más allá del Estado en el instante en el cual un sector se somete al principio de la libre competencia; de este modo, cuando el Estado no cuenta con los medios para conservar dentro de su esfera el sector y se da cuenta de que la competencia se instalado en él, o que no puede extender sus plenos poderes sobre aquel, es el derecho de la regulación el que está llamado a suplir esas carencias”, 428.

³⁹⁰ Véase Manuel Ballbé, “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, n° 174 (2007): 215–76.

completo para la comprensión de las dimensiones normativas y empíricas de la *governance* global”.³⁹¹

Mas no debe confundirse la necesidad de encontrar cuestiones constitucionales comunes en este derecho administrativo que intenta ser global desde la construcción futura del concepto de los servicios públicos versus los neoconstitucionalismos estatistas que optan por cerrar las fronteras jurídicas para dotar de más poder a los estados.

Esta investigación se decanta por lo primero. Cuestiona lo segundo. De tal manera, apuesta por una construcción futura del concepto de los servicios públicos que sea abordada desde un derecho a la buena administración pública supranacional que ofrezca protección a los consumidores de servicios, en el marco de esta globalización y de la integración económica de los países.

En estos términos, la determinación del interés general a la que se aludía en la primera parte de este capítulo, nuevamente entra en crisis porque la globalización incide en los ordenamientos jurídicos nacionales. Como señala Alli Aranguren, la nueva gobernanza global:

También afecta al derecho internacional regulador de las relaciones entre los Estados, que pierden el papel predominante anterior en la producción de normas jurídicas en beneficio de otros actores, como los organismos internacionales, las instituciones financieras, las entidades privadas de ámbito internacional o los foros de gran influencia que precisan de la regulación e intervención estatales para su efectividad. Se habla de un derecho global o mundial, reductor de la soberanía del Estado-nación, que, en la Unión Europea se ha materializado en un ordenamiento común.³⁹²

Entonces, ¿cómo buscar un punto de equilibrio entre la creciente e imparable fuerza económica del capitalismo mundial y la gobernanza global frente a la soberanía de estados – nacionales con débiles democracias constitucionales que en ciertos casos se limitan a fijar el interés general a lo interno de sus fronteras?

³⁹¹ Cocciolo, “Crisis económica, capitalismo regulador y cooperación administrativa internacional”. Añade el autor: “De acuerdo con esta visión, no sería posible trazar una clara línea distintiva entre derecho administrativo global y constitucionalismo global. La dimensión constitucional del objeto de estudio resulta aún más evidente si volvemos a centrarnos en los problemas específicos que han derivado de la regulación financiera global. En este sentido, Caliri ha observado que «la crisis representa un gravoso caso de estudio sobre cuán profundamente las opciones de regulación financiera afectan a la distribución de los ingresos y llegan a subvertir el contrato social de enteras sociedades”, 349.

³⁹² Alli Aranguren, “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”, 835.

Ciertamente conviene distinguir la funcionalidad de la norma constitucional cuando establece a qué actividades se reconocen como servicios públicos frente a la norma constitucional como medio de consolidación del poder político.

Los paradigmas basados en la autoridad constitucional como fundamento del poder público, en el caso del futuro del derecho administrativo, serán poco menos que irrisorios. Los discursos soberanistas que frecuentemente se imprimen en constituciones populistas sobre la economía y el mercado constituirán únicamente y en el corto plazo, simples espacios de legitimación local de los poderes políticos y las élites.

Éstas no necesariamente promoverán la suficiente institucionalidad que genere, produzca y consolide formas jurídicas de contrapesos para hacer frente a los aspectos negativos de la globalización de los servicios públicos.

El fundamento del poder público y de la administración debe provenir de la protección de las necesidades de interés general –o global– dentro del marco de relaciones económicas libres de las personas, los estados y la comunidad mundial. Poco ayuda a liberar las tensiones teóricas insistir en dividir el interés público del interés privado para justificar el poder de las soberanías estatales frente a la globalización.

El derecho administrativo del futuro, aquel en el que se encuentra el derecho de los servicios públicos y su futura construcción conceptual, demanda de las constituciones tomar en cuenta otros elementos que deconstruyan los paradigmas autoritarios a los que ha acostumbrado la doctrina jurídica.

Que el servicio público es aquello, según parece, que la ley –o la Constitución– determina como tal (*publicatio*) y que el *estado nación* está –y siempre estará– allí para proveerlo cuando se necesite.

La globalización alerta de cuestiones que erosionan los fundamentos del derecho administrativo nacional y que mueven el tablero de lo que se espera en el futuro teórico respecto a los servicios públicos y la determinación del interés general como función privativa del *Estado nación*.³⁹³

³⁹³ Explica Marques Nieto que “Siempre que el Estado actúan en la persecución de un interés público acaba por consagrar intereses privados con él coincidentes. Otros intereses de particulares que se contraponen a aquella acción estatal. Cierto es que explicitar esta contingencia de la acción estatal debilita su legitimación y su función operacional: los intereses particulares perjudicados ciertamente resistirán más a la intervención estatal al saber que otros ajenos a ella se benefician más y que no todos sufren con ella igualmente. Sin embargo, al tener claro que el interés público no es autónomo a los intereses privados, que afecta desigualmente a los individuos, emerge la necesidad de (i) que la acción estatal pondere todos los intereses, beneficiados o perjudicados, antes de ser concretada y que (ii) dicha acción sea modulada y contenida, de tal suerte que no se considere una regla, pues la intervención estatal acarrea, por sí sola, una perturbación en el equilibrio de los intereses privados”. En Marques Nieto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, 1086.

Justamente, en la búsqueda de intereses comunes concernientes a los servicios públicos en los procesos globalizantes que coadyuven a proveerlos y garantizarlos desde los mejores enfoques del interés general, se analizará a continuación la experiencia del fenómeno de integración supranacional denominado Comunidad Andina (CAN).

2. El concepto de servicio público en el derecho supranacional comunitario y la globalización: el caso de la Comunidad Andina

En el año 2022, este investigador señaló que “En sus muy diversas aristas y posibilidades de tratamiento, la globalización aparece como un imperativo de adecuación en el siglo XXI, desde la política y la economía, más aún en los contextos de estados soberanistas o de fortalecimiento de lo supranacional”.³⁹⁴

Si se parte de la premisa según la cual la globalización aparece como un imperativo de adecuación, las teorías jurídicas constitucionales y administrativas deben enlazar su contenido con los elementos más importantes de dicho fenómeno, particularmente en lo atinente a los servicios públicos como por ejemplo sucedería con aquellos que se caracterizarían por su transfronterización.

Held explica cómo en el escenario globalizante, el poder nacional de los estados se ve sustraído y las soberanías entran en crisis. También ofrece un panorama sobre cómo han de pendular las teorías jurídicas al tenor de una de las interrogantes más frecuentes que hoy en día se plantean: ¿es posible regular la globalización?

En esta oferta analítica de tensión teórica, este autor señala:

Las implicaciones generales de estos fenómenos para la capacidad reguladora de los Estados es una cuestión muy debatida. Se sostiene a menudo que al intensificarse la globalización ha disminuido las competencias de los Estados. Según esta opinión, los procesos sociales y económicos operan predominantemente a nivel global y los Estados nacionales han pasado en buena medida a ser *entidades decisorias* (véase, por ejemplo, Ohmae, 1990; Gray, 1998). Por otra parte, hay quienes son muy críticos con esta postura, alegando que el Estado nacional, sobre todo en las economías avanzadas se encuentra tan robusto e integrado como siempre (véase, por ejemplo, Hirst y Thompson, 1996). ¿Cómo se ha modificado el estado ante la globalización? ¿Se ha producido una reconfiguración del poder político?³⁹⁵

³⁹⁴ Francisco Javier Albuja Varela, “Servicios Públicos y derecho administrativo supranacional: ¿Una conexión posible en los fenómenos de integración?”, en *Miradas constitucionales a medio siglo de la integración andina* (Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch y Universidad Andina Simón Bolívar, 2022), 141–55, 142.

³⁹⁵ David Held, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en *Globalización y Derecho* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 73–91, 75 y 76.

Como ha quedado explicado ampliamente, la teoría clásica del servicio público, la escuela de Burdeos se sustentaba en que el derecho administrativo era equivalente a la función administrativa nacional. Ahora, desde hace algunos años, los constitucionalismos modernos supondrían abrirse a procesos globalizantes, particularmente gracias a sus características de adaptabilidad y mutabilidad.

Sin embargo, la necesidad de adaptar correctivos jurídicos al contexto mundial parece no calar del todo en países como Ecuador, Perú y Bolivia, quienes como se explicará más adelante, más bien se decantan constitucionalmente por corrientes clásicas del fundamento del poder del estado y de un derecho administrativo formal nacionalista que dificulta el proceso integracionista de los servicios públicos comunitarios.

En otras palabras, la cuestión teórica a desarrollar necesita de justificaciones de cómo actividades de interés general calificadas como tales por los ordenamientos jurídicos nacionales entran en el juego del derecho comunitario en la globalización y desde el enfoque de una especie de *publicatio supranacional*.

La postura, entonces, ha de ser propensa dentro del proceso integracionista en el que precisamente los servicios públicos sean herramientas transversales de fortalecimiento para los propósitos que *prima facie* se pretende en dicho proceso.

Como muestra de aquello, Montaña reconoce que las constituciones no expresan posiciones claras respecto al fenómeno de integración.³⁹⁶

De hecho, autores como Storini³⁹⁷ y Viciano³⁹⁸ analizan las posibles deficiencias democráticas en los procesos de integración y las tensiones que producen con las soberanías constitucionales.

³⁹⁶ César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México: Editorial Porrúa, Red Internacional de Juristas para la Integración Americana y Universidad Andina Simón Bolívar, 2013). Explica el autor: “Constituye una realidad que las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina no siempre expresaron una posición clara y suficiente del Estado frente al fenómeno de la integración en general y, menos aún, del a integración de corte supranacional. Es más, en algunos casos solo se contaba con escasas y pobres referencias fundamentales acerca de las relaciones internacionales entre estados”, 165.

³⁹⁷ Claudia Storini, “Integración y constituciones nacionales”, en *Estado, Derecho y Economía*, Estudios Jurídicos 35 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 285–308. Señala la autora: “Todo ordenamiento comunitario –que no deja de configurarse como un ordenamiento supranacional de naturaleza, por lo menos al principio, internacional– como todo ordenamiento jurídico, resulta, para los sujetos destinatarios del mismo de obligado cumplimiento. Ello permite preguntarse cómo se inserta dicho derecho en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro, y la respuesta, debería encontrarse en las Constituciones de cada uno de ellos. Para establecer por dónde debía ir cualquier esfuerzo de identificación de la realidad comunitaria haciendo referencia a su necesaria superposición con el aspecto político-institucional y su interconexión con el sistema jurídico nacional”, 302.

³⁹⁸ Roberto Viciano Pastor, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 67 / 68 (2009):

Por criterios como los presentados, esta propuesta conceptual debe tomar elementos desarrollados desde, por ejemplo, el derecho comunitario europeo de los servicios públicos a fin de encontrar enlaces teóricos que permitan aligerar las tensiones y proponer la construcción de una teoría comunitaria local que libere las tensiones entre un estatismo *fronterizo* y un liberalismo *comunitario*.

Como primer punto, hay que decirlo así, se reconoce que los servicios públicos se ven afectados por la globalización y la supranacionalidad. Eso es un hecho cierto. También influyen en aquellos los aludidos constitucionalismos modernos y, transversalmente, las regulaciones administrativas nacionales que impactan directa e indirectamente en aquellos.

El gráfico lo explica de manera esquemática:



Figura 4. Influjo de la supranacionalidad, la globalización, los constitucionalismos modernos y el derecho administrativo nacional en la teoría de los servicios públicos.
Elaboración propia

Jurídicamente, uno de los problemas más complejos al cual se enfrenta esta postura, radica en que, sin perjuicio de los fines que se persigue desde lo comunitario, el sentido de lo *público* ha sido esbozado genéricamente por el derecho administrativo como aquello que se relaciona al interés general y que, por tanto, merece un régimen normativo especial nacional para ser tal.

91–99. Indica el autor: “Como es bien sabido, las integraciones supranacionales necesitan articularse, al menos en un primer momento, a través de instrumentos jurídicos propios del Derecho internacional público. Pero, dadas las características especiales que tienen esos mecanismos de integración supranacional, es necesario que se introduzcan determinadas garantías de carácter constitucional para evitar que, como ha ocurrido durante decenios en la construcción europea, se conviertan en un elemento de escape a las constricciones propias del Estado constitucional”, 91.

De allí que el enfoque nacionalista dirá que lo *público* concierne a la nación entera y por ende, deberá considerar el principio de territorialidad de la ley nacional y en su interrelacionamiento con el derecho administrativo. Esto a pesar de que autores como Parejo alertarán sobre un posible *cansancio*³⁹⁹ en la búsqueda del elemento definidor de lo público en tal derecho administrativo.

Ahora bien, en los contextos de supranacionalidad y globalización, lo *público* se deconstruye o al menos mínimamente se condiciona a factores propios del fenómeno jurídico, pero no debe por qué diluirse.

Coronel explica que “Lo público se ha redefinido tras las reformas del Estado y el predominio de los mecanismos de mercado en el marco del reciente proceso de globalización”.⁴⁰⁰

Dicho autor además plantea que los Estados, al participar en los procesos globalizantes se ven *obligados* a “aceptar determinadas exigencias internacionales de orden rentístico, que generalmente, se traducen en mayores esfuerzos, austeridad y sacrificio para los ciudadanos y en recortes a los presupuestos públicos”.⁴⁰¹

La visión de Coronel devuelve la tensión sobre cómo entender lo público dentro del imperativo mundial actual y complica el debate teórico de los servicios públicos en el contexto de la globalización, lo dicotomiza.

No explica, por ejemplo, cómo el poder soberano de los estados pudiere promover mecanismos de coordinación efectiva y diálogos entre los ordenamientos jurídicos para procurar alcanzar mejores resultados con mayor calidad y mejor alcance en la prestación de servicios desde gestión comunitaria o supranacional.

³⁹⁹ Parejo Alfonso, *El concepto del Derecho Administrativo*. Señala el autor: “El cansancio inducido por el prolongado esfuerzo doctrinal, que ha quedado sumariamente reflejado, dirigido al hallazgo y fijación de la nota característica y explicativa de lo administrativo en su totalidad, por la comprobación final de la inexistencia de una función administrativa capaz de explicar agotadoramente la actividad administrativa, así como de la imposibilidad de la construcción de la autonomía del Derecho Administrativo sobre la base de su identificación con un Derecho público exorbitante, ha conducido a los autores, bien a refugiarse en posturas sincréticas o mixtas, bien a ensaya nuevas explicaciones. Así puede, en efecto, describirse global y sintéticamente el panorama actual de la cuestión”, 253.

⁴⁰⁰ Jorge Enrique Coronel López, “Lo público en la globalización”, *Revista Semestre Económico* 11, n° 21 (junio de 2008): 65–73. Añade el autor: “Conviene hacer un rápido esbozo sobre su concreción y sus límites, con el propósito de desentrañar el actual escenario de deuda social, para poder entender así, de alguna manera, la desigualdad social y la concreción de las nuevas lógicas económicas, a la sombra de los nuevos modelos liberales”, 65.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, 69. Agrega Coronel: “Esta delegación de responsabilidades por parte del Estado ha sido el fruto de la crisis en la que ha entrado él mismo, sólo que ahora, en el marco de la globalización, e incitado por pretensiones ambiciosas por construir una sociedad mundial con gobiernos mundiales, los Estados se desprenden de ellas bajo argumentos netamente económicos y utilizando los preceptos integracionistas preconizados por los organismo internacionales, quienes afanosamente anhelan construir dicha sociedad mundial sin barreras comerciales, pero sí, con muros de contención a los flujos de personas”, 70.

El integracionismo es, a nuestro juicio, una de las formas más efectivas para frenar posibles –y reales– excesos de los procesos económicos globalizantes y fortalecer la prestación de servicios públicos.

De hecho, acudiendo a Pérez Salgado, este autor anuncia de entre otros dos adicionales elementos de la globalización, el “dinamismo en el intercambio de bienes y servicios”.⁴⁰² Además formula una interrogante cuya respuesta parece colisionar con el planteamiento de Coronel, pues Pérez Salgado, a inicios del nuevo milenio señalaba que “A esta altura, se nos plantea una pregunta básica: ¿Cuál es el papel del Estado-nación en un mundo global?”.⁴⁰³

Y, contrario a Coronel, aquel autor sostenía que si bien una postura extrema dirá que como efecto de la globalización los poderes del Estado han sido modificados por la internacionalización de la actividad económica, aquella más bien dice que las funciones del Estado que hubieren perdido importante en este proceso, deben recuperar su papel y evitando su eclipse en los términos indicados *ut supra* por Evans.

Luego, cierto sector de la doctrina ofrece un punto intermedio para aliviar tales tensiones y es coincidente con la necesidad de fortalecer los procesos integracionistas para hacer frente a los excesos de la globalización referidos previamente.

Por ejemplo, el previamente referido Bartolomé,⁴⁰⁴ a quien se suma Cárdenas Poveda, plantea que resulta necesario observar cómo los estados administran sus economías. A partir de aquello “estructurar una integración económica de carácter regional e interregional, cuya manifestación se concreta en acuerdos bilaterales o mul-

⁴⁰² Ignacio Pérez Salgado, “Globalización y Administración Pública”, *Revista Venezolana de Gerencia*, n° 12 (2000): 337–47. Los elementos adicionales que identifica el autor son: “b. la liberalización del mercado de capitales; y, c) la evolución de las redes de comunicación e información”, 338.

⁴⁰³ *Ibíd.* Pero, además, este autor está consciente sobre la responsabilidad de los Estados frente al imperativo mundial analizado, superando el abstencionismo nacionalista y presentando algunas premisas que den cuenta de dicha responsabilidad. Por ello, frente a la pregunta “¿Cuál debe ser el papel de los gobiernos en el siglo que se inicia?”, responde: “Lo primero que se debe considerar es que el gobierno debería establecer las bases de un Estado democrático y este Estado debe establecer las reglas del juego del mercado y al mismo tiempo actuar como árbitro del sistema. En general, uno de los primeros deberes de un gobierno tiene que ver con la formulación e instrumentación de la política pública. Podemos afirmar que este principio es aceptado por la mayoría de las ideologías. Pero el problema más importante, es cómo y quién debe formular la política pública, cómo establecer su dimensión y cómo implementarla. Existen algunas cosas básicas a las que los gobiernos deben dar prioridad, entre ellas como influenciar la distribución del ingreso. Si un gobierno desea tener una real influencia en el tema de distribución del ingreso, tendrá que establecer determinadas políticas tributarias y al mismo tiempo contar con un sistema eficiente de recaudación y control de impuestos”, 341.

⁴⁰⁴ Bartolomé Navarro, “El planteamiento de los servicios públicos como servicios de interés general”.

tilaterales que tienen como fin apalancar el crecimiento de las regiones, que en el caso de Latinoamérica y el Caribe se encuentra en vía de desarrollo”.⁴⁰⁵

En ese orden de ideas, la autora expresa que la integración regional de base económica es una “herramienta fundamental con que cuentan los países de este hemisferio para enfrentar los retos que impone la globalización, entendiéndose por ésta un *fenómeno económico complejo* con incidencia dominante en el intercambio de bienes y servicios, la inversión extranjera y la circulación del capital.”⁴⁰⁶

Laguna de Paz efectúa un interesante análisis respecto de la experiencia de los servicios públicos –o *servicios esenciales*– como se denominan en la Unión Europea, que pudiere ser considerado para la Comunidad Andina en el marco de la desconstrucción del concepto nacionalista de servicio público.

Este autor, observa que la cuestión de provocar servicios públicos comunitarios no es una intención nueva y que desde los años ochenta, este interés ya se venía consolidado. Así lo explica:

Desde los años ochenta, la Unión Europea (UE) ha desarrollado una política activa de incorporación de los servicios económicos de interés general (SIEG por sus siglas en francés) al mercado interior. Se trata de servicios que satisfacen necesidades esenciales de los ciudadanos (energía, transportes, sector postal, etcétera). Además, sus prestaciones son el soporte para la realización de la mayor parte de las actividades productivas (telecomunicaciones, servicios financieros, etcétera). De ahí que tengan una influencia directa en la competitividad, la localización de inversiones y el bienestar general. En realidad, la incorporación de los SIEG al mercado interior estaba ya prevista en el artículo 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), que como regla exigía su sujeción a las normas del Tratado (actual artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE).⁴⁰⁷

Así también, este autor aclara que la prestación de estos servicios esenciales, con el transcurso del tiempo, requirió ampliar el espectro desde la postura estatista de prestación con el propósito de considerar las variables propias del proceso globalizante, respecto de los cuales se hizo mención en esta investigación *ut supra*.

De allí, expondrá que “durante décadas, la mayor parte de estos servicios fueron prestados en régimen de derechos exclusivos, con frecuencia, encomendados a empresas

⁴⁰⁵ Margarita Cárdenas Poveda, “La globalización y el impacto de la integración económica en el derecho administrativo colombiano”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 33 (2014): 77–97, 87.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, 88.

⁴⁰⁷ José Carlos Laguna de Paz, “Los servicios de interés general en la Unión Europea”, *Revista Derecho PUCP*, n° 76 (2016): 19–50, 21.

públicas. Su incorporación al mercado interior requería, pues, un fuerte impulso político, favorecido por la globalización económica y el desarrollo tecnológico”.⁴⁰⁸

Pero aún más importante que aquello, se advierte el criterio vertido según el cual la *publicatio* nacional, en el contexto de los procesos comunitarios, no era la que necesariamente determinaría qué es un servicio público y para las finalidades de la comunidad no resultaba del todo funcional.

Más bien se ha sabido aclarar desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dicho órgano cuenta con una mayor –y mejor– condición jurídica para solventar tal cuestión. En otras palabras, la intervención de dicho Tribunal parece dar cuenta que en los procesos globalizantes en donde el derecho comunitario toma vigencia, el derecho administrativo nacional se verá permeabilizado y ascenderá, por así decirlo, a un derecho administrativo global.⁴⁰⁹

Eso sí, influido directamente por cuestiones económicas que rigen y afectan dichas actividades, tal como lo explica el previamente citado autor Cocciolo.⁴¹⁰

A la luz de estos planteamientos, Laguna de Paz distingue varios ejemplos tomados de dicho Tribunal y de acuerdo con criterios *económicos y no económicos* –o sociales– de los servicios esenciales.

Finalmente, el autor se orilla en aquella postura según la cual tal cualificación de dichos servicios corresponde convenientemente a manifestaciones jurisprudenciales. Así lo expone:

en general, los servicios económicos son costeados por los usuarios, lo que no excluye que el principio de solidaridad pueda jugar también, en una u otra medida, un rol — subsidio cruzado de unos grupos por otros (TJUE, 1997d; 2002; 2000c), o aportaciones públicas—. En cambio, los servicios no económicos, en general, requerirán ser financiados con fondos públicos, lo que no impide que también puedan estar sujetos a una contraprestación económica, a cargo de los usuarios. Desde estos presupuestos, la jurisprudencia europea ha ido calificando el carácter económico o social de los servicios de manera *casuística*, a la vista del régimen jurídico en cada caso aplicable.⁴¹¹

⁴⁰⁸ *Ibíd.*

⁴⁰⁹ Sobre el término, véase Albuja Varela, “Servicios Públicos y derecho administrativo supranacional: ¿Una conexión posible en los fenómenos de integración?”, 142 y 143.

⁴¹⁰ Cocciolo, “Crisis económica, capitalismo regulador y cooperación administrativa internacional”.

⁴¹¹ *Ibíd.*, 23 y 24. Añade el autor: “No obstante, una vez más, hay que advertir que no hay actividades que *per se* puedan calificarse como económicas y sociales, ya que todo depende de su régimen jurídico”.

La cualificación jurisprudencial comunitaria de los servicios públicos explicada por Laguna de Paz, no se encuentra expresamente reconocida, por ejemplo, por Rodríguez-Arana en su texto de Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo.

De hecho, para el año 2006, este autor criticaba cómo una visión economicista de la Unión Europea diluía conceptualmente a la *publicatio* dentro de la doctrina de los servicios públicos.

Señalaba que el derecho comunitario europeo asestó un golpe de gracia a la doctrina de la *publicatio* de la siguiente manera: “el principal golpe de gracia por mor [sic, seguramente por ‘a causa de’] de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado Único Europeo”.⁴¹²

Además que las expresiones “Privatización, desregulación, liberalización, *despublicatio* no son más que términos jurídicos (económicos o económico) que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios”.⁴¹³

Las críticas y las tensiones a la cualificación jurisprudencial han sido duramente presentadas por, entre otros, Fernández García.⁴¹⁴

Pero el propósito de aliviar tales tensiones ha sido, al menos intentado teóricamente por el propio Rodríguez-Arana, en la medida en que la categoría *servicios*

⁴¹² Rodríguez-Arana Muñoz, “Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo”, 37.

⁴¹³ *Ibid.*, 37 y 38. Continúa el autor: “Así, no ha considerado servicios económicos las siguientes actividades: enseñanza secundaria o superior financiada con fondos públicos; seguro obligatorio de enfermedad o de accidentes laborales y enfermedades profesionales. En cambio, en general, las instituciones comunitarias califican como servicios económicos —además de los tradicionales servicios públicos (*utilities*)—, las actividades reguladas de interés general [...] radiotelevisión (TJUE, 1991b); servicios postales (TJUE, 1993c; 2000a); seguros (TJUE, 1995a); seguro de reembolso complementario de los gastos de asistencia sanitaria (TJUE, 2011a, 47-52); prácticos de puerto (TJUE, 1998b); tratamiento de material de desecho (TJUE, 1998c); fondos sectoriales de pensiones (TJUE, 1999a); gestión de residuos de la construcción (TJUE, 2000b); ambulancias (TJUE, 2001d), agencias de viajes (TJUE, 1989), etcétera”.

⁴¹⁴ Fernández García, “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”. Señala la autora: “Haciendo un balance de todo lo expuesto y, muy especialmente, de la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 86.2 los posicionamientos de la jurisdicción comunitaria se han encontrado, como no podía ser menos, dada la importancia del tema, en el punto de mira de los debates que en materia de los tradicionales servicios públicos han avivado la construcción europea. Por un lado, y ante la ausencia de una determinación comunitaria de las misiones de interés económico general y dada la relevancia de los casos que en la materia han llegado al TJCE (se trata del mantenimiento de derechos especiales o exclusivos, una excepción a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado), se ha insistido por determinados sectores en el papel que ha de jugar el TJCE en relación al desmantelamiento de los tradicionales monopolios públicos, en la abolición de derechos especiales o exclusivos contrarios al Tratado y, en definitiva, en el establecimiento de las bases para la realización de un auténtico mercado interior, todo ello procediendo a una equitativa aplicación del principio de subsidiariedad. Frente a este posicionamiento hay que destacar las voces que han criticado duramente las sentencias en las que el Tribunal ha adoptado un claro posicionamiento objetivo o material rechazando la cualificación de servicio de interés económico general llevada a cabo a nivel nacional. Un buen número de autores han juzgado estos fallos contrarios al principio de subsidiariedad por suponer un estrecho control en relación a criterios objetivos de apreciación de los Estados sobre lo que puede ser de interés general”, 87-8.

esenciales, en reemplazo de *servicios públicos*, resulta una opción más ligera y menos restrictiva para los fines de la Unión. De hecho, el autor lo expresaba así:

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con “*publicatio*” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “*public utilities*” garantizadas por la regulación (sin más) de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios [sic], de orientación claramente anglosajona.⁴¹⁵

La disparidad jurídica de los regímenes nacionales referida por este autor es justamente el punto de tensión detectado entre la postura nacionalista de derecho administrativo de fronteras, ferviente defensor de la cualificación legal –o constitucional–, versus aquella de corte más liberal y favorable a un pragmatismo económico que no tiene por qué dejar de ser responsable.

En otras palabras, un panorama mixto que oriente una convivencia pacífica, en términos de Sosa Wagner, sería el camino más adecuado que tal doctrina administrativa reconocerá frente a estos escenarios de tensión y de prevalencia del mercado globalizante.

En su momento, dicho autor resaltaba la importancia del principio de neutralidad del Tratado europeo, así como también la vigencia y no desmantelamiento de ciertas empresas públicas que cumplían sus objetivos naturales de prestación de ciertos servicios públicos, particularmente los *no económicos*.

Justamente aquello en el marco de que el interés de la comunidad no se vea afectado y porque de no preservarse así, dirá Sosa Wagner, podría provocarse un daño mayor en la respectiva prestación. En sus términos:

De seguir por estos derroteros buena parte de tales servicios públicos europeos estarían hoy en peligro porque a los mismos no se les puede aplicar sin más matices la razón del mercado de la misma forma que a éste no se le puede pedir que emplee los criterios con que aquellos se prestan. Se trata de dos lógicas distintas que merecen no sólo respeto sino también la creación de cauces para su fecunda convivencia. Es por eso, por lo comprometido y arriesgado del camino por el que se avanzaba (¿o se retrocedía?), por lo que la posición del Tribunal se ha hecho en los últimos tiempos mucho más matizada.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, “Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo”, 38.

⁴¹⁶ Francisco Sosa Wagner, “Servicio Público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (2004): 125–49, 128.

Estas oscilaciones teóricas presentes en el derecho comunitario se trasladan inexorablemente al derecho administrativo a lo interno de los países. El derecho comunitario intenta, por así decirlo, elevar el nivel de la determinación jurídica y del régimen de regulación de los servicios al tratarlos, justamente como comunitarios y cada vez menos, como nacionales porque de esta manera, servirán formal y materialmente a los propósitos de la integración en el marco globalizante.

Dromi alerta tal necesidad como emergente. Las formas interestatales de relacionamiento deben producirse justamente porque el contexto de la globalización exige a los estados tomar las riendas necesarias para reducir la disparidad internacional, entre otros aspectos, de la gestión de los servicios públicos.

De este modo, al utilizar mecanismos jurídicos integracionistas, las posibilidades de ofrecer mejores servicios para las personas, en un sentido de mayor cobertura y calidad, será menos desafiante –términos económicos y tecnológicos– y menos costosos para los estados nacionales.

Aquello dentro del contexto de la hipermodernidad, como señala Dromi:

De este modo, los actores fortalecidos a través de la integración regional y comunitaria son los únicos capaces de enfrentar los desequilibrios globales a través de políticas macroeconómicas y estrategias conjuntas. Los nuevos desafíos de la integración consisten en superar los problemas que suponen los costes de poblaciones que envejecen, las crisis económicas y financieras, la escasez energética y los urgentes imperativos de la reducción de la pobreza, la miseria y la marginalidad. Solo así conseguiremos evitar, parafraseando a Ortega, una *globalidad vertebrada* que permita generar compromisos políticos integrados que reduzcan las brechas y las iniquidades que parece actualmente la comunidad global.⁴¹⁷

Recuérdese que en líneas anteriores se hizo mención al principio de subsidiariedad en los servicios públicos de la Unión Europea. Como explicaban autores

⁴¹⁷ Dromi, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, 132 y 133. Continúa el autor: “Por otra parte, la integración reclama la presencia de un proyecto productivo que logre generar estrategias de desarrollo en un marco de equidad en la distribución del ingreso, a la par que se deben aprovechar las *ventajas relativas* de los distintos países que componen los marcos regionales, alentar los recursos humanos y los nichos productivos de alta tecnología (informática, biotecnología, telecomunicaciones, genética). Asimismo, a integración es el camino que abre la competitividad en las economías de los países emergentes. En especial, si estas economías logran un crecimiento sostenido y homogéneo, como es el caso actual, a diferencia de lo sucedido en años recientes en que cuando algunas economías crecían otras caían en períodos de crisis y recesión. Esto es un particular desafío pendiente en América Latina, región en que la burocracia ineficiente y los desvíos en la gestión son los peligros permanentes que atentan contra la fortaleza propia de las economías ágiles y competitivas. La competitividad requiere de modo indispensable de una adecuada disciplina fiscal y de un control de la deuda pública, pero combinado con una firme apertura comercial, un régimen de inversiones extranjeras e instituciones públicas de calidad”, 133 y 134.

como González, Vignolo y Bartolomé, este principio funciona dentro de los estados, como un repartidor de competencias y también como un dinamizador de la gestión de las mismas.

El principio de subsidiaridad es, a nuestro juicio, compatible dentro del fenómeno globalizante y del derecho comunitario, eso sí, en una escala jurídica distinta en virtud de las vertientes normativas que subyacen a su propia existencia.

Tal principio procura alcanzar una fórmula de derecho comunitario administrativo o, como mejor sostendrá Santos,⁴¹⁸ un derecho administrativo comunitario andino –como un símil naciente de formas jurídicas propias de la Unión Europea–.

El objetivo sería encauzar la globalización, la supranacionalidad y el derecho administrativo global en el contexto material y conceptual de servicios públicos comunitarios.

Este autor reconoce que en el sistema comunitario andino existe “un conjunto de normas aplicables tanto a la organización como a la actividad de la administración pública comunitaria”.⁴¹⁹

Así, para comprender “el sistema de fuentes de ordenamiento jurídico comunitario andino, deben estudiarse separadamente las peculiaridades de la normatividad comunitaria (A) y las fuentes particulares consagradas por los textos en el ordenamiento andino (B)”.⁴²⁰

Bien sabido es que ni aún en el panorama más ambicioso de los servicios públicos, la función comunitaria tendría como propósito crear un *supra* Estado proveedor de tales servicios. La lógica más bien, a nuestro juicio, vendría *de abajo hacia arriba*, es decir, desde la necesidad que los estados integrantes de la CAN adecúen sus ordenamientos jurídicos, particularmente sus constituciones, a los fines de la integración y esto concretamente respecto de la regulación comunitaria de ciertos servicios públicos.

Para el caso de la Unión Europea, a pesar de connaturales dificultades identificadas en dicho proceso por Granda,⁴²¹ la citada autora Fernández García propone

⁴¹⁸ Jorge Santos Rodríguez, “El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 10 (2013): 21–44.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, 29.

⁴²⁰ *Ibíd.*

⁴²¹ Víctor Granda Aguilar, *Globalización y Derecho de las Finanzas Públicas en Ecuador (1990 - 2017)*, Estudios Jurídicos 46 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2021). Afirma del autor: “En la Unión Europea, reacia a definir formalmente su Constitución,

tres elementos objetivos o fácticos comunes que *grosso modo* serían aplicables a los servicios públicos y que, desde nuestro punto de vista, también podrían ser pensados para el caso de la Comunidad Andina. Estos elementos son:

- 1) El carácter esencial para los ciudadanos de las actividades que comprenden (que estamos ante actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los ciudadanos – pensemos a título ejemplificador en el suministro de energía a un hospital–
- ; 2) que su prestación requiere o se lleva a cabo a través de una infraestructura en red;
- 3) y, vinculado a ambas cosas–, la importancia de estas actividades a nivel económico, social y político – estratégico para las zonas sobre las que se instalan.⁴²²

La esencialidad identificada por Fernández García fue mencionada en líneas anteriores por Nallar cuando este autor analizaba la necesidad de cuestionar si todo servicio público constituía un servicio esencial. Pero en todo caso, más allá de esta tensión teórica, dicho elemento ofrece ductilidad al concepto.

las normas, regulaciones e instituciones comunes sobre derechos humanos, asuntos económicos y decisiones jurisdiccionales, se han convertido desde el Tratado de Lisboa, en disposiciones constitucionales de facto o en una virtual *Constitución económica* que obliga a todos los Estados y a los ciudadanos de la región. Por ello se va a ajustando, además, una nueva institucionalidad de la Unión para otorgar al Consejo Europeo, mediante procedimientos especiales, no solo atribuciones políticas sino de regulación vinculantes, sobre el control de los desequilibrios presupuestarios, los abultados déficits, los niveles excesivos de endeudamiento y de todos aquellos factores y políticas económicas que provocaron o precipitan reiteradas crisis, que no pudieron ser superadas por cada uno de los Estados en forma aislada. Cada vez más, la globalización económica y financiera y otros fenómenos, como la exigencia universal de la plena vigencia de los derechos humanos y el combate frontal a la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo, justifican instrumentos y normas que entrañan obligaciones y decisiones *erga omnes*, reconocidos y expedidos por los organismos internacionales y que son aplicados finalmente por todos los Estados. La nueva dimensión que tienen las normas y obligaciones internacionales sobre lo que se denominan bienes jurídicos globales demandan de los Estados nacionales acelerar el proceso de su inmediatización y de ampliación de su exigibilidad, mediante la emisión de decisiones de los organismos y de los tribunales internacionales y aun de actores internacionales privados que adoptan *reglas extra estatales* o *para estatales*, como ocurre con las normas de los mercados financieros, inversiones, ONG y otras que aprovechan ágil y eficientemente las innovaciones tecnológicas y la estructura de interconexión del internet”, 73 y 74.

⁴²² Fernández García, “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”. Esta autora alerta que lo complejo que resulta promover estas ideas sin el debido contexto jurídico supranacional y pone como ejemplo a las telecomunicaciones. Así continua: “Partiendo de estos presupuestos comunes y, por tanto, más allá de un análisis sectorial de cada servicio, se puede abstraer una compleja problemática jurídica común que se derivado esencialmente del proceso de construcción comunitario europeo, del proceso de liberalización económica mundial y de los revolucionarios cambios tecnológicos que también han afectado a la regulación de estos servicios (de ello ilustra muy bien el ámbito de las telecomunicaciones). Todos estos factures y procesos han puesto en cuestión tradicionales monopolios nacionales, han implicado importantes privatizaciones de empresas públicas y, en definitiva, la existencia de elaborar un régimen adaptado a las nuevas existencias socio-políticas y económicas, un régimen en el que, por un lado se garantice la libre iniciativa empresarial, la concurrencia de operadores en los mercados de estos servicios y, al mismo tiempo, en el que se garantice que la prestación o el suministro de estos servicios esté en todo momento asegurada al conjunto de los ciudadanos conforme, como analizaremos más adelante, a una serie de principios básicos y de una arraigada tradición [generalidad o universalidad, continuidad, igualdad y no discriminación, calidad, adaptación al progreso («mutabilité»), etc.], 70.

Los servicios públicos esenciales para la CAN convergen, aunque no expresamente bajo dicha terminología, en el artículo 3, letra *h* del Acuerdo de Cartagena,⁴²³ el cual señalaba: “Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: [...] h) Programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios”.⁴²⁴

Asimismo, y en modo expreso, el artículo 104 del referido instrumento supranacional determinó respecto a la integración física:

Los Países Miembros desarrollarán una acción conjunta para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los *servicios necesarios* [itálica fuera del texto original] para el avance del proceso de integración económica de la Subregión. Esta acción se ejercerá principalmente en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones, y comprenderá las medidas necesarias a fin de facilitar el tráfico fronterizo entre los Países Miembros. Para tal efecto, los Países Miembros propenderán al establecimiento de entidades o empresas de carácter multinacional, cuando ello sea posible y conveniente para facilitar la ejecución y administración de dichos proyectos.⁴²⁵

Nótese como desde 1969, el Acuerdo de Cartagena, instrumentó a la energía eléctrica –servicio público propio– y al transporte y las comunicaciones –estos en cambio impropios– como formas materiales de consolidación del proceso integracionista y concretamente en el segmento de servicios públicos comunitarios. La idea estuvo siempre allí presente.

Además, de acuerdo con la norma *in comento*, se propendía a finales de la década de los años sesenta la creación de entidades o empresas de carácter multinacional *cuando ello sea posible y conveniente* para facilitar la ejecución y administración de estos proyectos.

En una investigación desarrollada años más tarde por Cisneros, concretamente en la década del 2000, esta autora revisó ciertos avances en la región andina a partir de la relación entre los derechos sociales y el acceso a servicios públicos.

Esta investigación principalmente identifica ampliamente la normatividad positivizada que se ha desarrollado sobre el nexo causal entre los servicios públicos y ciertos derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y comunitarios.

⁴²³ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), de 1969.

⁴²⁴ *Ibíd.*, art. 3.

⁴²⁵ *Ibíd.*, art. 4.

Pero, de todo aquello, lo que a juicio de este investigador resulta más importante por parte de dicha autora, son algunos intentos políticos que representantes de los países miembros de la CAN intentaron para efectivizar una agenda que persiga como propósito la puesta en marcha de servicios públicos comunitarios.

Así, Cisneros menciona concretamente dos: la Declaración del X Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre la Nueva Estrategia de la Integración Subregional, suscrita en Bogotá el 11 de marzo del 2003⁴²⁶ y la Decisión 586 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, suscrita el 7 de mayo del 2004 en Guayaquil.⁴²⁷

Entre otras conclusiones generadas en dicha disertación, Cisneros reconoce consideraciones exclusivamente económicas que, a su juicio, limitaron los inicios de los procesos subregionales de integración.

Los avances, al menos normativos comunitarios, evolucionaron e incorporaron una “doble magnitud, que incorpora dimensiones asociadas a la realización de la dignidad humana y en las consideraciones normativas que incorporan aspectos asociados al desarrollo del derecho internacional de derechos humanos”.⁴²⁸

De hecho, en la primera década del nuevo milenio, el entonces secretario general de la Comunidad Andina, Allan Wagner Tizón, resaltaba la necesidad de implementar una nueva agenda que incluya cuatro ejes principales. Los ejes fueron “integración comercial, desarrollo y competitividad, nuevos temas que contemplen las ventajas comparativas y competitivas de los andinos y la inclusión de una agenda social, además

⁴²⁶ Yubi Cisneros Mussa, “Los derechos sociales y el acceso a los servicios públicos: avances en la región andina”, *Revista Aportes Andinos*, n° 10 (julio de 2004): 1–8, 6. Respecto de esta Declaración, la autora señalaba: “los cancilleres consideraron que el nuevo enfoque se debe orientar a partir de ejes temáticos, entre los cuales figuran en materia de desarrollo social, la promoción de una mayor participación social en el proceso de integración andino. En este sentido, decidieron crear nuevas áreas de trabajo para la participación social y promover instrumentos comunitarios que permitan la defensa de los consumidores y *usuarios de servicios públicos*. Asimismo, en materia de política exterior común, se propuso impulsar un plan de trabajo para la implementación de la Carta Andina para la Defensa y Protección de los Derechos Humanos”, 6.

⁴²⁷ *Ibíd.* En cambio respecto de esta Decisión 586, la autora indica que dicho instrumento reconocía “el compromiso de los países miembros de la Comunidad Andina ante la gran expectativa que la adopción de la Carta ha suscitado especialmente en la sociedad civil *que aguarda vigilante que sus postulados puedan ser puestos en práctica y no queden como una mera declaración de principios y propósitos de los Estados*”, 6. Énfasis añadido.

⁴²⁸ *Ibíd.*, 6.

de cooperación política, con el fin de otorgarle al proceso un carácter multidimensional, más allá del aspecto comercial”.⁴²⁹

No obstante, sostendrían Casas y Correa en el año 2007, que a pesar de que dicha agenda intentó reafirmarse en 2005 durante el XV Consejo Presidencial Andino llevado a cabo en Lima, se produjeron varios sucesos que empañaron tales propósitos.

Estos autores observan que:

Lamentablemente, el incumplimiento de los compromisos previos, el inicio de negociaciones bilaterales por parte de Ecuador, Perú y Colombia para concretar tratados de libre comercio con Estados Unidos, y la salida de Venezuela de la CAN en abril de 2006, empantanaron los avances realizados en esas últimas reuniones y plantearon un nuevo panorama de crisis.⁴³⁰

Añadían en su momento también:

Diversos sectores le han venido apostando a la desintegración del grupo. Sin embargo, seis meses después del retiro de Venezuela, se produce el reingreso de Chile —después de 37 años—, en calidad de Estado miembro asociado, aspecto que los gobiernos de manera prematura se han empeñado en calificar como una señal de fortalecimiento del bloque.⁴³¹

Pero, en modo aún más concreto y atendiendo a la cuestión de los servicios públicos, Casas y Correa ofrecen una justificación teórica de por qué, a pesar de tales intentos políticos, resultaba complejo plantear un panorama en el cual la regulación y gestión de éstos, sea concretice para los propósitos de la integración.

Los autores explican desde la teoría de los *bienes colectivos* que estos bienes se relacionan, en primer lugar, con el interés común. Si el interés común, dirán Casas y Correa, induce a la acción colectiva, entonces este tipo de interés se encuentra determinado por la búsqueda de bienes colectivos que devienen en necesarios porque fomentan cualquier acción organizada.

En tal sentido, esta tipología de bienes se asociará con bienes y servicios públicos que proveen los gobiernos.

Para el caso del fenómeno integracionista, estos autores señalaban que la conformación del Grupo Andino respondía a una necesidad e iniciativa de seis países – Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile– en torno a la prosecución de

⁴²⁹ Allan Wagner Tizón en Andrés Casas y María Elvira Correa, “¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?”, *Revista Papel Político* 12, n° 2 (2007): 591–632.

⁴³⁰ *Ibíd.*, 598.

⁴³¹ *Ibíd.*

beneficios colectivos provenientes de un “acuerdo de integración, que en un escenario mayor no hubiera sido posible obtener”.

Pero ¿cuáles son los bienes colectivos que inducen la acción voluntaria de la CAN?; es necesario, si hablamos de beneficios, identificar el tipo de bienes que persigue el citado grupo”.⁴³²

Como se indicó, existe una relación directa y proporcional entre los servicios públicos y aquellos bienes públicos que, al menos en el caso de aquellos catalogados como propios –agua potable, saneamiento, energía– son requeridos para su efectiva prestación.

De tal manera, los países volcarían sus esfuerzos jurídicos y económicos para procurar un esquema de prestación comunitaria más ambicioso y probablemente sostenible desde los enfoques técnicos, financieros y económicos.

Además, el caso concreto de la energía –identificado desde sus inicios por el Acuerdo de Cartagena de 1969– por sus características físicas, como es lógico, de la infraestructura necesaria que permitan su generación y transmisión a centros poblados ubicados en el espacio geográfico de la CAN.

Cuestión no menos diferente, podría suceder, con las distancias y especificidades económicas y de infraestructura respectivas con el agua potable y el alcantarillado y los estándares que garanticen la sostenibilidad del servicio,⁴³³ aunque estos servicios no

⁴³² *Ibíd.* Añaden los autores: “La CAN dentro de sus objetivos se plantea como meta obtener desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, crecimiento y generación de ocupación; disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países. Para esto, a través de decisiones, adopta mecanismos como: liberación de un programa de intercambio comercial a través del establecimiento de un arancel externo común y el proceso hacia un mercado común; liberación de comercio intrasubregional de servicios, entre muchos otros. Estos objetivos y los mecanismos diseñados o usados se convierten en los bienes colectivos establecidos o perseguidos por los cinco países en el espacio de acción colectiva del proceso andino de integración, los cuales a su vez adquieren el carácter de bienes públicos a nivel nacional, en la medida en que su provisión está encaminada a adquirir condiciones favorables para el desarrollo interno de cada uno de los países que componen el grupo”, 604.

⁴³³ Véase Diego Fernández, Silvia Saravia Matus y Mariana Gil, *Políticas regulatorias y tarifarias en el sector de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe*, primera, Recursos Naturales y Desarrollo 205 (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL, 2021). Los autores expresan sobre la sostenibilidad de los servicios de agua potable y alcantarillado: “Los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento son uno de los sectores de infraestructura más intensivos en capital. En este sentido, la costosa red de prestación del servicio constituye un monopolio natural y geográfico, con fuertes economías de escala y con presencia de importantes externalidades sanitarias y ambientales. Se requiere por tanto un régimen tarifario que incentive la gestión eficiente de los prestadores, de forma tal que al crear una relación directa entre ingresos y servicios prestados, promueva el autofinanciamiento, a la vez que induzca al uso eficiente del agua potable entre los usuarios, para asegurar: a) la sostenibilidad del servicio —incluyendo el rol de estabilizador frente a vaivenes macroeconómicos—; b) la eficiencia (en términos de generación de incentivos hacia la minimización de costos) en la prestación; c) la equidad con que se distribuyen sus

hubieren sido en su debido momento considerados expresamente como tales en el Acuerdo de Cartagena.

Todo aquello supondría la puesta en marcha de, por ejemplo, empresas públicas supranacionales o comunitarias –y Oliva expone algunos elementos interesantes sobre las empresas públicas en el contexto del derecho comunitario europeo–,⁴³⁴ así como su correspondiente responsabilidad al momento de gestionar servicios públicos transfronterizos.

Eso sí, se aclara que, a diferencia del caso de la energía, la cuestión teórica de los servicios de telecomunicaciones no parece ser pacífica, como sostendrá Abril Olivo.⁴³⁵

De hecho, autores como González López, frente a tensiones teóricas detectadas inclusive por Gaspar Ariño, alerta de este el desplazamiento en los ordenamientos

beneficios en la sociedad; y d) la independencia relativa de la gestión. A las señales socioeconómicas y políticas antes descritas, se suman las ambientales, las cuales deben inducir a la conservación de los ecosistemas relacionados con el agua, promoviendo una cultura del ahorro y el rechazo al despilfarro, contribuyendo a facilitar la adaptación al cambio climático y asegurando la sostenibilidad del recurso”, 20.

⁴³⁴ Francisco Olivia Blázquez, “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”, en *Estado, Derecho y Economía*, Estudios Jurídicos 35 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 121—157. Explica el autor: “El concepto de empresa públicas ha tenido un largo recorrido en el ámbito europeo, ya que al derecho comunitario le resulta esencial a efectos de poder aplicar lo establecido en el actual artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 86 TCU). Efectivamente, determina este precepto que ‘los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive’. Y en el párrafo segundo del mismo artículo se añade que ‘las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión’. Así pues, resulta claro que al derecho comunitario le interesa determinar correctamente qué se entiende por empresa pública a efectos de lograr la aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia previstas en los diferentes Tratados de la Unión Europea, lo que implica, en pocas palabras, garantizar el principio de igualdad de trato de estas empresas con relación a las privadas”, 145 y 146.

⁴³⁵ Ana Abril Olivo, “La interconexión como fundamento de la competencia en telecomunicaciones”, en *Derecho Internacional Económico: ALCA, procesos de integración, arbitraje comercial internacional, derecho de las nuevas tecnologías, telecomunicaciones y comercio electrónico*, Estudios Jurídicos 26 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2006), 263–75. Sostiene la autora: “El servicio público ha sido tradicionalmente concebido en conjunción con el sistema monopólico, cuando el Estado ha ejecutado sus acciones para satisfacer las necesidades sociales o de interés general. A partir de la liberalización del mercado, la explotación de los servicios fueron transferidos a la iniciativa y propiedad privada, sin embargo aquellos que se consideran básicos para la sociedad siguen manteniéndose bajo la calificación de *servicios públicos* [cursiva en el texto original], tal como sucede con las telecomunicaciones, para garantizar su permanencia y continuidad, así como la sujeción a la acción regulatoria a todos los lugares en los cuales no funciona el mercado o existen distorsiones. . Esta posibilidad de acceder a las diferentes formas de comunicación es vital para los ciudadanos del mundo que reclaman el derecho de incorporarse masivamente a la sociedad de la información”, 266 y 267.

jurídicos de la técnica clásica del servicio público y en donde se opta más bien por la liberalización del concepto,⁴³⁶ reemplazándolo por la cualificación de servicios de interés general.

Esta resulta en una tendencia que como quedó indicado *ut supra*, es común en el derecho comunitario de la Unión Europea, mismo que, según Sorace, no termina siendo incompatible con el interés general.⁴³⁷

Ahora bien, como se indicó previamente, la categoría de servicio público en la Comunidad Andina es poco homogénea y esto puede deberse a dos razones fundamentales. En primer lugar, la *publicatio* nacional no ha perdido fuerza. De hecho, más adelante se revisará mediante una tabulación comparada, cómo las constituciones de los países miembros de la CAN califican a los servicios públicos.

En segundo lugar, a nuestro juicio más desafiante aún, es el elemento económico de aquellos. El proceso de integración andina, como cualquier proceso de índole supranacional o comunitario, requiere de esfuerzos económicos, especialmente elevados. Este es el caso de la industria de los servicios públicos en donde cualquier

⁴³⁶ Édgar González, “Tendencias de la regulación en telecomunicaciones”, en *Derecho Internacional Económico: ALCA, procesos de integración, arbitraje comercial internacional, derecho de las nuevas tecnologías, telecomunicaciones y comercio electrónico*, Estudios Jurídicos 26 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2006), 285–306. Explica el autor sobre las telecomunicaciones como servicio público lo siguiente: “Al respecto, existe un enfrentamiento doctrinario respecto de quiénes declaran la muerte del servicio público, frente a quienes señalan que se mantiene el mismo contenido sustancial que definía las telecomunicaciones como servicio público. La discusión parece no ser tan concluyente y definitiva entre estos dos extremos, pues lo cierto es que el rótulo de servicio público que generalmente ha venido desapareciendo en varios ordenamientos jurídicos y que tiene elementos de juicio valederos, no elimina la finalidad social del servicio de telecomunicaciones. Bajo un régimen de competencia con intervención regulatoria para que el mercado funcione y corrija sus fallas, puede afirmarse que el concepto de servicio público, bajo la concepción general y difusa de servicio público del derecho administrativo, no tiene aplicación, o si se quiere desaparece de los ordenamientos jurídicos. Lo que no desaparece es la misión específica de interés público asignada a los servicios de telecomunicaciones, queriendo significar que ellas tienen como finalidad la consecución de ciertos objetivos de interés público. Por ello, en el mismo Libro Blanco de la Unión Europea se destacan las ‘obligaciones de servicio público’ y las conclusiones de la consulta pública sobre el Libro Verde, que reiteran su vigencia y aplicación. La tendencia general de eliminar la calificación de servicio público no debe suponer la renuncia por parte de los poderes públicos al a responsabilidad que les incumbe como garantes de la consecución de los objetivos de interés general de las telecomunicaciones, lo cual supone la definición de políticas nacionales, regionales o locales, relacionadas con estos servicios y de velar por su puesta en práctica. Lo anterior sin perjuicio de garantizar la transparencia en la prestación de los servicios de interés general, en lo que respecta a costos, financiación y organización de los mismos”, 295 y 296.

⁴³⁷ Doménico Sorace, *Estado y servicios públicos* (Lima: Palestra Editores, 2006). Señala el autor que el servicio nuevo “es considerado como una ordinaria actividad privada, mientras lo que interesa al derecho comunitario europeo es más bien que la empresa no opere en un régimen de monopolio, sino al contrario, que aunque públicas, respete ordinariamente las reglas de la competencia”, 62. Así también, el autor añade que “el *proprium* del régimen de los servicios de interés general está en una correcta combinación de intervenciones públicas dirigidas, por un lado a hacer respetar la competencia por el otro, a imponer el logro de otros intereses públicos tales como, por ejemplo, el abastecimiento de los servicios en cualquier localidad y a cualquier usuario, su buena calidad, un precio soportable, etc.”, 46.

objetivo de integración, demandará de inversiones desde el sector público y el privado. Así, cada proyecto comunitario e integracionista tendrá la posibilidad de ser sostenible temporal, económica y financieramente.

Parece suceder que la globalización no alivia las tensiones teóricas entre el estatismo y el liberalismo de la gestión de los servicios públicos en un marco supranacional o comunitario. Los servicios públicos, guste o disguste, son productos especiales, sensibles y tangibles de mercado porque se proveen a consumidores o usuarios específicos en un marco de generalidad y calidad, requiriendo en todo momento el músculo financiero necesario para ser sostenibles.

No por ello abandonan ni condicionan su especial naturaleza jurídica y económica a partir de los derechos que implican y que, por ende, merecen ser protegidos a través de mecanismos eficaces de regulación y control desde las administraciones públicas nacionales y por qué no decirlo, de una especie administración supranacional,⁴³⁸ reconocida por las administraciones públicas nacionales, que no implique la renuncia de la soberanía política de los estados.

Es, sin duda alguna, un dilema difícil que se presenta frente a la interrogante de cómo los servicios públicos pueden representar instrumentos de cohesión comunitaria. Esto en reemplazo de alentar intereses políticos nacionalistas frente a problemas verdaderos tales como detectar y promover estándares objetivos y racionales que alivianen las fricciones actuales entre globalización y la autonomía de los estados. Así lo plantea Palomares.⁴³⁹

⁴³⁸ Como se ha venido exponiendo a lo largo de esta investigación, en el caso europeo, como explica Marín Cortés, se habla “desde hace dos décadas, en términos novedosos, de la categoría ‘servicios de interés económico general’, a la cual pertenecen los servicios públicos del pasado, encomendados a la libre competencia económica, regulados por el Estado –aunque con excepciones– y gestionados por particulares”. Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, 18.

⁴³⁹ Gustavo Palomares Lerma, *Relaciones Internacionales en el siglo XXI* (Madrid: Tecnos, 2004). Este autor, al estudiar el pensamiento de Lawrence, Bressand e Iro propuesto en 1996, revisa la disparidad entre estructuras políticas basadas en el Estado nación –que a nuestro juicio sucede con los servicios públicos– y el creciente carácter global de las interacciones que vinculan a las economías nacionales. En este sentido, el autor reconoce la presencia del mercado en los procesos globalizantes y ubica escenarios descritos por dichos autores que podrían sintetizar las principales salidas para afrontar los problemas connaturales que este proceso implica. El autor lo explica de la siguiente manera: “El escenario más elemental [primer escenario] es el del «mundo sin fronteras», donde se combina la preeminencia del mercado y una postura de «negligencia benigna» por parte de las autoridades públicas (baja o nula coordinación internacional). Un supuesto básico de este escenario es la confianza en la capacidad de superación de las tensiones emergentes del carácter «global» de algunos mercados y transacciones y la base predominantemente nacional sobre la que se apoya y ejerce el poder político. Paradójicamente, esto presume la existencia de gobiernos con gran capacidad de arbitraje entre distintos intereses domésticos y lo suficientemente fuertes como para imponer una agenda de liberalización a sus representados. El escenario del «mundo sin fronteras» también supone una elevada confianza en la capacidad del mercado para promover dinámicas de convergencia y la homogeneización, por cuanto éstas

En todo caso, frente a una tradición históricamente sensible de Latinoamérica respecto de los procesos de reformas y modernización de los estados, así como la liberalización de servicios como producto de la globalización –con ciertas excepciones como Chile,⁴⁴⁰ incluido desde su modelo de ventajas y desventajas de privatización en el sistema de salud–,⁴⁴¹ se retoma la necesidad de hacer frente al problema de las tensiones teóricas.

serían las únicas garantías de que el proceso pueda avanzar sin enfrentar obstáculos políticos insalvables. [...]. El *segundo escenario* continúa la explicación, denominado de *fragmentación*, combina bajas intensidades de mercado y de coordinación pública internacional. Este escenario reproduce, por lo tanto, la hipótesis clásica del conflicto inter-estatal donde la diversidad se preserva a través del aislamiento. Este escenario no implica necesariamente un retroceso en la intensidad de la integración superficial ya alcanzada, sino la utilización de ciertos instrumentos – como los derechos antidumping, extendidos ahora al campo de las prácticas laborales o ambientales – para aislar y preservar segmentos de la economía nacional de la interacción con el resto del mundo. En este escenario, las oportunidades abiertas por la globalización se perderían a manos de la fragmentación, además de que se agravaría el conflicto político y, eventualmente, militar. El *tercer escenario*, llamado de *armonización imperial* por los autores, combina una baja intensidad de mercado con un grado considerable de supervisión colectiva. Este escenario supone la convergencia de prácticas e instituciones al interior de grupos de países entre los que existe una relación de hegemonía bien establecida o estructuras e interés básicos compartidos. Para la gran mayoría de los países, este escenario implica la convergencia hacia los patrones de alguna economía nacional relativamente más poderosa o «exitosa». Pero como la propia experiencia de la Unión Europea lo demuestra, ni aun entre países entre los que no existen grandes diferencias este proceso de convergencia tiene características lineales o está exento de conflictos y dificultades”, 32 y 33.

⁴⁴⁰ Véase Juan Eduardo Toledo Cartes, “Reforma y Modernización del Estado: la experiencia chilena” (XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara, 2007), 1–9.

⁴⁴¹ Nuria Hómedes y Antonio Ugalde, “Privatización de los servicios de salud: las experiencias de Chile y Costa Rica”, *Gaceta Sanitaria Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS)* 16, n° 1 (2000): 54–62. Señalan los autores: “Tradicionalmente, en la mayoría de los países de la región los servicios médicos se han proveído a través de seguros sociales con financiación tripartita (trabajador, empresario y gobierno) para el sector formal, y para el resto (sector informal, indigentes y población rural) gratuitamente a través de los ministerios de salud pública. Debido a la insuficiencia de fondos asignados a la atención médica, así como a la ineficiencia del sector civil en el manejo de los mismos, muchos de los ciudadanos, incluso los beneficiarios de los seguros sociales acababan comprando servicios y medicamentos en el sector privado. Se ha calculado que, ya antes de los actuales procesos de reforma y privatización, dada la pobreza de muchos, el 50% del gasto en salud se realizaba en el sector privado a través de automedicación y/o en consultas esporádicas generalmente de tipo ambulatorio. El modelo de privatización avanzado por el BM tiene un claro sello neoliberal: reducir el gasto y las funciones del sector público y promover la competencia. En el sector salud favorece los seguros privados y las organizaciones de mantenimiento de la salud al estilo de los EE.UU., donde cada día están más desprestigiadas por corruptas, ineficientes y de calidad deficiente. También fomenta la recuperación de costos a través de copagos, y la reducción del gasto público limitando la oferta pública a paquetes básicos gratuitos para la población indigente (canastas básicas) que suelen incluir un menú muy limitado de intervenciones. La implementación del modelo del BM ha encontrado obstáculos en muchos países de la región no solamente por las características señaladas del sector, sino también por factores políticos y sociales; por ejemplo, la oposición de empleados públicos, incluyendo trabajadores profesionales (médicos, enfermeras, etc.), de sindicatos y otros actores políticos; y la pobreza de un porcentaje elevado de la población. Desafortunadamente, en más de un país los gobiernos han empezado a introducir algún tipo de privatización cuyo potencial de éxito es dudoso y, en el proceso, han fragmentado los sistemas de salud. El experimento puede ser muy costoso para los países, y negativo para la equidad, calidad, eficiencia y satisfacción de los usuarios. El estudio comparativo de la privatización de los servicios de salud de Chile y Costa Rica ilustra este punto”, 57.

Los constitucionalismos modernos han adoptado formas de protección jurídica de las actividades económicas –y no económicas– de interés general a lo interno de las fronteras, principalmente mediante la técnica de la *publicatio*.

En este marco, el proceso de integración sufre los problemas connaturales que las administraciones públicas nacionales intentan, por su parte, preservar en nombre de la soberanía estatal y con ello la regulación y control de los servicios públicos. En el medio de dicha tensión, están los derechos de los usuarios y consumidores a contar con servicios de calidad y accesibles mediante tarifas equitativas y proporcionales.

Además, es cierto que, en determinados casos, las constituciones han elevado al rango constitucional la prestación de los servicios públicos. Esto va de la mano con el reconocimiento de derechos, igualmente constitucionales, que se satisfacen con la prestación respectiva. Algunos autores, como explica Storini, irán por la tesis de mirarlos como derechos sociales.

Así también, si se parte de la premisa según la cual los derechos humanos constituyen instrumento para promover el fortalecimiento del modelo andino de integración, a pesar de sus todavía necesarios y actuales desafíos como sostiene Carnero,⁴⁴² entonces no resulta teóricamente del todo improbable que los servicios públicos también ambicionen dicho propósito.

Conviene entonces identificar cómo los países de la CAN prevén actualmente su régimen constitucional de servicios públicos para, a partir de aquello, determinar si dichos cuerpos promueven o dificultan la posibilidad de esbozar servicios públicos de índole comunitario y si las tensiones teóricas se ven liberadas –o no– en los esquemas constitucionales.

⁴⁴² Ena Carnero Arroyo, “Los derechos humanos como garantía del fortalecimiento del modelo andino de integración”, en *El Derecho Económico en tiempo de crisis* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020), 529–47. Concluye la autora: “La integración económica andina solo ha logrado establecer la ZLC [zona de libre comercio] desde su funcionamiento en 1969. Su política de apertura (regionalismo abierto) solo ha logrado hasta la fecha que el comercio extracomunitario supere al intracomunitario, no así con el flujo de la IED [inversión extranjera directa], que está teniendo un desarrollo positivo. Asimismo, posee algunos elementos de supranacionalidad, ya que su derecho comunitario se rige por los principios de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía del derecho comunitario andino. [...] La asociación entre integración y desarrollo se mantiene hasta la fecha en razón a la persistencia de los niveles de pobreza, marginación, desigualdad social de los pueblos andinos y los problemas de acceso a la salud, educación y deterioro ambiental, lo que ha conducido a promover el reforzamiento de la integración social. Para el efecto se ha creado el Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social, encargado de definir los OANDES, habiendo consensuado la EACES. El vínculo entre democracia y derechos humanos se concreta con la participación de la sociedad civil a través del Consejo Consultivo Empresarial, el Consejo consultivo Laboral y los Consejos que forman las autoridades municipales y los pueblos indígenas”, 544 y 545.

Para tal efecto, en la tabulación propuesta a continuación, se determinará si los cuerpos constitucionales consideran a los servicios públicos como derecho o garantías,⁴⁴³ prestaciones públicas, deberes estatales distintos a los de naturaleza soberana⁴⁴⁴ o elementos –productos– de mercado en esquemas económicos de competencia regulada.⁴⁴⁵

A continuación, se verificará cómo se encuentra determinado el régimen jurídico, es decir, si el reenvío a los cuerpos legales es explícito o implícito, lo que incluye la determinación de la *publicatio*. Finalmente, se observarán las cláusulas sobre


⁴⁴³ Una defensa sobre su naturaleza de derecho y garantía de los servicios públicos se encuentra expresada por Marín. Este autor sostiene: “Concretamente, filosóficamente defendemos la idea de servicio público, como un derecho y una garantía para los ciudadanos, basado en los principios constitucionales que lo inspiran, como la solidaridad, la ayuda, la dignidad humana, la garantía de los derechos humanos, y también la contribución para su prestación, junto con las demás cargas tributarias que se deben asumir para garantizarlos a los más pobres. Así mismo, se defienden los principios particulares del servicio público, contruidos por la ley y la doctrina de todos los tiempos – igualdad, regularidad, continuidad, etc. – de manera que se resalte que no se trata de bienes cosméticos del mercado, sino de aquellos esenciales para la vida digna, en una sociedad desarrollada, y con mayor veras [sic] en una en vías de desarrollo [sic]”. En Marín Cortés, *Los servicios semipúblicos domiciliarios*, 20.


⁴⁴⁴ Rodríguez-Arana ofrece un recordatorio de aquellas actividades administrativas que siendo tarea fundamental del Estado se manifiestan desde el ejercicio de la soberanía. El autor señala: “¿En qué sectores de la vida social y económica deber *actuar* el Estado? La contestación a esta pregunta exige, quiérase o no, plantearse la naturaleza y la finalidad de la misma función del Estado en nuestro tiempo. Porque según la orientación que se dé a las funciones del Estado, así se entenderán cualitativa y cuantitativamente las acciones de los Poderes públicos. Por descontado que, en el Estado Social de Derecho, el Estado debe buscar la efectiva verificación y máxima realización de las libertades públicas para todos los componentes de la colectividad. Esta finalidad, a mi juicio, legítima, obliga al propio Estado. Y, para ello, el Derecho Público debería orientarse en esta línea. Así quedaría clara, igualmente, la operatividad de lo que se ha venido denominando Derecho Público Económico. Entiéndase bien, ese servicio del Estado a las libertades públicas de los ciudadanos no es absoluto. [...] No se puede olvidar que junto a este fin, existen una serie de actividades que correspondan al Estado como consecuencia de la misma concepción de la soberanía nacional. Así, Defensa Nacional, Justicia, Hacienda Pública, Orden Público, entre otras, son tareas irrenunciables para el propio Estado. Pero junto a estas actividades de ejercicio propio para el Estado, existen otras varias que tradicionalmente han estado en manos de organizaciones sociales: sanidad, educación, beneficencia, transportes, bancos”. Rodríguez-Arana Muñoz, *La privatización de la empresa pública*, 45.

⁴⁴⁵ A manera de hipótesis, Martínez de Vedia se pregunta: “¿Puede configurarse el máximo bienestar social con empresas de servicios públicos que no actúan en competencia?”, y responde: “La teoría económica determina que el máximo bienestar social se alcanza cuando las tarifas se determinan al valor de los costos marginales. El no actuar en competencia impide alcanzar dicha convergencia de tarifas y costos, y por consiguiente, el bienestar alcanza un valor que no es el superior. Entonces, otorgar a los privados la administración de los servicios públicos en monopolio, y que se cumplan adecuadas reglas de equilibrio económico, sanas conductas en la atención del interés público, y una justa intervención de todas las partes constituyen aspectos muy difíciles de lograr, pero básicos y fundamentales de esta nueva técnica de transferencia de dichos servicios. Cuando la entrada a la provisión de un servicio está limitada, y no existe el mercado como facilitador de alternativas, entonces el único producto debe estar sometido a un administrador o regulador, que reemplaza a la competencia, para atender a toda la comunidad. Se hace necesaria la actuación de un ‘ordenador’ o controlador de esas actividades que propenda a crear condiciones de *seudocompetencia*. En un correcto funcionamiento de la economía, con reglas claras de libre mercado y sana competencia, no habría mecanismo más justo que cuando las herramientas que crean la mejor rentabilidad de un negocio se conjugan en la obtención de objetivos que persiguen el interés público. Sin embargo, no siempre la competencia funciona satisfactoriamente, y es necesario elegir alternativas que involucren condiciones monopólicas”. Martínez de Vedia, *La organización en la regulación de servicios públicos*, 36-7.

integración supranacional con el propósito de evaluar si existe apertura constitucional para promover la integración desde los servicios públicos.

Tabla 6
**Comparativo de textos constitucionales de Colombia, Ecuador,
 Perú y Bolivia respecto al régimen de servicios públicos**

País	Define o no define a los servicios públicos como un derecho, garantía, prestación o elementos de mercado	Régimen jurídico de los servicios públicos	Promueve la integración supranacional de los servicios públicos
Colombia (1991) 	<p>“Artículo 365: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.</p>	<p>“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”.</p>	<p>“Artículo 289: Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo conminatorio, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente”.</p>
Ecuador (2008) 	<p>“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y</p>	<p>“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de</p>	<p>“Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y</p>

	<p>aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.</p>	<p>recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. [...] La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.</p>	<p>procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: [...] 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria”.</p>
<p>Perú (1993)</p> 	<p>“Art. 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.</p>	<p>“Art. 192.- Las municipalidades tienen competencia para: [...] 4. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”.</p> <p>Disposiciones finales y transitorias: [...] Octava: Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional. Tienen prioridad: [...] Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los</p>	<p>“Art. 44: Son deberes primordiales del Estado: [...] Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.</p>

		monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos”.	
<p>Bolivia (2009)</p> 	<p>“Art. 20.- I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social. III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”.</p>	<p>“Disposiciones transitorias [...] Octava: I. En el plazo de un año desde la elección del Órgano Ejecutivo y del Órgano Legislativo, las concesiones sobre recursos naturales, electricidad, telecomunicaciones y servicios básicos deberán adecuarse al nuevo ordenamiento jurídico. La migración de las concesiones a un nuevo régimen jurídico en ningún caso supondrá desconocimiento de derechos adquiridos”.</p>	<p>“Artículo 265. I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana”.</p>

Fuentes: Constitución Política de Colombia;⁴⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador;⁴⁴⁷ Constitución Política del Perú;⁴⁴⁸ Constitución Política del Estado de Bolivia.⁴⁴⁹

Elaboración propia

⁴⁴⁶ Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional 114, 4 de julio de 1991, arts. 289, 365 y 367.

⁴⁴⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 314, 315 y 423.

⁴⁴⁸ Perú, *Constitución Política del Perú*, Diario Oficial, 30 de diciembre de 1993, arts. 44, 58 y 192.

⁴⁴⁹ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009, arts. 20, 265 y disposición transitoria octava.

De la revisión de los textos constitucionales, en primer lugar, se observa que en ningún caso, los servicios públicos se encuentran explícitamente reconocidos como derechos, no son equivalentes desde un enfoque semántico.

Sin embargo, ha de aclararse que la *prestación* de aquellos sí constituye en tales textos un derecho autónomo que intrínsecamente se verá relacionado con su correlativo derecho constitucional. Tal diferenciación es relevante en la medida en que parecería que los aludidos textos constitucionales optan –intencionalmente– por no referirse en modo expreso a los servicios públicos como derechos, garantías o productos de mercado.

Este hallazgo ofrece ductilidad –cuestión plenamente conveniente– al Estado para proveerlos en un régimen de regulación, control y libre competencia. Obsérvese que inclusive para el caso boliviano, la norma suprema autoriza que los casos de electricidad, gas y telecomunicaciones, la Constitución autoriza prestarlos bajo regímenes contractuales.

Lo que llama la atención es que en un texto constitucional tendiente al estatismo, la electricidad, como servicio público propio como lo es, pueda ser provista con autorización de la Constitución mediante formas contractuales.

Lo mismo sucede con el caso ecuatoriano, aunque de modo más restrictivo, pues como se analizó en una previamente citada investigación anterior,⁴⁵⁰ el sistema constitucional ecuatoriano es, al menos en el caso de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, propenso al estatismo.

Esto es así debido a una *publicatio constitucional* que determina –allí sí expresamente– que la prestación de los servicios públicos por parte del sector privado, resulta *excepcional*.⁴⁵¹

Para el caso de Colombia, conviene resaltar la expresión “finalidad social” de los servicios públicos en el texto constitucional. Como se desarrolló en el capítulo anterior, la influencia del constitucionalismo social en los procesos constitucionales

⁴⁵⁰ Albuja Varela, “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”.

⁴⁵¹ Ecuador, *Constitución de la República de 2008*, art. 316: “El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma *excepcional*, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

latinoamericanos fue claramente orientador de los principios de solidaridad y subsidiariedad para actividades económicas y no económicas.

Tal situación es importante mencionar porque desde el radicalismo se suele acusar a las tendencias liberales económicas de varias constituciones como poco menos que contradictorias con las finalidades sociales que efectivamente se persiguen mediante los servicios públicos.

Finalmente, la situación del caso peruano, a partir de su modelo constitucional de economía social de mercado en el que la iniciativa privada es libre –que no supone ausencia de regulación–,⁴⁵² la gestión de los servicios públicos se encuentra obligada, por mandato constitucional. Ha de responder a una necesaria dinámica de cohesión social, esto es, mediante mecanismos de igualdad material de las condiciones de vida de la población.

De allí, nuevamente se insiste, de acuerdo con el modelo constitucional peruano, en la necesidad de mirar a los servicios públicos como productos especiales y sensibles de mercado. Un sistema de mayor libertad de mercado no es óbice para la delegación correspondiente al sector privado.

Como segundo punto, se procede a analizar la delegación a la ley. Existe cierta coincidencia en los textos constitucionales para determinar mediante la *publicatio* legal la responsabilidad de establecer el marco regulador de los servicios públicos. Estos países, Colombia, Perú y Bolivia coinciden en la necesidad legislativa para la gestión de los servicios públicos como espectro común.

En el caso de Colombia, por ejemplo, su Constitución delega específicamente a los cuerpos legales para el caso de servicios públicos domiciliarios.⁴⁵³ Araque plantea la problemática sobre si los servicios públicos domiciliarios equivalen a derechos

⁴⁵² Explicará Bernaldo de Quirós a propósito de la regulación estatal en un marco liberalizado lo siguiente: “Existen dos visiones tradicionales de la regulación estatal: primera, su consideración como instrumento de corrección de los ‘fallos de mercado’, generadores de externalidades negativas, cuya finalidad es proteger y beneficiar al público en general; segunda, su conceptualización como un fenómeno de naturaleza política y, en consecuencia, no susceptible de análisis por parte de la ciencia económica. Estos dos enfoques resultan insatisfactorios desde el punto de vista económico y se han visto sometidos a una profunda revisión durante las últimas tres décadas. Sin embargo, esta corriente revisionista, que domina la teoría económica anglosajona en este campo, no resulta demasiado conocida en Europa”. Bernaldo De Quirós, “Liberalización, desregulación y mercado”, 226.

⁴⁵³ Para Atehortúa, son servicios públicos domiciliarios “aquellos cuyas prestaciones o recursos son disfrutados desde su domicilio por los usuarios. Además, se prestan a través de redes físicas o humanas y satisfacen necesidades esenciales, calificadas de esta manera por el legislador”. En Carlos Alberto Atehortúa Ríos, *Servicios públicos domiciliarios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 54.

fundamentales⁴⁵⁴ y la fijación de las responsabilidades relativas a la cobertura, calidad y financiación. Así también, el régimen tarifario.

En el régimen colombiano, se determina como criterios obligatorios los criterios de costos y el cumplimiento del principio de solidaridad y la redistribución de los ingresos.

Para Perú, la Constitución delega a las municipalidades la competencia de organización y reglamentación de aquellos servicios públicos. Dicho texto no diferencia si se trata de aquellos de características domiciliarias como sucede en el caso colombiano.

Con Bolivia el fenómeno no parece tan diferente al punto que, como se indicó *ut supra*, la propia Constitución autoriza al ordenamiento jurídico legal la formulación y el reconocimiento de concesiones administrativas. Aquello sin perjuicio que la función de los servicios público se adecuó a los fines constitucionales y al reconocimiento, de así corresponder, con derechos adquiridos.

El caso de Ecuador es llamativo en comparación a sus estados vecinos. Por disposición expresa constitucional se retoma el debate de los servicios públicos a la cuestión *funcional* o *subjetiva*⁴⁵⁵ en su teoría general. Además, denota evidentes

⁴⁵⁴ Lucas Araque García, “Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Diálogos de Derecho y Política*, n° 20 (2018): 106–32. Sostiene el autor: “La problemática de asumir los servicios públicos domiciliarios como derechos fundamentales, se origina principalmente en la naturaleza de los mismos y en el marco económico en que se han desarrollado. El primer problema está ligado a la naturaleza de «servicio» de los servicios públicos domiciliarios. Esta consiste en la dificultad de entender en un sentido global un servicio de carácter prestacional como un derecho, que sin embargo, no resulta ilógico si se tiene en cuenta que en similar escenario se desarrolló el debate frente al derecho a la salud, el cual pese a consagrarse como un servicio dentro de la Ley 100 de 1993, a través del tiempo ha adquirido el carácter de derecho dentro de la jurisprudencia y la doctrina constitucional. Aunado a la dificultad de definir los Servicios Públicos como un derecho, máxime como fundamentales, se presenta la disyuntiva entre la «universalidad» de los derechos fundamentales “está tomada en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”, como afirma Ferrajoli y la «singularidad» de los Servicios Públicos Domiciliarios, frente a los cuales se presenta un titular determinado en cada caso concreto. Un segundo problema y quizás el de mayor envergadura, es el que se circunscribe el carácter de indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos que ostentan los derechos fundamentales, características estas que los sustraen de la esfera de discusión política y económica, siendo esto contrario al caso de los Servicios Públicos Domiciliarios, los cuales se desarrollan en la órbita del mercado y los actos de tipo negocial, y que los supedita a condiciones de disponibilidad y limitación”, 127-28.

⁴⁵⁵ Sobre esta concepción, explica Montaña Plata que “La concepción subjetiva, en su inspiración original, considera los servicios públicos como aquellos que son *prestados* o realizados por la Administración Pública. Esta simple consideración excluye pues todos aquellos que pueden (inclusive o eventualmente) ser prestados por los particulares u otro tipo de asociaciones de carácter privado; así como incluye aquellos que son prestados (por la Administración Pública) de modo similar o idéntico a los particulares y por consiguiente, objeto posible de regulación jurídica privada o de derecho común (servicios públicos industriales y comerciales en el derecho francés. [...]) Como inspiración teórica presentada en la actualidad, la concepción subjetiva de los servicios públicos aparece más como una consideración orgánica de ellos; es decir, los entiende como un ‘conjunto de agentes y de medios’ que una persona pública asigna a un mismo propósito, o sea, la estructura organizativa en sí misma, con cada

diferencias en la CAN, pues en este país la Constitución ordena la creación –más como un fin que como un medio de la administración–⁴⁵⁶ de *empresas públicas*⁴⁵⁷ para la prestación de dichos servicios. Esto incluye a los sectores estratégicos.

Tal previsión normativa constitucional comulga con la postura profundamente estatista que en su momento se calculó y consolidó en el proceso constituyente llevado a

uno de los elementos que de ella hacen parte. Bajo esta perspectiva, pueden entonces considerarse los servicios públicos como de alcance nacional o local, según sea el nivel de descentralización territorial que caracterice la estructura administrativa que los prestad. Cada estructura, a su vez, puede presentar distintas fórmulas orgánicas: no en vano se habla en nuestro medio de ‘descentralización por servicios’ para señalar las distintas formas organizativas que pueden caracterizar a la Administración Pública en su nivel nacional”. En Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 166-67.

⁴⁵⁶ Véase Luciano Parejo Alfonso, “La Administración: función pública”, en *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana* (Madrid: Fundación BBV y Editorial Civitas S.A., 1997), 289–303. Explica el autor: “En la Administración pública la organización y la actividad son instrumentales del fin que no es otro que la realización del interés general en los términos del Derecho y bajo la dirección del órgano de gobierno correspondiente en cada caso. Este fin determina, pues, la singularidad o exorbitancia del régimen del régimen regulador de aquéllas, lo que no constituye ciertamente peculiaridad alguna, toda vez que el ordenamiento jurídico recurre a tal solución justamente para adecuar las soluciones generales o comunes a las características de los supuestos que así lo demandan, cual sucede, por ejemplo, con el régimen de la actividad empresarial bajo forma societaria respecto de esa misma actividad en forma personal. La singularidad y exorbitancia aludidas se transmiten necesariamente, pues, al plano de los medios materiales, personales y jurídicos en que se descompone toda organización, en tanto que de la disposición de dichos medios depende directamente el funcionamiento de la organización, su actividad y, por tanto, el rendimiento y los resultados de ésta (aquí, consecuentemente, la realización del interés general)”, 297.

⁴⁵⁷ El previamente citado autor Sarmiento ofrece algunos elementos teóricos sobre las características de este tipo de empresas. Para el efecto, señala: “Como sabemos, las empresas públicas (y tal vez aquí nos equivocamos en el diagnóstico), tienen una serie de características diferentes a las empresas comerciales e industriales del Estado. Sin embargo, cuando se hicieron las reformas a las privatizaciones esa diferencia desapareció y de cierta manera, todas terminaron por ser tratadas como si fueran iguales. Es decir, se determinó que, así como las empresas industriales y comerciales podían operar dentro de los dictámenes del mercado, las empresas de servicios públicos también lo podían hacer (lo que a mi juicio fue un error supremamente grave). Los elementos que hacen que el mundo de las empresas públicas sea diferente del mundo de las empresas comerciales e industriales del Estado son los siguientes: 1. Las empresas de servicios públicos se caracterizan por tener *grandes economías de escala*. Eso significa que, en la medida en que se explotan en mayor tamaño, su eficiencia es mayor. Hay que aclarar que, cuando hablamos de grandes economías de escala, el concepto tradicional de competencia – según el cual ‘a mayor número de operadores, mayor eficiencia’ – no es válido. Por el contrario, con las economías de escala la mayor eficiencia se logra cuando el tamaño es máximo. 2. Las empresas de servicios públicos están expuestas a *grandes inelasticidades de oferta y demanda*. Es muy difícil que las ofertas y las demandas se igualen. (se preguntarán, entonces, ¿qué pasó con la crisis en California?, por ejemplo. Y la respuesta es que lo que ocurrió en ese caso fue, simplemente, que las ofertas y las demandas no se igualaron y, por lo tanto, las tarifas quedaron totalmente a discreción de ‘ley de la selva’). 3. Las empresas de servicios públicos tienen *grandes necesidades de capital*. Son muy dependientes de la inversión. En ellas, la relación capital producto es muy superior a la que cualquier otra empresa. Y, como la relación capital – producto es tan alta, no es fácil tener inversiones muy rentables bajo condiciones regulares. 4. Otro aspecto fundamental es que los servicios públicos en Colombia y en América Latina – y en general en todos los países pobres – tienen una *gran importancia en la canasta familiar*. Esa importancia es visible en todos los sectores sociales, pero particularmente en los sectores pobres (cosa que no ocurre en los países europeos o norteamericanos, pues los niveles de ingresos de sus habitantes son muy superiores). En Sarmiento Palacio, “Privatizaciones, monopolios y regulación en las empresas de Servicios Públicos”, 228 y 229.

cabo en la ciudad Montecristi, costanera de Manabí. Aquello iba de la mano con el proyecto político populista denominado Revolución Ciudadana⁴⁵⁸

En este proyecto político, los principales ideólogos y representantes políticos de tal proyecto, el interés general, concretamente para este tipo de actividades, debía ser atendido directa y exclusivamente desde el Estado. No desde un enfoque liberal o al menos mixto en el que se preserven los principios de subsidiariedad, solidaridad y la libre competencia.

Por último, la cuestión a revisar consiste en la apertura constitucional –o no– a un posible sistema jurídico económico de servicios públicos supranacionales. Con las distancias ideológicas que esta investigación mantiene respecto de posturas, a veces radicales como las presentadas por Carmona,⁴⁵⁹ se resaltan elementos teóricos y verificar el comportamiento de los textos constitucionales citados previamente.

En efecto, Montaña propone algunas ideas sobre el rol que eventualmente pudiesen cumplir ciertas organizaciones internacionales de cooperación sin desconocer

⁴⁵⁸ Véase Albuja Varela, “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”. Señala el autor: “La ideología hegemónica en 2008 estuvo representada por las fuerzas políticas del movimiento Revolución Ciudadana, de modo concreto con el ascenso de Rafael Correa Delgado a la Presidencia de la República en el año 2007 y con la convocatoria a la consulta popular para la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí (Hurtado, 2018). Producto político-jurídico de esta ideología predominante, la Constitución determinó que el Estado ecuatoriano planifique el desarrollo del país con el objetivo de ejercicio de los derechos. Luego, en esa misma lógica, la Constitución establece en el artículo 280 que el Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetan las políticas, programas y proyectos públicos”, 90.

⁴⁵⁹ Andrés Carmona Toro, “Constitucionalismo crítico: una cuestión epistemológica”, en *Constitucionalismo y nuevos saberse jurídicos: construcciones desde las diversidades*, Estudios Jurídicos 41 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017), 15–30. Señala este autor: “La globalización, entendida como un proceso histórico donde hay una supresión de fronteras, y a su vez como técnica de desregulación jurídica que no es sinónimo de ausencia de normas, sino de cambio en el objeto material y formal de regulación, surge en virtud de dos hechos posibles de constatar, ambos a partir de la década de los 70: de un lado, la revolución informática, y del otro, la decisión unilateral de la presidencia de Richard Nixon de cancelar los acuerdos de Bretton Woods, esto es, desatender la obligación asumida por la Reserva Federal de los Estados Unidos de tener en sus bóvedas el soporte en oro de cada dólar expedido. Ambos elementos consiguieron una comprensión total del espacio y el tiempo y trajeron considero un contenido ideológico con dos consecuencias materiales perceptibles: el neoliberalismo en el ámbito económico, y el neoconservadurismo en el aspecto social y político. El primero, equivalente al mito de la liberalización de los servicios públicos, lo que se traduce en privatización al verse su administración como una cuestión de mercado o técnica costo – beneficio, y por lo tanto una defensa del Estado corporativo que desplaza el objeto estructural, formal y material de regulación del Estado del siglo XX; es decir, el trabajo. Las grandes transnacionales van cooptando, poco a poco, el poder del Estado cuyos gobernantes de turno son agentes que administran en función del capital y en perjuicio del trabajo. Se proyecta el imaginario del ‘buen gestor’, del ‘gobierno eficiente’ y la ‘austeridad’ y el ‘autoritarismo político’ son presentadas como fórmulas efectivas para solucionar las épocas de crisis. ¿Pero puede en realidad la reducción del gasto público o el recorte en políticas públicas para la intervención social superar la profunda desigualdad e injusticia social?”, 24 y 25.

las connaturales tensiones que existen entre la soberanía y la posibilidad de *transferir* o *ceder* facultades administrativas a entidades supranacionales. Lo uno no obsta lo otro.⁴⁶⁰

Desde una óptica más realista, el encapsulamiento constitucional soberanista difiere de la necesidad de buscar mecanismos de expansión andina económica hacia procesos integracionistas –especialmente de los servicios públicos–. Esto alertaba, en su momento, Germánico Salgado.⁴⁶¹

En todo caso, para el proceso de integración –al menos de actividades materiales fronterizas– las constituciones de Colombia y Perú son más ambiciosas, en un sentido positivo, para tal propósito. En el caso de la primera, esta determina que los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán *adelantar* directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, entre otras actividades, la prestación de servicios públicos.

Cuestión análoga se advierte con la constitución peruana. Esta faculta, como deber del Estado, establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

Con Ecuador y Bolivia, la cuestión es bastante menos ambiciosa. El nacionalismo se ve presente en sus textos constitucionales a pesar de que, por ejemplo, Ecuador haya intentado cimentar algunos esfuerzos jurídicos respecto de sus vecinos Colombia y Perú.

Para el primer caso, se toma como ejemplo el Convenio de 1990 para sustitución al acuerdo –1977– de regulación del tránsito de personas y vehículos entre Ecuador y Colombia, en cuyo capítulo XII se establecía el marco regulatorio binacional para el

⁴⁶⁰ Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*. Sostiene el autor: “En sustancia, la soberanía no resulta mayormente afectada por el ejercicio de competencias que hace la organización supranacional, incluso podríamos decir que ésta resulta necesariamente de aquella. Si bien para nosotros, la integración supranacional suscita tan solo problemas menores a la soberanía, hay que evidenciar que los inconvenientes de mayor calado son aquellos de índole jurídica, los que afectan a la constitución, por lo que el debate ha de situarse con relación a la posible afectación de algunos de los valores, principios y otros elementos que caracterizan al Estado constitucional del presente”, 113.

⁴⁶¹ Germánico Salgado, *Integración económica y desarrollo en América Latina*, vol. 1, Obras de Germánico Salgado (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017). Señala el autor: “Para el caso concreto de América Latina, con las series [sic] limitaciones actuales de tamaño de mercado, el paso del estrangulamiento externo y la debilidad negociadora de cada país tomado en aislamiento, hay poco lugar a plantearse un problema de secuencia o subordinación entre la integración nacional y la integración regional. Es esencial que se avance simultáneamente en ellas, y aún más, que el proceso de integración latinoamericana y las políticas de desarrollo nacional se diseñen de modo que los avances en las dos direcciones se apoyen mutuamente, lo cual, en definitiva, equivale a decir que la integración deber mirarse como un proceso único avanzado en sus dos dimensiones”, 92 y 93,

transporte terrestre regular entre ambas naciones.⁴⁶² Cuestión análoga sucedería con la frontera entre Ecuador y Perú,⁴⁶³ en donde además, se tiene como dato histórico el conflicto limítrofe que durante décadas mantuvieron ambas naciones y que finalmente fue concluido durante el gobierno del presidente Jamil Mahuad Witt.

De lo manifestado, se advierte que la cuestión sobre la inserción del fenómeno globalizante en los países andinos, concretamente respecto del ámbito de los servicios públicos, es en pleno siglo XXI un proyecto todavía lejano y complejo.

Los acuerdos comunitarios parecen insuficientes respecto a las cuestiones constitucionales, es decir, no dirigen suficientemente sus esfuerzos a plantear

⁴⁶² En una previamente citada investigación anterior, respecto de dicho acuerdo binacional se señaló: “Resalta por relevante el principio de reciprocidad contenido en el artículo 31 del Convenio, en tanto determina que los aspectos sobre rutas, horarios y frecuencias deben establecerse de común acuerdo y, justamente, bajo *reciprocidad real y efectiva*. Como límite en su aplicación, el Convenio determina en su artículo 32 que el destino final del transporte terrestre solo puede cumplirse de dos maneras: a) hasta la zona de libre circulación de vehículos de la otra parte; o b) hasta cualquier lugar de la zona de integración fronteriza de la otra parte. A pesar de ser un avance en el proceso de integración de los servicios públicos, el Convenio de Tránsito entre Ecuador y Colombia, en los artículos identificados, denota debilidad y poca confianza frente a regulaciones menos restrictivas en dicha materia. Un proceso óptimo, más bien, supondría que los Estados parte de la CAN promuevan regulaciones comunitarias que amplíen y fomenten la industria del transporte terrestre de manera que, junto a incentivos adecuados al sector privado, se implementen proyectos de mayor ambición que superen la regulación y abran le camino hacia la gestión binacional del transporte terrestre”. En Albuja Varela, “Servicios Públicos y derecho administrativo supranacional: ¿Una conexión posible en los fenómenos de integración?”, 151

⁴⁶³ *Ibíd.* En similar sentido, se señaló: “Otro ejemplo de relaciones binacionales que bordean aspectos sobre servicios públicos transfronterizos, se encuentra en el ‘Acuerdo Amplio Ecuatoriano Peruano de Integración Fronteriza, Desarrollo y Vecindad y sus anexos’ suscrito el 26 de octubre de 1998. Este instrumento comunitario, destaca el ‘A. Programa binacional de proyectos de infraestructura social y productiva’ en el cual pueden encontrarse los proyectos ‘A1. Puyango – Tumbes’ y el ‘Plan urbano regional y de servicios del eje Tumbes – Machala’. Sobre el proyecto ‘Puyango – Tumbes’, el instrumento determinó estudios de viabilidad energía eléctrica, control de aguas y riego, señalando que: ‘Desde 1971 los Gobiernos de Ecuador y Perú han considerado al Puyango - Tumbes como un proyecto binacional prioritario para el aprovechamiento conjunto de aguas de este río para fines de riego, electricidad y control de aguas. Para ello se planteó la construcción de dos represas situadas en Cazaderos y Marcabelí. En cuanto al riego, se convino una cobertura mínima de 50.000 hectáreas en el Ecuador y 20.000 hectáreas en el Perú. En electricidad dos centrales hidroeléctricas generarían un total de 250 Mw. El proyecto desarrollado hasta la fecha es inviable en las condiciones en que ha sido diseñado, por su elevado costo (alrededor de 2.200 millones de dólares entre los dos países) y su baja rentabilidad (en promedio del orden del 9%) Se considera que el proyecto puede ser atractivo para los dos países si es que, sin prefiar los alcances y condiciones técnicas para las obras, se lo redimensiona, definiendo claramente las áreas efectivas que deben y pueden ser regadas, estableciendo los requerimientos de regulación de aguas y optimizando la generación eléctrica’. En cambio, sobre el proyecto ‘Plan Urbano Regional y de Servicios del Eje Tumbes –Machala’, los estudios concluyeron: ‘Este eje costanero es clave en las relaciones entre los dos países. Los núcleos poblacionales en esta zona fronteriza son Tumbes en el Perú y Machala en el Ecuador. La zona es deficitaria en vías de comunicación. La pobreza es la característica principal de la población. Los indicadores sociales muestran importantes deficiencias, mayores que en el resto de los países. El equipamiento urbano tiene enormes carencias y requiere acciones de planeamiento: servicios básicos, educativos, salud, saneamiento ambiental y obras de defensa ribereña. Adicionalmente, el fenómeno de El Niño ha afectado severamente la calidad de vida en la zona. La Comisión Binacional ha determinado que debe elaborarse un plan urbano regional y de servicios para el área comprendida entre Tumbes y Machala que incluya: las alternativas de desarrollo económico - estratégico, propuestas específicas de proyectos que favorezcan la inversión binacional y la formación de empresas productoras de bienes y servicios, y la propuesta de un programa de acción inmediata para las poblaciones de Huaquillas y Aguas Verdes’, 150 y 151.

necesidades colectivas andinas que pudieren ser satisfechas mediante entidades supranacionales.

Tal premisa incide directamente en el planteamiento con el cual inició este capítulo, esto es, la identificación de tensiones en las construcciones conceptuales actuales y futuras del concepto de servicios públicos.

Si los textos constitucionales e incluso, los instrumentos comunitarios supranacionales –nótese también el caso del Mercosur conforme explica Salomoni⁴⁶⁴ no expresan de manera contundente las necesidades colectivas como objetivos principales de la integración, difícilmente el proceso andino podrá resistir a los efectos connaturales e irreversibles de la globalización.

Tales efectos, como se ha indicado en líneas anteriores, suponen la puesta en marcha de tecnologías y acuerdos comerciales que, eventualmente, pudieren producirse con ventajas –a veces perniciosas– hacia los prestadores internacionales y en perjuicio de los estados y sus habitantes.

No se percibe como solución efectiva y en el mediano y largo plazo el aislamiento jurídico nacional y su crédulo fortalecimiento –desde los textos constitucionales– del derecho administrativo nacional y soberanista.

Sumado a aquello, es frecuente el desorden y metodología de burocracias anquilosadas en el tiempo y en ordenamientos jurídicos internos que, en lugar de promover la fluidez, se resisten a cambios jurídicos y económicos que la innegable globalización promueve.

⁴⁶⁴ Salomoni, *Teoría General de los Servicios Públicos*. Sostiene el autor: “Resulta importante, en mi opinión, una armonización de las administraciones públicas en cuanto a la definición de los roles o cometidos que debe asumir el Estado a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Ello implica el establecimiento de líneas comunes sobre las que deberían asentarse las denominadas Reformas del Estado. Me estoy refiriendo principalmente al rol del Estado en esta etapa de transición que están viviendo nuestros países del Mercosur, como es el proceso de privatizaciones, por un lado, y la etapa que puede denominarse de las posprivatizaciones, por otro lado. Todo ello hace imprescindible la necesidad, por un lado, sentar las pautas y establecer cometidos comunes a los Estados de la Unión más allá de las crisis coyunturales y/o adecuado para la delegación o transferencia a los particulares, de las actividades denominadas de servicio público o actividades de interés público que son prestados por el Estado. Principal objeto, este último, de las actuales reformas del Estado en nuestros países. Esto incluye a los aspectos tales como: determinación de las actividades a delegar o transferir, liberalización de determinados servicios o actividades; derechos y garantías para los ciudadanos miembros de la Unión, participación igualitaria de los empresarios de los otros Estados miembros respecto de los empresarios originarios del Estado privatizador, etc. Esto significa la armonización de los cometidos estatales y del proceso de privatizaciones”, 427.

Aquello es explicado por Sánchez Blanco para el caso español.⁴⁶⁵ Hay, entonces, necesidad de administraciones públicas modernizadas y sintónicas con los derechos de usuarios y consumidores.

Tales factores también son explicados por Pampillo desde los desafíos que existen para el derecho de integración económico.⁴⁶⁶

Aunque a nuestro juicio no resulte del todo la mejor fórmula, probablemente el planteamiento de *publicatios* supranacionales pudiere constituir un primer paso para proteger jurídicamente a los servicios públicos en el futuro comunitario y como contrapeso a la globalización.

La protección de los derechos de usuarios y consumidores andinos mediante esta técnica o cualquier otra que pudiere al mismo tiempo salvaguardar el acceso adecuado a aquéllos, es un imperativo constitucional. Aquello promueve la seguridad jurídica a inversores privados que decidan participar en la industria. Se incluye a regímenes de dinamismo jurídico de concesiones⁴⁶⁷ o privatizaciones.⁴⁶⁸ Lo dicho podría ser

⁴⁶⁵ Ángel Sánchez Blanco, “Modelos Económicos y Sistema Administrativo. De las instrucciones de Fomento a la Economía Global”, en *Derecho Administrativo y Regulación Económica* (Madrid: La Ley, 2011), 1239–65. Señala el autor: “Obligado es preguntarse, por la incidencia en la coherente aplicación del Derecho Público de los problemas organizativos y operativos de las Administraciones y realizar la analítica de los insostenibles déficits de las desestructuradas Administraciones Públicas y, en paralelo, considerar los yugulamientos que se proyectan sobre los operadores jurídicos y económicos provenientes del derecho privado, y plantearse una interrogante. ¿Cuánto pesan las Administraciones Públicas y el incoherente entramado conceptual de un ordenamiento jurídico que requiere revisión?, en símil con la pregunta del ingeniero Buckminster Fuller al otrora joven arquitecto Norman Foster ¿Cuánto pesa el edificio, señor Foster?, introspección administrativa y jurídico institucional, que puede iniciarse por apreciar las dificultades y diseñar las soluciones para –sin dejarse distraer por los desestructurados objetivos de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios– superar, como opción inicial más razonable, las dificultades que obstaculizan la efectiva aplicación de la Directiva de Servicios, que ejemplifica, en su difícil proyección operativa, la necesaria homologación de reglas en el simple ejercicio de actividades profesionales y empresariales y en el elemental nivel de las autorizaciones administrativas”, 1261–1264.

⁴⁶⁶ Juan Pablo Pampillo Baliño, “El derecho de la integración como nuevo paradigma jurídico y sus implicaciones para el derecho económico”, en *Derecho Económico Contemporáneo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017), 125–41. Señala el autor: “desde un punto de vista puramente económico, la integración regional y su consolidación por medio del Derecho de la integración han promovido la importancia del libre comercio, pero también han reivindicado la necesidad de establecer economías de mercado con una vocación social tendiente a compensar las asimetrías de una competencia desregulada, promoviendo la apertura del sector productivo mediante bases más equitativas (por medio de diversos esquemas como los períodos de desgravación, el sistema de preferencias, las salvaguardas, los fondos estructurales y un muy largo etcétera), buscando la articulación del principio de libre empresa con el de la intervención estatal subsidiaria, fomentando el desarrollo de la economía popular y solidaria y reivindicando el mejoramiento de la calidad de vida como el fin último del aprovechamiento de las economías de escala, el libre tránsito de los factores de la producción y la creación de mercados de consumo propios de la integración económica”, 138.

⁴⁶⁷ Véanse los criterios doctrinarios planteados por Rey y Mendoza en Alonso Rey B. y Ana Julia Mendoza C., “Privatizaciones y concesiones. Por qué sí”, *Asociación Civil Derecho & Sociedad*, n° 26 (2006): 140–50. Así también, téngase en cuenta la visión presentada sobre la concesión como institución jurídica administrativa por Jorge Calafell, quien señala “La concesión es una figura generadora de empleos y, por ende, estimula el fomento de la riqueza nacional, al mismo tiempo que refleja una

coincidente como una posible sexta etapa –a continuación de la quinta planteada *ut supra* por Gaspar Ariño– en la teoría general de los servicios públicos.

actividad económicamente sana, ya que el Estado podrá dirigir sus recursos económicos hacia proyectos o planes prioritarios y dejar a los particulares que cubran con su propio esfuerzo ciertas áreas de servicios o de explotación de riquezas nacionales”. En Calafell, “Teoría General de la Concesión”, 215.

⁴⁶⁸ En los estudios de Gaspar Ariño sobre los principales elementos que deben existir en los procesos de privatización de los servicios públicos, el autor identifica cuatro características estructurales para cumplir tal propósito: 1. Empresas intensivas en capital, pues “los servicios básicos se prestan habitualmente sobre infraestructuras de red, continuas (como las redes eléctricas o gasistas, las autopistas o los ferrocarriles) o discontinuas (como los aeropuertos o los puertos)”; 2. Empresas que deben ser especialmente transparentes, porque dichas industrias “deben dar explicaciones de lo que hacen, de una forma que no es exigible a ninguna otra empresa privada. La empresa que asume obligaciones de servicio público sabe que debe exponer su contabilidad, su patrimonio y la identidad de sus gestiones o accionistas de referencia al escrutinio público”; 3. Empresas que acrediten sensibilidad social, porque son proveedoras de “servicios públicos económicos (abastecimientos, energía, transportes, comunicaciones) que implican, todos ellos prestaciones de gran demanda social, vitales para una vida digna. En este contexto, la empresa gestora tiene que demostrar positivamente su compromiso con la finalidad a que sirve: satisfacer necesidades básicas de la sociedad”; 4. Empresas que, no siendo organizaciones benéficas ni dependencias administrativas que se financian del presupuesto del Estado a pesar de ofrecer servicios públicos, deben defender su cuenta de resultados. Esto es recordar que “por asumir obligaciones de servicio público una empresa no se hace ni esclava de la Administración ni propiedad de los usuarios. Esta empresa sigue teniendo un dueño (los titulares del capital), órganos de administración y personalidad propia. El hecho de que procedan de una antigua empresa pública privatizada o que se hayan creado *ex novo* es indiferente. La defensa de los intereses de sus accionistas y de su personal, la conservación de su calificación financiera (*rating*) o la preservación de su identidad son obligaciones de los gerentes de las empresas, que la Administración y los usuarios deben respetar”. En Gaspar Ariño, “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos”, en *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación* (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2005), 93–130.

Capítulo tercero

Servicios Públicos en Ecuador, tensiones entre estatismo y liberalismo

1. La cuestión constitucional histórica y económica como provocante de las tensiones teóricas de los servicios públicos

Las relaciones entre la cuestión constitucional con la economía son un asunto de importantes debates teóricos. Tales debates, entre otras importantes razones, se ven marcados especialmente porque los textos constitucionales determinan, a diferencia de otros instrumentos jurídicos de nivel, por ejemplo legal o reglamentario, esquemas económicos de administración pública. Estos gozan –en mayor medida– de estabilidad y vigencia.

Justamente aquello viene dado básicamente por los fundamentos democráticos que justifican y legitiman una constitución y que finalmente se instrumentan dentro de dichos textos mediante las denominadas normas o cláusulas *pétreas*.⁴⁶⁹

Sobre las relaciones entre el derecho y la economía, autores como Trujillo Vásquez explican la influencia del constitucionalismo social en los textos constitucionales europeos en lo atinente a las relaciones identificadas.⁴⁷⁰ Así también,

⁴⁶⁹ Sobre este tema véanse, entre otros, a los siguientes autores: IRubén Hernández Valle, “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”, *Estudios Constitucionales - Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n° 2 (2006): 457–76; Adriano Sant’Ana Pedra, “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”, *Derechos y Libertades*, n° 22 (2010): 241–60; Esteban Javier Polo Pazmiño, “La reforma de la Constitución: consideraciones conceptuales”, *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*, 2019, 95–114; Sonia Sánchez Arteaga, “Límites al poder de reforma de la Constitución Política: de las cláusulas pétreas a los límites materiales”, *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* 9, n° 18 (2018): 89–106.

⁴⁷⁰ Julio César Trujillo Vásquez, “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 7 (2007): 111–34. Señala el autor: “Con la Constitución de Weimar (1919) se empezó a hablar, en la doctrina constitucional alemana, de la Constitución Económica para referirse a los principios y normas de jerarquía constitucional que se ocupan de determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que se fijan a la intervención del Estado en la economía, organización social y cultura y de los medios de que debe valerse para lograr la garantía y goce efectivo de los derechos de la persona, especialmente de los derechos sociales, económicos y culturales. Desde entonces y muy especialmente después de la Segunda Guerra Mundial muchas constituciones, sobre todo las europeas, a diferencia de las constituciones del siglo XIX, contienen normas y principios al respecto, dentro del marco jurídico del Estado social y democrático de derecho. La nuestra viene haciéndolo desde la Constitución de 1929 aunque la calificación de Estado social y democrático se introdujo en las reformas de 1998”, 112-13.

en el caso de otras latitudes latinoamericanas, se observa el planteamiento de Bazán⁴⁷¹ para la doctrina argentina y Landa⁴⁷² en el caso peruano.

Estos autores analizan, desde sus respectivos enfoques, los intersticios y las relaciones existentes en la cuestión constitucional económica. Así también, tales razonamientos coinciden Kresalja y Ochoa para quienes:

La realidad histórica muestra que, en todos los países, el Estado ha intervenido en las relaciones económicas, si bien es cierto que lo ha hecho con diversa intensidad, sea desde la fiscalización de pesas y medidas en el Medioevo, la gestión y control de los ferrocarriles en el siglo XIX, hasta las subvenciones públicas a las empresas contemporáneas de aviación y el incremento del gasto público en distintos ámbitos de la seguridad. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables; la mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, administración, fuerzas de orden público, sistemas de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etcétera). Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado.⁴⁷³

⁴⁷¹ Víctor Bazán, “Constitución, Economía y Derechos Fundamentales. El caso argentino.”, en *Constitución y economía. Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Víctor Bazán / Marie-Christine Fuchs, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 7 (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 1–48. Este autor, por su parte, sostiene: “La trama de conexiones entre constitución y economía muestra una abigarrada gama de aristas. [...] Evidentemente, cada Estado, y dentro de él, cada partido político o alianza electoral que llega al poder, tiene su propia visión del programa económico que considera útil, consistente y viable para operativizar durante el lapso su gestión. El resultado de un intento de relevamiento abarcativo de las diversas y múltiples opciones de sistemas económicos que los Estados pueden adoptar, sería una tarea fútil y que no nos conducirán a buen puerto porque de antemano estaría condenada a la incompletitud. Siendo así. Y en un ejercicio máximo de simplificación, en los extremos de un imaginario *continuum* se ubicarían, por un lado, el modelo abstencionista que parte del vigor pretendidamente autorregulativo del libre mercado (sistema capitalista o de economía de mercado); y por el otro, un modelo sustentado en la premisa de la planificación centralizada, cuyo protagonista principal es el propio Estado, que procura eliminar la fuerza del libre mercado (sistema socialista o de planificación central)”, 1 y 2.

⁴⁷² César Landa, “Constitución y Economía en el constitucionalismo peruano”, en *Constitución y Economía. Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 7 (Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 191–209. Expresa el autor: “La relación entre el orden constitucional y el orden económico de un país ha sido un punto constantemente discutido en la academia, tanto desde una perspectiva política como económica y legal. Dicha discusión se centra en la supuesta función que debe cumplir el Estado con respecto a la regulación de la economía, entendiéndose por esta no solo a la proyección estatal respecto a la distribución presupuestaria para los diversos sectores relevantes de la población, sino también en cuanto al alcance de la regulación constitucional con respecto a las normas del mercado, mediante principios rectores que orientan la economía. El papel de la regulación del orden económico, y del mercado, toma mayor importancia en el contexto constitucional actual, el cual ha transitado del Estado liberal basado en el principio de legalidad al Estado social basado en el principio de constitucionalidad, distinguiéndose, ante todo, por la presencia de principios orientadores que rigen no solo la actuación de los particulares sino también del Estado. Así, ‘el mercado, en el Estado constitucional, es – como toda la vida social – estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido’ (Härbele, 1997). Es en este contexto que aumenta la importancia de la dicotomía entre la mano invisible del mercado y la mano visible del derecho; además, una regulación constitucional del mercado debe tener como finalidad alinear los presupuestos económicos básicos con los conceptos de dignidad, solidaridad y derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional”, 191.

⁴⁷³ Baldo Kresalja Roselló y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico. Lo Esencial del Derecho* 8 (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 20.

La cuestión económica de los textos constitucionales, como explica Vintimilla, tiene su origen principalmente en la doctrina alemana⁴⁷⁴ —allí también coincide con Witker⁴⁷⁵ e incide, a nuestro juicio, en el comportamiento jurídico de los servicios públicos como actividades económicas y no económicas de interés general —o como resultado jurídico, en términos de Meilán—. ⁴⁷⁶

Vintimilla hace referencia a la doctrina propuesta por Casas y Fernández de la cual extrae lo que a su juicio serían tres reglas básicas que explican el fenómeno de la economía en los textos constitucionales —inclusive, dirá Safar,⁴⁷⁷ desde la teoría de la

⁴⁷⁴ Jaime Vintimilla Saldaña, “La Constitución Económica del Ecuador”, *Iuris Dictio* 17 (2015): 127–48. Señala el autor: “El concepto de constitución económica nace en la doctrina alemana, aunque también se le conoce como Derecho constitucional económico o Derecho económico constitucional. Además existe una tendencia para denominarlo derecho económico (*wirtschaftsrecht*), pero una vez que la economía se incorpora a la Carta Magna o se regula por el derecho constitucional pasa a identificarse con la naturaleza ya descrita, es decir, la economía se transforma en un tema constitucional. Precisamente, este asunto ha cobrado importancia en diversas áreas especializadas del Derecho y, en concreto, en materia constitucional, se habla de la constitucionalización de la libre empresa o de constitucionalismo económico”, 127.

⁴⁷⁵ Jorge Witker Velásquez, “El derecho económico en períodos de crisis: del derecho económico al análisis económico del derecho”, en *El derecho económico en tiempos de crisis* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020), 9–20. Señala el autor: “En efecto, el derecho económico nace como tal en Alemania en la década de 1920, al calor de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, cuando la llamada *cuestión social* y el naciente socialismo ruso agitaban los descontentos y las reclamaciones laborales. Nace, en consecuencia, ligado a la institución estatal y como una disciplina protectora de los débiles y postergados. En la década de 1930, con el presidente Roosevelt en Estados Unidos y las teorías económicas de Maynard Keynes, el Estado legitima y sistematiza su presencia en los sistemas económicos y antes las constituciones de Weimar y Querétaro programan una intervención estatal decidida y permanente. El derecho económico adquiere objetividad operativa, sin aún establecer las bases conceptuales intersubjetivamente aceptables”, 9.

⁴⁷⁶ José Luis Meilán Gil, “El servicio público como categoría jurídica”, *Cuadernos de Derecho Público*, n° 2 (1997): 75–93. Afirma este autor: “El servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideológico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-sociedad. Y esto mismo es lo que hoy hemos de indagar: si aquellos presupuestos permanecen o han desaparecido o se han modificado. Los mismos peligros que han acompañado la construcción y explicación —a menudo acrítica— del servicio público acechan hoy. Si en el momento de la animación doctrinal de la institución a que me estoy refiriendo el país exportador era Francia, ahora el protagonismo exportador se ha desplazado a los Estados Unidos de América. La creciente globalización de la economía, la progresiva realización de la «aldea universal» por efecto de las comunicaciones contribuye a acentuar el sentimiento o la idea de solidaridad, desde una vertiente positiva, que conduce también con facilidad a que seamos incorporados —cuando no arrastrados— por cada nueva ola. Después de la segunda guerra mundial la ola fue el Estado de bienestar y las nacionalizaciones, el auge de las empresas públicas, de la actividad directa del Estado en los ámbitos sociales y económicos”, 77.

⁴⁷⁷ Mónica Sofía Safar Díaz, “Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública”, *Revista Derecho del Estado*, n° 23 (2009): 175–90. Señala la autora: “Si bien al análisis económico del derecho cuenta con una larga trayectoria en lo relacionado con temas eminentemente privados como la estructuración de empresas y la regulación de los mercados, los contratos y la responsabilidad civil extracontractual, lo relativo al derecho constitucional es un poco más reciente. Desde la década de los sesenta, como consecuencia de la tendencia de algunos economistas de aplicar reglas microeconómicas al estudio de la política, surge la corriente según la cual las elecciones que toman los diferentes agentes dentro de un mercado determinado son de carácter público en la medida en que al momento de seleccionar una alternativa determinada no sólo se consideran a sí mismos sino que también se decide para otros, caso en el cual las implicaciones de la manera de decidir y los efectos de la decisión deben ser tomados en consideración. Así surge la escuela del *public choice*,

public choice o de *elección pública* mencionada en el capítulo primero *ut supra*— y que, desde el punto de vista de esta investigación, también podrían resultar doctrinariamente extensible a la naturaleza jurídica de los servicios públicos.

Tal postura se justifica en la medida en que, como quedó referido en el capítulo anterior, los servicios públicos son productos especiales y sensibles de mercado⁴⁷⁸ que se relacionan, en ciertos casos, con derechos reconocidos en las constitucionales. Su protección es relevante en atención a los principios de igualdad, dignidad, solidaridad, subsidiariedad, sostenibilidad, universalidad, complementariedad,⁴⁷⁹ entre otros.

como una conjunción entre el estudio de las instituciones políticas y el razonamiento económico que permite analizar al actor público en quien recae, por representación directa o indirecta, la toma de una decisión determinada en el ámbito constitucional, como un agente económico al cual le son aplicables todos los supuestos de relación costo-beneficio, eficiencia, utilidad e incentivos que se venían predicando de los particulares”, 179 y 180.

⁴⁷⁸ Resaltan dos aportes teóricos esenciales que realiza Martínez de Vedia sobre la naturaleza mercantil de los servicios públicos, inclusive en aquellos que eventualmente serían privatizados. Estos aportes consisten, primero, en la continuidad en monopolio de ciertos mercados y, segundo, la necesidad de visualizar ciertos mercados compartidos. Ambos corolarios se relacionan entre sí con el concepto de unidad económica. Para el primer escenario, el autor se pregunta “¿Por qué ciertos mercados o sectores o etapas de un sector deben continuar en monopolio cuando se privaticen? Se trata de una cuestión compleja que tiene que ver con las inversiones en infraestructura que involucran altos costos fijos independientes de la producción del servicio. El monopolio tiene varias características destacables: a) Una vida excepcionalmente larga, entre los diez y treinta años aproximadamente; b) Pocos usos alternativos, y si el sistema no funciona, los costos son irrecuperables; c) Sus altos costos de infraestructura están asociados a cuestiones de economía de escala y producción del servicio. [...]; d) El método para fijar las tarifas consiste en que se consiga el mayor bienestar social sujeto a la restricción de una recuperación de los costos fijos. Este método no asegura el máximo bienestar social, pero garantiza en monopolio una recuperación del capital al inversor en un período relativamente largo”. Por otra parte, el segundo escenario planteado por Martínez supone que “Entendemos por mercados compartidos a aquellos donde confluyen distintos servicios y por lo tanto exigen por parte de la autoridad evaluadora del negocio, al inicio de la privatización, de una más aguda sintonía para ponderar dichas unidades económicas. a) Hemos expresado anteriormente la dificultad que se suscitaba en la evaluación de unidades económicas centrales termoeléctricas de ciclo combinado respecto a su ubicación física. Es decir, qué era más conveniente económicamente: si situarlas cercanas a la obtención de su insumo gas, y alimentando los centros de sumo por medio de líneas de transporte eléctrico, o situarlos al pie de los grandes centros de consumo, recibiendo el gas por ductos o una solución intermedia, una parte por línea de transporte y otra parte por un gasoducto. [...] b) Otro caso interesante de evaluar sobre esta materia tiene que ver con las concesiones de servicios sanitarios. Generalmente este mercado presenta otra particularidad, a la inversa del caso anterior, asociado con la defectuosa visión de las inversiones en conjunto, sin diferenciar varios proyectos como la provisión de agua de cloacas y de plantas de tratamiento de residuos. [...] c) Otro caso sobre mercados compartidos tiene que ver con la situación que se genera partir del ingreso de la telefonía celular digital PCS, la que por su grado de desarrollo tecnológico comienza a competir seriamente en calidad y precio con la telefonía básica. Si el Estado no establece reglas claras de regulación y de mercado, principalmente con los plazos monopólicos de los servicios de telefonía fija y el ingreso al negocio de la telefonía celular antedicha, se pueden generar alteraciones en el mercado y una ausencia de real competencia entre servicios. Las situaciones precedentes representan un nuevo concepto de unidad económica y podrían alterar las unidades previamente cuantificadas, lo que significaría un replanteo de los mercados originales, previamente calificados para su privatización. No solo se necesitan minuciosos análisis de demanda integral de mercado sino también el agudo estudio de la posibilidad de compartir mercados, lo que muchas veces no se aprecia al programar las privatizaciones”. En Martínez de Vedia, *Mercados, costos y activos en la renegociación de los servicios públicos*, 64 - 68.

⁴⁷⁹ Véase Luis Alejandro Palacio García y Angélica María Zambrano Mantilla, “Regulación económica de los servicios públicos. El papel de las agencias reguladoras”, *Revista UIS Humanidades* 40,

Así las cosas, las tres reglas básicas identificadas por Vintimilla desde la postura de los autores españoles referidos, podrían también enlazarse con las teorías sobre los servicios públicos dada su naturaleza jurídica. En otras palabras, desde el constitucionalismo económico conviene cobijar el marco teórico y jurídico de los servicios públicos de manera que, siguiendo la propuesta planteada y a pesar de ciertas dificultades también teóricas entre estado, derecho y economía,⁴⁸⁰ se tenga presente dichas esencialidades dada su naturaleza jurídica:

a) [Son] elementos esenciales que permiten configurar un sistema económico determinado o reglas sobre el sistema económico, b) [requieren] reglas de coordinación y limitaciones de la actividad económica o reglas de coexistencia entre los sectores privado y público, y c) [exigen] reglas sobre comportamiento de los agentes públicos o coordinadas básicas de actuación de los poderes públicos en la actividad económica.⁴⁸¹

La naturaleza económica y no solo jurídica de los servicios públicos es *per se* un factor en permanente tensión, al menos más doctrinario que jurídico en cualquier régimen constitucional debido, además, a las delgadas líneas que existen entre lo público y lo privado sobre aquellos, como sostendrá Matés Barco.⁴⁸²

nº 1 (2012): 101–15. Señalan los autores sobre este principio: “El mercado y el Estado desempeñan roles complementarios en la organización de la vida económica. La acción exclusiva del mercado hace pública la información relevante y logra proveer un mecanismo eficiente y descentralizado de incentivos. Por su parte, el Estado tiene la capacidad de diseñar sistemas de reglas e imponer su cumplimiento para lograr facilitar la coordinación de los miembros de la sociedad. En esta sección se presentarán los elementos teóricos que permiten entender el papel del Estado en la provisión de servicios públicos, teniendo en cuenta sus ventajas y limitaciones”, 103.

⁴⁸⁰ César Montaña Galarza, “Concepto y campo problemático del Derecho económico”, *Foro: Revista de Derecho*, nº 4 (2005): 129–67. Señala el autor: “Para estudiar el Derecho económico en los tiempos que corren se debe tomar en cuenta la transición de carácter económico que experimentan los países latinoamericanos: de un modelo de economía mixta a uno de modernización del Estado, de claro perfil neoliberal, que trastoca fundamentos y conceptos sociales, políticos y jurídicos observados como definitivos desde hace algún tiempo atrás, pues a cada sistema económico corresponde un orden jurídico económico, que no suele ser unitario sino prevalente, lo que daría como resultado la necesaria distinción entre un Derecho económico general y derechos económicos especiales. Frente a ellos, el Estado se sitúa como sujeto y como objeto de transformación de la sociedad, del mercado y de la comunidad internacional. En todo caso, conviene advertir que es fácil constatar que en las cartas políticas de los estados modernos no se encuentra una definición acerca del sistema económico que éstos asumen sino, más bien, como algunos autores han dicho, existen ‘constituciones económicas’ en el sustrato de la Constitución Política, que reflejan un ‘programa económico’, lo que abona un obstáculo más para ubicar los perfiles más destacables del Derecho económico latinoamericano actual, esto lógicamente a la luz del papel que desempeñan los estados en orden a regular la economía pública”, 130 y 131.

⁴⁸¹ Vintimilla Saldaña, “La Constitución Económica del Ecuador”, 129.

⁴⁸² Sostiene este autor que “Los problemas de funcionamiento de los servicios públicos han generado un amplio debate académico. [...] Resulta complejo establecer una clara división entre lo público y lo privado y existe una dificultad para conocer los límites de ambos. Una mirada hacia atrás permite observar que las crisis económicas han incrementado la tendencia hacia la gestión pública de determinados servicios. Por el contrario, en épocas de estabilidad y de paz, la balanza se inclina hacia el libre comercio y la gestión privada. Sin embargo, el continuo cambio social promueve una constante mutabilidad del concepto de gestión de los servicios públicos. Las sociedades contemporáneas son cada vez más complejas y, por tanto, los servicios públicos tienden hacia la ramificación y a una mayor

Así, dependiendo del modelo constitucional económico escogido por tal o cual régimen político, estos servicios se moverán pendularmente en la órbita de acción que les permita determinado ordenamiento jurídico. Como explica Safar:

Los proponentes de una participación menor del Estado asumen que los mercados aparecen para asignar bienes y servicios de manera eficiente. Sin embargo, se pueden observar muchos recursos que no son adjudicados en tal forma por los mercados: aire puro y agua, sanidad, investigación científica por ejemplo. O sea, que ante las fallas de éstos, las soluciones de mercado no son siempre las mejores; en consecuencia, cuando los mercados fallan en asignar recursos eficientemente, los gobiernos deberían hacerlo con éxito.⁴⁸³

De tal modo, el caso ecuatoriano⁴⁸⁴ será revisado desde el enfoque constitucional histórico a fin de identificar si los textos constitucionales, al menos aquellos correspondientes al siglo XX y XXI, han previsto un andamiaje económico explícito o implícito sobre los servicios públicos en el marco de la administración pública y la regulación correspondiente. Todo aquello sin perjuicio que para Montaña, las constituciones estatales difícilmente definen sistemas económicos.⁴⁸⁵

En otras palabras, se verificará analíticamente si en sus correspondientes momentos históricos se consideró en los textos constitucionales a los servicios públicos

extensión. ¿Cuál debe ser la adecuada y verdadera dimensión de los servicios públicos? He ahí el dilema”. En Juan Manuel Matés Barco, “Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador”, *Revista Empresa y Humanismo* XI, n° 1 (2008): 187–230.

⁴⁸³ Mónica Sofía Safar Díaz, “Privatización en la Constitución de 1991”, en *Alternativas de privatización para el sector público colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993), 47–58, 50.

⁴⁸⁴ Sostiene Grijalva que “En el caso ecuatoriano las constituciones han reflejado cambios en las políticas y legislación económicas, y generalmente, no han constituido por sí mismas fuentes o hitos a partir de los cuales se han producido estos cambios. Estas reformas legislativas e institucionales, a su vez, ha sido adoptadas en el marco de procesos económicos que en buena parte tuvieron en la economía mundial su origen y catalizador fundamental. De esta forma, varias constituciones han tenido unos efectos más bien de legitimación o consolidación de cambios económicos previos, antes de que efectiva directos normativa de la vida económica nacional”. En Agustín Grijalva Jiménez, “La Constitución Económica del Ecuador”, en *Estado, Derecho y Economía* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 77–100, 80.

⁴⁸⁵ César Montaña Galarza, “Derecho económico: Teoría y realidad en Ecuador del siglo XXI”, en *El derecho económico en tiempos de crisis* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020), 71–119. En términos precisos, para el autor: “Conviene advertir que es fácil constatar que en las cartas políticas de los Estados modernos no se encuentra una definición acerca del sistema económico que estos asumen, sino más bien, como algunos autores han dicho, que existen ‘constituciones económicas’ en el sustrato de la Constitución política, que reflejan un ‘programa económico’, lo que abona un obstáculo más para que pueda llegar a ubicar los perfiles más destacables del derecho económico latinoamericano actual; esto lógicamente a remolque del papel que desempeñan los Estados para regular la economía pública. No se puede olvidar además que el derecho económico regional o zonal –comunitario andino y de la integración para el caso ecuatoriano– con sus notables avances, comporta una clara afectación de lo que se ha denominado la ‘constitución económica’ como parte sustancial de la norma fundamental, cuestión que al mismo tiempo ha desembocado en la reubicación de aspectos materiales de la constitución económica en el nivel supranacional”, 72 y 73.

como elementos esenciales de configuración de sistemas económicos determinados –o como referirá Granda la también posible opción de neutralidad política–.⁴⁸⁶

También si desde tal estamento jurídico se previeron reglas de coordinación y limitaciones de la actividad económica en el nivel constitucional –lo que se denominaría un regulador público en términos de Romero–⁴⁸⁷.

Finalmente, corresponderá verificar si se establecieron posibles normas de coexistencia entre los sectores privado y público para la prestación correspondiente.

2. El siglo XX, primera parte: entre 1897 y 1979

El inicio del siglo XX en Ecuador llegó de la mano con la aún vigente Constitución de 1897,⁴⁸⁸ comúnmente conocida por su necesidad de plasmar, al menos en sus primeros esbozos, pero no definitivamente, el laicismo como contrapeso a la corriente eclesiástica que venía marcada reciamente en los textos constitucionales del siglo XIX.

Por ello Salgado afirma –y coincide en ello con Terán–⁴⁸⁹ que dicha Constitución no trajo mayormente los cambios esperados, “pues la transformación no estaba consolidada. Sin embargo, algunas normas introducidas prepararon el camino al Estado laico, a la tolerancia religiosa y a la libertad de cultos”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ Granda Aguilar, *Globalización y Derecho de las Finanzas Públicas en Ecuador (1990 - 2017)*, 97. Este autor explica “En la doctrina y en la jurisprudencia constitucional a nivel internacional se discute sobre la necesidad de una supuesta neutralidad política en las normas de la constitución económica sobre el régimen económico y financiero, para que estas garanticen seguridad jurídica y puedan cubrir los diferentes modelos o conjuntos de políticas económicas que sean más convenientes y pertinentes, para el desarrollo, en circunstancias concretas y de sucesivas crisis, del sistema económico dominante”.

⁴⁸⁷ Luz Marina Romero Alvarado, “Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual”, *Derecho y Realidad* 13, n° 25 (2015): 43–62. Define la autora dentro del marco de la teoría del interés público: “Un regulador público ejerce control de precios sobre la actividad económica privada, vigila la tasa de rendimiento, eficacia marginal del capital o tasa de retorno, establece tarifas multiprecio, garantiza que la empresa cubra sus costos totales de producción y genere una ganancia racional. El propósito de la regulación fue orientar a la empresa a comportarse de manera eficiente y a la imposición de barreras a la entrada, y por eso los monopolios fueron regulados mediante leyes antimonopolio, empresas de economías de escala y monopolios naturales, siempre bajo el supuesto del interés general”, 50-1.

⁴⁸⁸ Ecuador, *Constitución de 1897*, Registro Oficial Suplemento 272, 14 de enero de 1897.

⁴⁸⁹ Rosemarie Terán Najas, “Laicismo y educación pública en el discurso liberal ecuatoriano (1897 - 1920): una reinterpretación”, *Historia Caribe* XII, n° 30 (2017): 81–105. Afirma la autora: “La Constitución de 1897 que siguió al golpe de estado liberal de 1895, no solo que no incorporó artículos referidos a la secularización, sino que, bajo la influencia de una mayoría liberal moderada, mantuvo al catolicismo como religión oficial con exclusión de otros cultos”, 88.

⁴⁹⁰ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ª ed. (Quito: Ediciones Legales, 2012), 91.

En lo atinente al espectro de esta investigación, la Constitución de 1897 preveía la cuestión de la enseñanza como una libertad pública. Se usa el término *cuestión* de la enseñanza porque en aquella época todavía no se utilizaba el término derecho.⁴⁹¹ Tampoco se utilizaba la expresión servicio público, ni mucho menos su equivalencia a función administrativa en los términos de la coetánea teoría jurídica desarrollada en Francia por la Escuela de Burdeos.

De esta manera, el artículo 36 de la Constitución determinaba que cualquier persona podía fundar establecimientos de educación e instrucción de acuerdo con la ley. Nótese entonces como el siglo XIX concluía con un texto constitucional favorable a la libertad de ofrecer el servicio de enseñanza y que, para el caso de la instrucción primaria, ésta era gratuita y obligatoria a costo de los fondos públicos.

Sobre esto último, se añade que de conformidad con el artículo 98 numeral 9, frente a eventos de invasión exterior o de conmoción interior, el Poder Ejecutivo tenía prohibición de disponer para atender tales situaciones de los recursos públicos destinados para la *instrucción pública*.

Estos hallazgos dan cuenta de dos puntos relevantes: en primer lugar, la Constitución de 1897, para el caso concreto de la enseñanza –lo que décadas más adelante se determinaría como derecho a la educación y su prestación– no colisionaba ni tensionaba con la iniciativa privada en la oferta del servicio, pues más bien la complementaba por tratarse de un servicio de interés general no económico.

En segundo lugar, si bien esta Constitución no reconocía expresamente otros servicios públicos, en cambio, garantizaba en su artículo 18, la libertad de industria⁴⁹² y la propiedad exclusiva de descubrimientos e inventos, de acuerdo con la ley.⁴⁹³

⁴⁹¹ Trujillo aclara que “Desde 1830, y en todas las constituciones posteriores del Ecuador, se atribuyó al Estado, por medio del Ejecutivo, la obligación de promover la educación, pero solo en la de 1946 se reconoció la educación como derecho de los hijos y deber de los padres, bajo vigilancia del Estado. Únicamente a raíz de la Constitución de 1967 es diseñada como un derecho de todos los habitantes del Ecuador para que mediante ella se les capacite para vivir dignamente, bastarse a sí mismos y ser útiles a la sociedad, con una capacitación permanente”. En Julio César Trujillo Vásquez, *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*. Estudios Jurídicos 44 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019), 117.

⁴⁹² A propósito de la cuestión industrial de los servicios públicos a finales del siglo XIX, Sendín advierte, para el caso español, la relación entre tal cuestión y el capitalismo burgués naciente y su relación con los medios de producción, así como la necesidad de su tutela estatal. El autor lo explica en los siguientes términos: “la municipalización no arranca en un marco que pudiera considerarse favorable a la intervención administrativa, pues aunque los entes locales habían desarrollado históricamente una importante actividad económica, ésta experimenta un importante retroceso durante el siglo XIX, debido fundamentalmente a dos razones: la primera de ellas es el centralismo exagerado que se impone en nuestro Derecho administrativo durante este período [...], que constituye una exigencia más de la creación del nuevo Estado liberal y la liquidación de los residuos persistentes del Antiguo Régimen; la segunda, el dogma liberal de la incapacidad de la Administración para el desarrollo de actividades

Luego, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1906⁴⁹⁴ –conocida también como la Carta Magna liberal– ahora sí se enfatizó expresamente y a diferencia de su predecesora, la separación de la iglesia y el Estado ecuatoriano.

Este texto constitucional, no solo conservó la disposición sobre la gratuidad de la enseñanza primaria, sino que además prohibió, en el tercer inciso de su artículo 16, que el Estado y las municipalidades –así lo advierte Ayala–⁴⁹⁵ subvencionen o auxilien económicamente otro tipo de enseñanzas que no fueren la oficial y la municipal.

Además de libertad de enseñanza, esta Constitución apenas preveía en su artículo 113, la responsabilidad de las municipalidades de fomentar *establecimientos públicos*. Estas figuras administrativas, de acuerdo con Pérez Camacho, se venían utilizando desde el siglo XIX.⁴⁹⁶

económicas. A pesar de estos impedimentos, durante el último tercio del siglo XIX la municipalización se impone como consecuencia de la aparición de grandes núcleos urbanos, lo que constituye a su vez una exigencia más del nuevo capitalismo industrial, trayendo consigo la necesidad inaplazable de incrementar y mejorar la prestación de servicios municipales, sobre todo para impedir que se desbordase la creciente presión social que generaban las penosas condiciones de vida a las que estaban sujetas las clases bajas en las ciudades”. En “Miguel Ángel Sendín García, “Los servicios públicos en el siglo XIX”, *Anuario de historia del derecho español*, n° 75 (2005): 1037–76, 1070–1072.

⁴⁹³ Sobre este segundo punto, Matés explica: “Hasta mediados del siglo XIX los servicios públicos sociales (sanidad, beneficencia, asistencia social, educación, etc.) eran actividades asumidas por la sociedad, aunque estuvieran reguladas por el Estado. El individualismo liberal dejó al ciudadano solo ante el Estado y éste se encontró con la necesidad de asumir muchas de esas tareas abandonadas por los antiguos gestores y declararlas como propias. La Revolución Industrial y los avances técnicos trajeron consigo los primeros servicios públicos de carácter económico: gas, electricidad, transporte por carretera, teléfono, etc. Ante las nuevas actividades no bastaba solamente con una leve acción de control y reglamentación, sino que se hizo necesaria una decidida intervención del Estado, que asumiera la dirección de esas actividades con una adecuada planificación, proyección, establecimiento y control de la prestación”. En Matés Barco, “Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador”, 195.

⁴⁹⁴ Ecuador, *Constitución Política de 1906*, Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906.

⁴⁹⁵ Enrique Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador*, Estudios Jurídicos 43 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2018). Señala el autor: “Quedó así establecida la normativa que regiría el sistema educativo, pero que provocaría más de medio siglo de enfrentamiento ideológico entre el laicismo y la educación católica. En adelante, no se debatiría ya la naturaleza laica de la educación oficial, sino las condiciones del control estatal sobre la particular y posibilidad de que ésta fuera subvencionada por el Estado”, 57.

⁴⁹⁶ Explica el autor: “El Código Civil de Andrés Bello, adoptado por Ecuador con ciertas modificaciones en 1861, contempla los ‘establecimientos públicos costeados por el Estado’ con personalidad jurídica de Derecho Público. Originalmente la figura del ‘establecimiento público’ fue concebida y utilizada solo para personificar jurídicamente los hospicios, hospitales y otras casas de asistencia. Desde fines del siglo XIX la corriente de los servicios públicos descentralizados adapta en Francia esta figura clásica del establecimiento público para sus requerimientos específicos de tener una personalidad jurídica separada de la del Estado. [...] Pero en Ecuador, la figura administrativa del establecimiento público continúa aplicándose durante el siglo XIX a los establecimientos de beneficencias exclusivamente. Los principales servicios públicos se establecen como ‘direcciones’ sujetas jerárquicamente al ministerio determinado. Por ejemplo, en la Ley de Régimen Administrativo Interior de 1898, ‘correos y telégrafos’ era un ‘ramo’ correspondiente al Ministerio de lo Interior (art. 18)”. En Efraín Pérez Camacho, “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”, en *Homenaje a monseñor Juan Larrea Holguín* (Guayaquil: Edino, 2000), 159 y 160.

Volviendo al texto constitucional, éste se limitaba a derivar a los cuerpos legislativos dicha responsabilidad. Así, dicha Constitución, a pesar de incorporar algunos cambios institucionales importantes que son analizados, por ejemplo, por Ávila,⁴⁹⁷ tampoco determinaba algún modelo institucional de servicios públicos.

Sin embargo, en una mención especial conviene la identificación de los ferrocarriles los cuales, a pesar de no encontrarse catalogados expresamente como servicios públicos tanto en esta Constitución como en aquella de 1897, se ordenaba al Poder Ejecutivo que, en caso de guerra internacional, conflicto grave interno o invasión externa,⁴⁹⁸ los recursos (caudales) o fondos públicos destinados a este tipo de actividad, no debían ser movilizados para aquellos fines.

En otras palabras, otro hallazgo de esta investigación es que ambas constituciones reconocían la transcendencia y esencialidad económica y social del ferrocarril como actividad de interés general a inicios del siglo XX, al punto de blindar su financiamiento público, inclusive, en situación de guerra.

Ahora bien, la influencia del constitucionalismo social en las primeras décadas del siglo XX fue determinante. Como explica Sánchez Vásquez:

el constitucionalismo social representa el paradigma jurídico que surge y evoluciona en y para beneficio de la sociedad en su conjunto, toda vez que, gracias a este modelo jurídico de organización social y política, se logran armonizar y aminorar los antagonismos y contradicciones de las clases sociales representados, por una parte, por los desamparados que carecen de lo mínimo necesario en relación con aquellos pequeños sectores de la sociedad que poseen todo y en abundancia. Así, en el Estado de derecho social democrático orientado y organizado a través del constitucionalismo

⁴⁹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano” (Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012), 19 - 21.

⁴⁹⁸ Tanto la Constitución de 1897 como la de 1906 hacen mención expresa al ferrocarril, pero en el contexto de amenazas inminentes de invasión exterior, guerra internacional o conmoción interior a mano armada. En el caso de la primera, el texto señalaba: “Art. 98.- En caso de invasión exterior o de conmoción interior, el Poder Ejecutivo ocurrirá al Congreso si estuviere reunido y si no, al Consejo de Estado para que, después de considerar la urgencia según el informe correspondiente, le conceda o niegue con las restricciones que estime convenientes, todas o parte de las siguientes facultades: [...] 9. Disponer de los caudales públicos, aunque estén destinados a otros objetos, excepto los pertenecientes a instrucción pública, *ferrocarriles* y beneficencia”; mientras que en el caso de la segunda, se prescribía: “Art. 83.- En el caso de amenaza inminente de invasión exterior, en el de guerra internacional o en el de conmoción interior a mano armada, el Poder Ejecutivo ocurrirá al Congreso, sí estuviere reunido, y si no, al Consejo de Estado, para que, después de considerar la urgencia, según el informe y los documentos justificativos correspondientes, le conceda o niegue, con las restricciones que estime convenientes, todas o parte de las siguientes facultades: [...] 5. Invertir en la defensa del Estado y conservación del orden público los fondos fiscales aunque estuvieren destinados a otros objetos, con excepción de los pertenecientes a los ramos de Instrucción Pública, Beneficencia y *Ferrocarriles*”.

social, se establecen estrategias para alcanzar los valores y fines que tienen que ver con la justicia social.⁴⁹⁹

Concretamente, dentro de la teoría de los servicios públicos, el constitucionalismo social encontró una importante puerta de entrada e influencia a través del principio de solidaridad desarrollado por Duguit. Mercado resalta tal participación teórica para Colombia y su constitución de 1936.⁵⁰⁰ En el caso ecuatoriano, Rodas describe la influencia de dicha corriente en la Constitución de 1929 y señala:

Con el constitucionalismo social se pretendió el control social de la libertad individual, y junto a la libertad, la propiedad y la seguridad del constitucionalismo liberal, los valores de la justicia, la solidaridad, insuflando una dimensión social al derecho que se proyectó en el nuevo Estado social de derecho. En el Ecuador, se inicia con la Constitución de 1929, en la que por primera vez se reconocen los derechos económicos y sociales, se instituyen el *habeas corpus* y el voto femenino; etapa que se extiende hasta la promulgación de la constitución de 1998, la que define con señalados caracteres al Estado social de derecho.⁵⁰¹

Justamente, en el marco de la Constitución de 1929,⁵⁰² el ecuatoriano Altamirano afirma –aunque sin identificarlas– que a partir de dicho texto político, “el Ecuador empieza a incorporar normas de derecho constitucional económico, pero no es sino hasta la Constitución de 1998 en que se logra vislumbrar un claro sistema económico constitucional de corte liberal de mercado”.⁵⁰³

Luego, Salgado señala que desde el año 1925, esto es, cuatro años antes de entrada en vigencia de este texto constitucional, en el marco de la influencia de las tesis políticas del socialismo a nivel mundial, se buscaba el “reordenamiento jurídico–

⁴⁹⁹ Rafael Sánchez Vásquez, “La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (caso México)”, *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 27 (2012): 251–309, 269 y 270.

⁵⁰⁰ Ana Carolina Mercado Gazabón, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos*. Colección Textos de Jurisprudencia, serie Maestría (Bogotá: Universidad del Rosario, 2015). Además, Mercado resume lo que a su juicio son los principales aportes generales de la teoría de León Duguit, a saber: “Además del principio de solidaridad, Mercado resume los otros criterios más importantes que a su juicio desarrolló el arquitecto de Burdeos, a saber: “El pensamiento jurídico de Duguit se puede compendiar en los siguientes elementos, todos interrelacionados: la negación del individualismo, la noción de solidaridad, la inexistencia del derecho subjetivo, la función social de la propiedad y la noción de servicio público”, 3.

⁵⁰¹ Gonzalo Xavier Rodas Garcés, “Administración Pública y Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador” (Tesis doctoral, Universidad de la Coruña, 2020), 94.

⁵⁰² Ecuador, *Constitución de 1929*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.

⁵⁰³ Cristian Altamirano, “Teoría y Práctica del paradigma constitucional económico, social y solidario ecuatoriano”, en *Refundación del constitucionalismo social: reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, Estudios Jurídicos 45 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019), 205–29, 208.

constitucional de los Estados y se desarrollan los derechos sociales y económicos que tienen que ver con el amplio mundo del trabajo y de la previsión social [...] con existencias vitales de la comunidad política como son: [...] el acceso a servicios públicos”.⁵⁰⁴

Paradójicamente a lo señalado por Altamirano y por Salgado, lo cierto es que al analizar la Constitución del año 1929, no se observa la inserción expresa de un modelo constitucional económico específico para los servicios públicos. Grijalva,⁵⁰⁵ en cambio, justificará que el contexto de la época, especialmente a partir de los eventos del 15 de noviembre de 1922 en la ciudad de Guayaquil. Así también, la intervención de la misión Kemmerer, la nueva regulación de la actividad bancaria con órganos estatales de control⁵⁰⁶ y la creación del Banco Central del Ecuador⁵⁰⁷ en 1925,⁵⁰⁸ daban cuenta de matices jurídicos específicos de derecho económico.

⁵⁰⁴ Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 92.

⁵⁰⁵ Sostiene el autor: “la crisis del cacao y del sistema monetario y financiero del Ecuador en los años veinte tuvo una directa relación con las condiciones del mercado mundial, y constituyó el antecedente de la Revolución juliana, cuyos cambios en la legislación económica son a su vez el contexto en que se dictó la Constitución de 1929, primera en introducir derechos económicos y sociales. [...] Lo exiguo de la normativa económica en estas constituciones no significa que el Estado fuera neutro e intrascendente para el orden económico. Por el contrario, la propia omisión de derechos económicos, exceptuando la propiedad y el comercio, así como la ausencia de normas e instituciones sobre el rol del Estado en la economía, exceptuando las finanzas públicas, son expresión de un Estado liberal – oligárquico que supuestamente se abstenía de intervenir en la economía pero que en realidad era un instrumento decisivo del poder económico y político de las clases latifundista y agroexportadora, cuyo declive fue luego precipitado por la crisis cacaotera. [...] De hecho, este Estado supuestamente ausente, neutro o abstencionista en materia económica es el que sostuvo jurídica, institucional y políticamente el poder de los bancos privados durante el período inmediato anterior a la Revolución juliana, dando lugar a un sistema monetario y financiero que derivó en altas tasas de inflación, endeudamiento público y graves convulsiones sociales, cuya máxima expresión fue la masacre de trabajadores en Guayaquil, el 15 de noviembre de 1922. Todo ello derivó durante el período juliano en importantes reformas en la legislación económica y en 1929 a una nueva constitución económica. A raíz del programa impulsado por la misión Kemmerer se dictó legislación sobre banca central y bancos privados, moneda, presupuesto, impuestos, aduanas y cheques. Al mismo tiempo se creó el Banco Central, la Superintendencia de Bancos, la Contraloría General del Estado, la Caja de Pensiones, la Dirección General de Aduanas, entre otras entidades públicas orientadas a la intervención del Estado en la economía. [...] La Constituyente de 1929 estuvo integrada por sectores liberales modernos, representantes conservadores y del naciente Partido Socialista. Esta constituyente fue planificada e impulsada por el gobierno de Ayora, luego de que este consolidara por vía legislativa la nueva institucionalidad económica. La Constitución de 1929 es la primera que amplía significativamente las normas relativas a la economía; incluye un título exclusivamente para regular el presupuesto nacional, en el cual se establece que el Ejecutivo debe presentar al Congreso un presupuesto equilibrado de gastos e ingresos. Esta es una consecuencia de la Revolución juliana, lo cual incluyó además el mandato constitucional de centralización de las rentas, así como la fiscalización del gasto mediante la Contraloría”. En Grijalva Jiménez, “La Constitución Económica del Ecuador”, 80 y 81.

⁵⁰⁶ Véase Víctor Granda Aguilar, “Sistemas de control financiero y su evolución en Ecuador”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 28 (2017): 31–51.

⁵⁰⁷ Pérez Camacho, “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”. Explica el autor: “El Banco Central del Ecuador se constituye inicialmente como una persona jurídica de derecho privado, sometida a la legislación mercantil. [...] Es uno de los primeros ensayos gubernativos para establecer unidades administrativas descentralizadas funcionalmente. La figura de la personalidad jurídica de derecho privado otorgaba al Banco Central la independencia necesaria para desempeñar el papel de rector

Ahora, lo que sí se observa del texto constitucional es cómo la libertad de enseñanza, también reconocida respectivamente en 1897 y 1906, iba tomando un giro desde una posición al menos moderada, hacia el control estatal.

El último inciso del numeral 21 del artículo 151, correspondiente a las garantías fundamentales, señalaba expresamente: “La enseñanza particular sólo podrá darse de acuerdo con las leyes y reglamentos del Ramo y sometiéndose a la vigilancia oficial”.⁵⁰⁹

Nótese como hay una sustancial diferencia entre la libertad de enseñanza de la que se hablaba en 1897 versus lo prescrito en esta Carta Política.

Otro hallazgo importante que diferencia esta Constitución de sus dos predecesoras radica en la relación del derecho a la propiedad privada y el acceso al agua. Aunque esta Carta Política no categoriza al agua como un servicio público (*publicatio* constitucional), la menciona expresamente y de su sola lectura se advierte la importancia que se quiso dar a aquella.

El artículo 151, en su numeral 14, segundo inciso señalaba: “Los pueblos y caseríos que carezcan de tierras o aguas o sólo dispongan en cantidad insuficiente para satisfacer las primordiales necesidades domésticas e higiénicas, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, armonizando los mutuos intereses de la población y de los propietarios”.⁵¹⁰

Nótese como dicha Constitución creó para este tipo de propietarios el derecho a ser provistos del agua de las propiedades inmediatas. A la fecha, entonces, no existía en el texto constitucional, la necesidad estatal de la administración pública para avizorar infraestructura y redes públicas de, entre otros servicios como dirá Uckmar,⁵¹¹ la distribución de agua a los centros poblados.

En otras palabras, tal disposición constitucional parece más bien derivar a una lógica de solidaridad vecinal.

de las políticas monetarias, alejado de las coyunturas políticas. Pero esa misma característica conduciría eventualmente a su constitución como una entidad de derecho público, aunque con carácter de *autonomía*”, 160.

⁵⁰⁸ Ecuador, *Ley sobre fundación de un Banco Central*, Registro Oficial 78, 14 de octubre de 1925.

⁵⁰⁹ Ecuador, *Constitución de 1929*, art. 151.

⁵¹⁰ *Ibíd.*, art. 151

⁵¹¹ Víctor Uckmar, “Equilibrio en la fiscalidad entre justo gasto y justo impuesto”, en *Estado, Derecho y Economía*, Estudios Jurídicos 45 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 13–19. Señala el autor: “B. Akitoby, R. Hemming y G. Schwartz relevan que tradicionalmente las administraciones públicas han construido y mantenido las estructuras fiscales tales como calles, puertos y aeropuertos y redes de telecomunicaciones y de energía eléctrica. Sin la existencia de esta infraestructura, hubiese sido imposible el crecimiento de gran parte de la actividad económica. De hecho, el gasto por inversión en infraestructura ha sido una de las principales actividades de los gobiernos”, 17.

Una última consideración que diferencia este texto de los dos anteriores, consiste en que reemplaza el término *beneficencia* y lo reemplaza por *sanidad y asistencia públicas*,⁵¹² sumándolas a las excepciones previstas para la instrucción pública y los ferrocarriles en caso de inminente invasión exterior, guerra internacional o grave conmoción al interior.

A continuación, se procederá a revisar la cuestión de los servicios públicos en la Constitución de 1945.⁵¹³ No se toma en cuenta en esta investigación la Constitución de 1938.⁵¹⁴

En el caso del texto constitucional analizado, a pesar de su breve duración y de la cual tanto Guzmán⁵¹⁵ como Salgado⁵¹⁶ le proveen de un importante reconocimiento

⁵¹² Aunque esta investigación no profundizará la salud como actividad de interés general y servicio público impropio, conviene al menos hacer alguna mención teórica sobre el tránsito de la actividad de beneficencia hacia el concepto de salud que, como tal, guarda más concordancia con la acción directa del Estado en reemplazo de otros estamentos de prestación como los filantrópicos o caritativos. En tal sentido, para el caso de Chile – que no difiere ostensiblemente con otras experiencias de América Latina a inicios del siglo XX –, por ejemplo, conviene revisar el análisis desarrollado por Espinoza Muñoz. Este autor señala: “¿Podemos decir que existía algo parecido a un sistema de salud anterior al siglo XX y al rol del Estado benefactor? Si analizamos la evolución histórica de la preocupación social por la salud, podemos hablar de una “beneficencia pública” propiamente tal con el intento por parte de las monarquías nacionales de Europa, de organizar y controlar las redes de solidaridades colectivas (religiosas, tribales, gremiales), asumiendo cierta dosis de responsabilidad frente al sufrimiento de los más expuestos de la comunidad, pero sobretudo entendiendo a la población como un capital humano que resguardar para asegurar su reproducción y la prosperidad del propio Estado. Esta beneficencia pública se caracterizaba por: ‘a) en lo jurídico, no establece derechos ni obligaciones para los beneficiarios, y b) en lo económico, es un sistema no contributivo de parte del beneficiario. Se basa solo en la caridad del Estado’ (Acharan 1950). Cuando durante el siglo XIX la beneficencia pública alcanza su pleno desarrollo, los fundamentos de su existencia podrán resumirse en tres conceptos o representaciones de la solidaridad social frente al desvalido: En primer lugar la *Filantropía*, entendida como la compasión filosófica, que auxilia al desdichado por amor a la humanidad y la conciencia de su dignidad y su derecho; en segundo lugar la *Caridad*, o sea, la compasión cristiana, que acude al menesteroso por amor de Dios y del prójimo; por último, tenemos la *beneficencia* propiamente tal, que es la compasión oficial, que ampara al desvalido por un sentimiento de orden y justicia (Arenal 1861). Tal definición apunta justamente a la raíz de la diferencia en la manera de enfocar el problema de la salud pública; filantropía, caridad y beneficencia aparecen relacionados como concesiones regias hacia los más necesitados y no como un deber u objetivo de la sociedad, la compasión, esto es, un sentimiento moral y religioso, es el motor de la acción pública y privada. En Alexis Enrique Espinoza Muñoz, “De la beneficencia a la salud pública”, *Revista de Estudios Cotidianos* 3, n° 1 (2015): 207–36, 209 y 210.

⁵¹³ Ecuador, *Constitución Política de 1945*, Registro Oficial 228, 06 de marzo de 1945.

⁵¹⁴ Sobre la Constitución de 1938, Salgado explica que aquella “No fue promulgada por el Ejecutivo (presidencia del Dr. Mosquea Narváez), quien disolvió la Asamblea Constituyente, compuesta por un número igual de representantes conservadores, liberales y socialistas. En consecuencia, esta Carta no tuvo vigencia legal, pero sí una existencia histórica que refleja las tendencias político – jurídicas de la época”. En Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 94.

⁵¹⁵ Marco Antonio Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano I*, Estudios Jurídicos 11 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996). Manifiesta el autor: “Buena parte de los tratadistas que han examinado la evolución de nuestro derecho constitucional han sostenido que la *Constitución de 1945* es el documento más avanzado, de la más idónea estructura y la más clara concepción social que ha dado el derecho ecuatoriano. Su artículo 1 proclama que el Estado ecuatoriano funcionará bajo un ‘régimen de libertad, justicia, igualdad y trabajo, con el fin de promover el bienestar individual y colectivo y de propender a la solidaridad humana’. [...] En varias de sus normas (art. 141, núm. 12 y 14, arts. 142 a 150), dicha Carta Política consagra, con claridad y firmeza, los derechos

jurídico. Aquí se incluyó por primera vez en el siglo XX, dentro de su sección cuarta, título décimo tercero, una referencia explícita a los servicios públicos.

Sin embargo, tal inclusión se refería la garantía de expropiación de las empresas privadas que presten tales servicios a la luz de los intereses económicos del país. De hecho, la norma señalaba: “El Estado, cuando lo exigieren los intereses económicos del país, podrá nacionalizar, previa expropiación legal, empresas privadas que presten servicios públicos y reglamentar su administración”.⁵¹⁷

La forma jurídica como se encontraba redactada esta cláusula da cuenta de un sistema mixto implícito de prestación de servicios públicos, esto es, ofrecidos tanto por el sector privado como por el sector público.

Es menester aclarar que este texto constitucional no diferenciaba ni determinaba cuáles actividades estaban a cargo de cada sector. Además, dicho texto constitucional incluyó como responsabilidad pública de los consejos provinciales, la competencia de “Prestar servicios públicos de interés provincial, directamente o en colaboración con las demás autoridades”.⁵¹⁸

Así también, determinó como competencia de los consejos parroquiales de cada parroquia rural en el territorio nacional, la función de “1. Atender al mejoramiento de los servicios públicos de la parroquia”.⁵¹⁹

Siguiendo la tradición teórica de los servicios públicos impropios, la Constitución de 1945, además de amplificar sustancialmente el espectro de la educación e incluir, allí sí, el concepto de servicio social de educación⁵²⁰ como derecho y

económicos y sociales que proclamaron las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, los principios sobre la función social de la propiedad y la orientación sobre el rol del Estado en la Economía que, a veces con menos precisión, se reiteran en lo fundamental, en las constituciones de 1946, 1967 y 1978. Sus enunciados sobre la Economía así como respecto al trabajo, el bienestar social, la salud (secciones cuarta y quinta, arts. 146, 147, 148 y 149, título décimo tercero, de las garantías fundamentales) tienen especial fuerza y nitidez. La Constitución de 1945 significó, en varios aspectos, un progreso jurídico que quizá se anticipó a la realidad que para entonces vivía el país. En alguna manera, la de 1946 implicó un retorno a tal realidad, aunque para algunas fue una verdadera regresión jurídica”, 76.

⁵¹⁶ *Ibíd.* Sostiene el autor: “Es una de las mejores que ha tenido el Ecuador y fue muy adelantada para su época”, 94.

⁵¹⁷ Ecuador, *Constitución Política de 1945*, art. 146.

⁵¹⁸ *Ibíd.*, art. 100.

⁵¹⁹ *Ibíd.*, art. 107.

⁵²⁰ *Ibíd.*, art. 143: “La educación constituye una función del Estado. Se garantiza la educación particular, ajustada a las leyes y a los reglamentos y programas oficiales. La educación oficial y la particular tienen por objeto hacer del educando un elemento socialmente útil. Deben inspirarse en un espíritu democrático de ecuatorianidad y de solidaridad humana. La educación pública debe tener unidad y cohesión en su proceso integral. Para ello se organizará de modo que exista una adecuada articulación y continuidad en todos sus grados. Empleará métodos que se fundamenten en la actividad del educando y desarrollen sus aptitudes, respetando su personalidad. La educación oficial es laica y gratuita en todos sus grados. Ni el Estado ni las Municipalidades pueden subvencionar otra educación que ésta; pero los

obligación del estado en adición de la libertad de enseñanza, complementó en el artículo 143 una importante obligación respecto a la salubridad pública.

En el artículo 149 el texto hacía referencia a la previsión y asistencia social como obligaciones *ineludibles* del Estado –no les denomina servicios públicos todavía– y ubica la Constitución en el numeral 2 de dicho artículo a la *salubridad pública* en los siguientes términos:

Art. 149.- La previsión y asistencia sociales son servicios ineludibles del Estado. Comprenden principalmente: [...] 2. La salubridad pública, como garantía del derecho de la salud, que tienen todos los habitantes del país. El Estado asignará anualmente los fondos necesarios para que el servicio sanitario nacional pueda desarrollar planes progresivos de saneamientos y de medicina preventiva.⁵²¹

Conviene resaltar como hallazgo el nuevo uso del término *servicio* para los casos de educación y salud en la Constitución de 1945, aunque parece que la intención de la Asamblea Nacional Constituyente era usar dicho término como una actividad de interés sustancial en la población y que, por tanto, era responsabilidad del Estado su prestación.

En todo caso, el uso de este término no suponía –o al menos no debía– provocar tensiones con la participación del sector privado en dichas actividades, pues lo que parece evidenciarse es que para el constituyente la expresión *servicios sociales* guardaba relación con lo que hoy en día la doctrina administrativa conoce como servicios públicos *impropios* –aunque esta clasificación resulta actualmente anacrónica en el caso de la Unión Europea–.

Mientras que, el uso de la expresión *servicios públicos* se relacionaba con aquellos de tipo *propio*, esto es, los monopólicos, los que no actúan en régimen de

servicios sociales serán suministrados, sin diferencia alguna, a todos los alumnos que los necesiten. La educación primaria es obligatoria. En la oficial el Estado proporcionará, sin costo alguno, los materiales escolares necesarios. El Estado y las Municipalidades cuidarán de eliminar el analfabetismo y estimularán la iniciativa privada en este sentido. En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quechua o la lengua aborigen respectiva. El Estado atenderá especialmente al desarrollo de la educación técnica, de acuerdo con las necesidades agrícolas e industriales. Las universidades son autónomas, conforme a la ley, y atenderán de modo especial al estudio y resolución de los problemas nacionales y a la difusión de la cultura entre las clases populares. Para garantizar dicha autonomía, el Estado procurará la creación del patrimonio universitario. Se garantiza la libertad de cátedra. La ley asegurará la estabilidad de los trabajadores de la enseñanza en todos sus grados y regulará la designación, ascenso, traslado, separación y remuneración de ellas. El Estado auxiliará a los estudiantes necesitados, a fin de facilitar su completa educación. En el presupuesto constará anualmente una partida destinada a becas para hijos de obreros, de artesanos y de campesinos. Se garantiza la libertad de organización de los profesores y de los estudiantes. La ley determinará la forma de intervención de los estudiantes en los asuntos directivos y administrativos de los institutos de educación”.

⁵²¹ *Ibíd.*, art. 149.

competencia. Entonces, serían aquellos prestados por el Estado directamente o por el sector privado en actividad de concesión u otras formas administrativas.

Por otra parte dicha Constitución añadió un *servicio* adicional que parecería, al menos *prima facie*, que no guarda consonancia con los servicios de interés general que actualmente conocemos como tales. Ni siquiera parece encajar en alguna de las categorías básicas contenidas en la pirámide de Maslow mencionada *ut supra*.⁵²²

Este servicio, al cual además se le añadió el término el término *social*, era la actividad periodística –criterio con el que no está de acuerdo este investigador para el caso del siglo XXI–.

Trujillo⁵²³ explicaba tal necesidad como una forma jurídica de protección a los derechos de información y comunicación, de manera que se intentó dotar a tal actividad de un velo de constitucionalidad que le garantice, en aquel momento histórico, de la suficiente independencia y seguridad frente a los poderes públicos.

Un último hallazgo se observa en el caso de los ferrocarriles. La Constitución de 1945 preservaba en su artículo 68, la prohibición de utilizar las asignaciones presupuestarias de este sector en caso de inminente invasión exterior o grave conmoción interna a mano armada.

Pero, a diferencia de los textos constitucionales anteriores, se añadió la excepción de guerra internacional, de manera que quedaba autorizado inclusive el uso del presupuesto de los ferrocarriles para tales fines.

⁵²² Para la época en que fue expedida la Constitución de 1945, hubiera sido necesario que se declare a la información y a la comunicación social como bienes sociales de interés común. De esta manera, el Estado debía asumir la función de proveer obligatoriamente dicho servicio. En otras palabras, la declaratoria del periodismo como *servicio*, a pesar de bienintencionada, fue jurídicamente incorrecta y volátil. La Constitución simplemente podía limitarse a señalar que el periodismo era una actividad profesional con responsabilidad social que, además, debía gozar de garantías estatales para su pleno ejercicio.

⁵²³ Trujillo Vásquez, *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*. Sostiene el autor: “El constituyente de 1945 lo mismo que el de 1946 fue claro en disponer que la actividad de difundir información es un servicio, entonces decían ‘servicio social’ que, dado el todavía incipiente desarrollo del más reciente y moderno derecho administrativo, es lo mismo que servicio público. Casi un siglo antes de las enmiendas constitucionales de 2015 ya se distinguían los derechos de información y comunicación como facultad del ser humano, del medio a través del cual se ejerce este derecho, los *mass media*: prensa escrita, radio, televisión, etc. En resumen, el derecho de comunicación no es servicio público como lo es el que prestan los medios de comunicación que hacen efectivo el derecho de buscar, recibir y difundir información acerca de personas, actos, sucesos o acontecimientos de interés general. Los constituyentes de 1945 al igual que los de 1946 enaltecieron la labor de los medios de comunicación y de quienes trabajan en ellos, ya sea buscando y difundiendo informaciones de interés general o ya opinando acerca de ellas; les recordó su tarea, que la concretó diciendo que los medios de comunicación social debían participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley, agregaba, establecerá los alcances y limitaciones de esta participación”, 102.

Ahora bien, como se indicó, la vigencia de esta Constitución fue de aproximadamente más de un año. Inmediatamente después de aquello, nació a la vida jurídica la Constitución de 1946⁵²⁴ de la mano del presidente José María Velasco Ibarra.

En cuanto a la educación, este texto constitucional enunciaba los *servicios sociales escolares*.⁵²⁵ Indicaba que los mismos debían ser suministrados sin distinción en establecimientos gratuitos, oficiales o particulares.

Un detalle importante es que la norma autorizaba a las municipalidades a subvencionar la enseñanza particular gratuita en un monto máximo del 20% de las rentas destinadas a la educación. A juicio de Ayala, esta actividad colaborativa permitió estabilidad en el funcionamiento de la educación.⁵²⁶

Otros hallazgos importantes consisten en evidenciar la supresión de las disposiciones constitucionales relacionadas a la salubridad y al presupuesto de los ferrocarriles – aunque por primera vez se expide un cuerpo normativo para las Empresas Públicas de Ferrocarriles como explica Pérez –⁵²⁷, así como también el acceso al agua vecinal que en este último caso, se llegó a reconocer la Constitución de 1929.

La Constitución de 1946 también suprimió la competencia administrativa de los consejos provinciales y los consejos parroquiales para la prestación, *lato sensu*, de servicios públicos. No determinó ni fijó dicha competencia constitucional para algún otro órgano de la administración pública.

A pesar de estas circunstancias, en forma paradójica, reconoció el derecho de los trabajadores a la huelga pero con limitaciones reglamentarias para “empresas e instituciones de servicios públicos”.⁵²⁸ No especificaba a cuáles ni a cuántos se refería.

Tal detalle no es menor, pues a diferencia de sus predecesoras, esta Constitución creó un Consejo Nacional de Economía, cuya organización y funcionamiento se delegaba a la legislatura. La función constitucional de dicho Consejo consistía en estudiar los problemas económicos y la orientación de las finanzas públicas del país.

⁵²⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República de Ecuador*, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

⁵²⁵ *Ibíd.*, art. 171, inciso quinto.

⁵²⁶ Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador*, 58.

⁵²⁷ Explica Pérez que “Las empresas de Ferrocarriles del Estado y de Abonos del Estado se constituyeron en 1946, prácticamente las primeras empresas públicas ecuatorianas. Los ferrocarriles se constituyeron como empresa a raíz de la nacionalización de la empresa operadora, *The Guayaquil and Quito Railway Company*”. En Pérez Camacho, “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”, 161.

⁵²⁸ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, art. 185, letra i.

Ninguna mención se hacía respecto del rol de los servicios públicos en la economía nacional, cuestión que hubiere sido importante en el contexto político y económico de mitades del siglo XX, aunque Salgado reconoce la potestad de dicho organismo para proponer proyectos de ley de carácter económico.⁵²⁹

A pesar de aquello, la doctrina jurídica de la época no descuidaba la necesidad de formular la cuestión de los servicios públicos desde el interés general y también desde su lógica técnica e industrial.

En 1953, el jurista ecuatoriano Pío Jaramillo Alvarado distinguía –siguiendo la línea fundadora de Duguit– tales actividades de interés general, de aquellas otras que también consistían en actividades de gobierno reconocidas además en la Constitución.

Así lo señalaba el autor:

¿Cuál es el objetivo de la obligación del Gobernante? Hay tres actividades cuyo cumplimiento se ha pedido a todos los gobernantes de todos los tiempos: 1. La defensa de la colectividad y del territorio contra el enemigo del exterior; 2. El mantenimiento de la seguridad, del orden y de la tranquilidad en el territorio, en el interior, para el bien de la colectividad [sic]; estos elementos son constitutivos de los tres servicios públicos originarios: la guerra, la policía y la justicia. Hoy no bastarán estos servicios. Los hechos son más fuertes que todas las teorías y la conciencia moderna desde otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y mora: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de la enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de la asistencia pública.⁵³⁰

Aunque la Constitución de 1946 no estableció de forma expresa un marco constitucional económico, según Guzmán, sí describió varios preceptos fundamentales, concretamente los artículos 165 a 171, 174 a 180, contenían “principios que entrañan una activa posición del Estado frente a la consecución y promoción de los derechos de los individuales, de impulso al desarrollo económico”.⁵³¹

⁵²⁹ Según Salgado, “Se concreta la existencia del Consejo Nacional de Economía para el estudio de los problemas económicos y orientación de las finanzas. Este organismo tenía la iniciativa en proyectos de ley de carácter económico y debía ser previamente consultado por el Ejecutivo cuando quisiera dictar los decretos-leyes de emergencia en materia económica, durante el recurso del Congreso, pues esta Carta Política otorgaba al presidente de la República esta facultad”. En Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 95.

⁵³⁰ Pío Jaramillo Alvarado, *Derecho Público Interno* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953). Continúa el autor: “Lo anterior demuestra que el Derecho Administrativo contemporáneo, se traduce por la realización de los servicios públicos, como el aspecto técnico del gobierno de la nación. Pero es preciso advertir que el objeto mismo de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se encuentran determinados por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes. En suma, la noción de servicios públicos puede formularse de este modo: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.

⁵³¹ Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano I*, 76.

La Constitución de 1967⁵³² reviste de características importantes desde el enfoque del derecho constitucional económico, inclusive en las primeras intenciones constitucionales económicas e integracionistas dentro del fenómeno de supranacionalidad.⁵³³ Aquella determinaba en su capítulo VI la creación de la Junta Nacional de Planificación y Coordinación. Se aclara que dicha Junta existía legalmente desde el año 1954.⁵³⁴

Este organismo, de acuerdo con el artículo 235, tenía como misión “planificar el desarrollo económico y social del país y de coordinar sus actividades en estos campos”.⁵³⁵ Tal determinación constitucional no fue sino el resultado del contexto económico que por años ya venía cimentándose a partir de la influencia del denominado desarrollismo de mitad del siglo XX.⁵³⁶

Luego, dos cuestiones importantes que denotan tensión hacia el estatismo se encuentran en los artículos 59 y 154 de esta Carta Política. En el caso del artículo 59,⁵³⁷ se observa que cuando existían empresas que exploten servicios públicos y éstas tendían al monopolio, señalaba la norma, que éstas podían ser nacionalizadas de acuerdo con la ley.

Curioso es que esta disposición constitucional no determinaba a cuáles servicios públicos se refería. Simplemente autorizaba, sin algún margen técnico referencial o algún mínimo de garantía de expropiación o indemnización, la nacionalización de tales empresas. Se observa la omnipresencia estatista de la Constitución de 1967.

Por su parte, el artículo 154 determinaba que el presupuesto general del Estado se debía dictar anualmente y con atención, tanto a los servicios públicos, como a la ejecución de programas de desarrollo económico y social. La norma constitucional *in comento* tampoco hacía mención a cuáles servicios públicos se refería con el destino del presupuesto general del Estado.

⁵³² Ecuador, *Constitución Política de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

⁵³³ En efecto, esta carta política, en su artículo 92 determinaba: “Integración económica regional.- El Ecuador sumará su esfuerzo al de los demás Estados Latinoamericanos en la integración económica regional por la aceleración del progreso común, y colaborará con ellos para mejorar las condiciones de intercambio en el comercio mundial”.

⁵³⁴ María Fernanda López Sandoval, “El sistema de planificación y el ordenamiento territorial para Buen Vivir en el Ecuador”, *Geosp - Espaço e Tempo* 19, n° 2 (2015): 296–311, 300.

⁵³⁵ Ecuador, *Constitución Política de 1967*, art. 235.

⁵³⁶ Véase Narcisca Ullauri Donoso, *Modernización y desarrollismo en Ecuador, 1948-1952* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2022).

⁵³⁷ *Ibid.*, art. 59, segundo inciso. La norma señalaba expresamente: “Las empresas que exploten servicios públicos que tiendan al monopolio, podrán ser nacionalizadas con arreglo a la ley”.

No representaba un debate de la esfera constitucional la determinación del sistema económico de los servicios públicos, sino simplemente se enunciaba la normativa constitucional respecto de ellos y el uso que el gobierno correspondiente haga presupuestariamente de los mismos.

En todo caso, algunos detalles interesantes que añadir, tratándose de la década de los años sesenta, a inicios de esta y frente a un proceso anárquico en el sector eléctrico, se estableció la regulación legislativa para dicho sector en 1961. Así lo explica Guzmán.⁵³⁸

A la par, se reconocía la creación de empresas públicas –cuestión nunca realizada antes en el país– esta vez, alrededor de la década de los setenta y con dicha Constitución vigente, tal como lo analiza Pérez Camacho.⁵³⁹

Así, en la vorágine de creación de empresas públicas en Ecuador, principalmente –pero no exclusivamente– a inicios y durante los años setenta, la visión estatista de la economía nacional encontraba su justificación en los procesos políticos de América

⁵³⁸ Marco Antonio Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano II*, Estudios Jurídicos 12 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996). Explica el autor: “El 23 de mayo de 1961 se promulgó la Ley Básica de Electrificación, que creó el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL). En materia de energía eléctrica, la normativa fundamental estuvo, por más de una década, constituida por dicha Ley, publicada en el R.O. No. 227, de 31 de ese mismo mes. A su amparo, se configuró el Sistema Eléctrico Nacional. Tal ley fue sustituida por la que se adoptó mediante D.S. No. 1042 de 4 de septiembre de 1973 (R.O. 387 de 10 de igual mes). En esta Ley se robusteció INECEL al que se confirió autonomía económica y administrativa. A partir de ese año, se asignó al Fondo Nacional de Electrificación el 47% de las regalías provenientes de la producción del petróleo, participación que se redujo al 35% en 1975 y desde 1982 virtualmente se diluyó, al anclársela en un teórico tipo de cambio de 44 y luego de 66 sucres por dólar, mientras el real subía hasta casi los tres mil, a fines de 1995. A base de aquella participación, INECEL inició la ejecución de grandes proyectos de generación eléctrica, así como de transmisión a nivel nacional [...]”, 64.

⁵³⁹ Pérez Camacho, “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”. Expresa el autor: “responden al concepto de empresa los servicios públicos de correos, telecomunicaciones y energía eléctrica, que después de funcionar largo tiempo como dependencias ministeriales, se constituyeron como entidades con personalidad jurídica de derecho público a comienzos de los años setenta (Empresa Nacional de Correos, IETEL e INECEL), época en que también se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), hoy Petroecuador y sus filiales. En el ramo del transporte marítimo de carga y de hidrocarburos, la Marina consideró necesario establecer las empresas Transnave y Flopec, respectivamente. El Estado también se hizo cargo de la expropiada compañía ‘Ecuatoriana de Aviación’ como ‘empresa estatal’. A comienzo de los setenta también se crearon empresas con finalidades denominadas por la doctrina como de suplementarias y compensatorias del mercado, principalmente la Empresa Nacional de Productos Vitales (ENPROVIT), la Empresa Nacional de Almacenamiento (ENAC) y la Empresa Nacional de Semen (ENDES). Con esta misma finalidad se crea, también a comienzos de los setenta, la Empresa Pesquera Nacional (EPNA). Con fines de captación de rentas y producción de excedentes, al estilo de la Empresa de Abonos del Estado se crearon la Empresa de Alcoholes del Estado y la Empresa Nacional de Pronósticos Deportivos (ENPRODE). Las demás empresas constituidas principalmente en los años setenta y ochenta, denominadas ‘públicas’ son en realidad de derecho privado, puesto que se constituyeron en compañía de economía mixta como sociedades anónimas de capitales públicos, conforme las provisiones de la Ley de compañías. Tal es el caso también de las ‘empresas eléctricas’ de capitales públicos en todo el país y de innumerables compañías de economía mixta. Finalmente, se deben mencionar en este rubro de las empresas del Estado, compañías anónimas determinadas en las cuales la institución financiera estatal Corporación Financiera Nacional adquirió participaciones por razones diversas, que vendió en los años noventa”, 162.

Latina. Estos vinieron de la mano con concepciones doctrinarias de los estados de bienestar.

La doctrina nacional sobre la cuestión de las empresas públicas y el reconocimiento de sus debilidades en el desarrollo del país era patente desde la propia Función Ejecutiva. Se observa:

La creación de las empresas públicas en el Ecuador encuadra en gran medida dentro del panorama regional de América Latina. La principal diferencia es que en el país, el proceso de adecuar el Estado a las necesidades del Desarrollo socio-económico ha sido más lento y se ha producido más tardíamente. La hipótesis más frecuente utilizada para explicar este fenómeno ha sido la continuación de la economía típicamente agro-exportadora mucho después de que las economías de la mayoría de los otros países latinoamericanos habían sido sustancialmente transformadas con la concomitante consolidación en el caso de éstas, de nuevos grupos sociales y los cambios políticos correspondientes. En el Ecuador, la continuación de las estructuras económicas tradicionalmente dominantes, ha conllevado a una supervivencia relativamente mayor de la dependencia económica y política y, la debilidad del Estado; y del poder político de los grupos oligárquicos con los cambios estructurales fundamentales que necesariamente implican el desarrollo integral.⁵⁴⁰

A partir de la información ofrecida por Pérez Camacho, se presenta a continuación una tabulación realizada por la Secretaría Nacional de la Administración Pública de Ecuador en el año 1977. En esta tabla se describe cronológicamente el número y tipo de empresas públicas estatales y municipales públicas:

Tabla 7
La creación de las empresas públicas en Ecuador
en el período constitucional analizado

A. EMPRESAS PÚBLICAS ESTATALES		
1	Fábrica de Abonos del Estado	1944 / 54
2	Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado	1948 / 55
3	Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL)	13 / 5 / 61
4	Empresa de Alcoholes del Estado	13 / 9 / 65
5	Empresa de Suministros del Estado	7 / 1 / 71
6	Empresa Nacional de Productos Vitales (ENPROVIT)	18 / 5 / 71
7	Transportes Navieros Ecuatorianos (TRANSNAVE)	24 / 9 / 71
8	Empresa Nacional de Correos	29 / 9 / 71
9	Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE)	7 / 72
10	Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL)	16 / 10 / 72
11	Astilleros Navales Ecuatorianos (ASTINAVE)	29 / 12 / 72
12	Empresa Pesquera Nacional (EPNA)	2 / 1 / 73
13	Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios (ENAC)	13 / 2 / 74
14	Ecuatoriana de Aviación	23 / 7 / 74
15	Empresa Nacional de Semen (ENDES)	25 / 11 / 74
B. EMPRESAS MUNICIPALES PÚBLICAS		
1	Empresa Municipal de Agua Potable Quito	19 / 5 / 59

⁵⁴⁰ Juan Abel Echeverría, *Las Empresas Públicas en el Desarrollo Nacional* (Quito: Secretaría General de la Administración Pública / Dirección Nacional de Personal, 1977), 18.

2	Empresa Municipal de Alcantarillado Quito	5 / 63
3	Empresa Municipal de Alcantarillado Guayaquil	29 / 12 / 67
4	Empresa Municipal de Agua Potable Guayaquil	25 / 9 / 70

Fuente: Secretaría General de la Administración Pública.⁵⁴¹
Elaboración propia

El vigor jurídico que significó para el Estado la instauración de este conjunto de empresas públicas, incluida la anecdótica Empresa Nacional de Pronósticos Deportivos⁵⁴² no incluida en la tabla superior, vino de la mano con la cuestión desarrollista.

La Constitución de 1967 intentaba ofrecer un marco de equilibrio entre el rol de las empresas públicas con las empresas privadas, aun cuando sobre la puntualización sobre servicios públicos resultaba escasa, al menos nominativamente. Por ejemplo, el artículo 86 señalaba:

La actividad privada recibirá estímulo del Estado para la creación de nuevas empresas, para su ampliación y reinversión de sus beneficios en actividades lucrativas. El Estado impedirá que tales empresas se desarrollen con mengua del bien común o en perjuicio de la seguridad, libertad o dignidad humanas. De manera especial protegerá las inversiones privadas destinadas a obras de infraestructura.⁵⁴³

De tomarse una interpretación literal de la norma *in comento*, parecería que el texto político de 1967 no limitaba la coparticipación del sector privado con el sector público en la provisión de servicios públicos. Algo parecido a lo que llegó a prever la Constitución de 1998, sobre la cual se hará mención más adelante.

De hecho, como quedó indicado respecto del artículo 59 *ut supra*, se prohibía cualquier actividad monopólica para empresas que exploten servicios públicos. Esto se complementaba con el artículo 89⁵⁴⁴ del texto constitucional. En éste se sancionaba el abuso de los mercados en la provisión de servicios públicos, sin excluir al sector privado.

⁵⁴¹ *Ibíd.*, 19.

⁵⁴² Ecuador, *Decreto Supremo 2138*, Registro Oficial 511, 23 de enero de 1978. De acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo, la creación de esta Empresa Nacional –ENPRODE– se determinó como una Entidad Pública adscrita al Ministerio de Educación y Cultura y su finalidad, de acuerdo al artículo 4, era “cooperar económicamente para el desarrollo de la Educación Física, los Deportes y la Recreación”. Además, en el artículo 5 se estableció que “ENPRODE tendrá como función establecer y administrar los Sistemas de Pronósticos sobre eventos deportivos que se realicen en el País o fuera de él. En consecuencia, ninguna empresa nacional o extranjera podrá desarrollar esta actividad que es exclusiva de la Empresa que se crea con la presente Ley”.

⁵⁴³ Ecuador, *Constitución Política de 1967*, art. 86.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, art. 89. La norma señalaba: “Abuso del poder económico: la ley reprimirá cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros”.

Además, el contexto histórico que sucedía en Ecuador antes y durante la vigencia de la Constitución de 1967 era importante. Grijalva lo explica:

Al igual que había sucedido antes, muchas reformas económicas se cristalizaron, primero, en leyes y solo luego en la Constitución. Hay que anotar al respecto que a más de la Ley de Reforma Agraria de 1964, en 1957 se había expedido una Ley de Fomento Industrial, en 1963 se expide un nuevo Código Fiscal, y en 1964 se expide una nueva Ley de Fomento Industrial, mientras que en 1965 se expide una Ley de Control de precios. Como se aprecia, estos cambios legislativos apuntan en dirección del Estado desarrollista antes mencionado. En efecto, la Constitución de 1968 [sic, seguramente por '1967'] promulgada a raíz de estos procesos amplió aún más la constitución económica al establecer regulaciones sobre planificación, el régimen tributario monetario y bancario. La planificación, en particular, tiene en esta Constitución especial importancia pues se constitucionaliza la Junta Nacional de Planificación, la cual había sido ya creada mediante ley en 1954. Como se dijo, esta Constitución se dicta en un momento de apogeo del desarrollismo, esto es, de una política de crecimiento económico que contó con la base del auge bananero entre 1948 y 1965, proceso en el cual se asignaba al Estado un rol protagónico mediante la provisión de servicios públicos e infraestructura para el desarrollo del sector industrial.⁵⁴⁵

Sin perjuicio de la incesante influencia que la corriente desarrollista provocó en el texto constitucional de 1967, varias reformas legales, siguiendo el criterio de Grijalva, precedieron a dicha Carta Política.

Además, Ayala refuerza esta idea al señalar que la Constitución de 1967 recogió los avances de “décadas anteriores y reguló la planificación: el Estado sujetará su acción a un plan plurianual que comprenda las medidas coherentes para alcanzar, con la participación de todos los habitantes, los fines concretos de desarrollo económico y el progreso social”.⁵⁴⁶

Pero además, a pesar de la aludida influencia jurídica y económica de mediados del siglo XX, autores como Vásconez, Carrión, Goetschel y Sánchez,⁵⁴⁷ presentan evidencia comparativa de, al menos en el caso de la ciudad de Quito, la evolución de los servicios es anterior a tal intensa actividad normativa de creación de empresas públicas y ha demostrado axiomas según los cuales la satisfacción del interés general se ha producido, con sus *pros* y sus *contras*, más allá del Estado normativo.

Así, servicios tales como abastecimiento de agua, alcantarillado y canalización, aseo urbano, servicio eléctrico e iluminación, transporte, telecomunicaciones, radiodifusión, prensa, cine, televisión y correo, no solo coincidían —en parte— con la

⁵⁴⁵ Grijalva Jiménez, “La Constitución Económica del Ecuador”, 82 y 83.

⁵⁴⁶ Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador*, 111.

⁵⁴⁷ Mario Vásconez et al., *Breve historia de los servicios en la ciudad de Quito*, Ciudad Centro de Investigaciones (Quito: Municipio Metropolitano de Quito Dirección de Educación y Cultura, Proyecto Museo de la Ciudad, 1997).

entrada en vigencia de las empresas públicas referidas en la *tabla 7*, sino que concretamente en la ciudad capital, se venían gestando años antes inclusive del denominado constitucionalismo social.

Como ejemplo de aquello, algunos casos son: (i) correos, (ii) recolección de basura, (iii) transporte (aéreo, eléctrico, tren), (iv) alcantarillado y, (v) telecomunicaciones, esquematizados por etapas, principales períodos, fecha y eventos relevantes. Los resultados fueron los siguientes:

CORREO

ETAPAS	PRINCIPALES PERIODOS	FECHA	EVENTOS RELEVANTES
1	Incario, colonia y república Correo verbal y marítimo		Chasquis eran portadores de noticias. Acción de mandaderos y pregoneros. Correo entre España y América a través de flotas.
2	Fines de la Colonia República (siglos XIX y XX)	1794 1831 1865 1899 1900 1928 1936	Nace propiamente el Correo en el Ecuador. Creación de la Dirección de Correos en el nuevo Estado Independiente. Inicio de los sellos postales adhesivos en el Ecuador Se crea el "Correo Municipal de Quito" Se usaba coches para el correo terrestre Inicio del servicio de entrega a domicilio Creación de la Empresa Nacional de Correos
3	Correo Aéreo	1928	Primera valija postal aérea
4	Fax y Correo electrónico	1991	Incorporación al Servicio de Correo Electrónico a través de EcuaneX e Internet.

Figura 5. Principales etapas y eventos relevantes del servicio público de correo en Quito hasta la década de los noventa.

Fuente: Vásconez⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ *Ibíd.*, 40.

ASEO URBANO Y RECOLECCION Y DISPOSICION DE BASURA

ETAPAS	PRINCIPALES PERIODOS	FECHA	EVENTOS RELEVANTES
1	Aseo urbano manual hasta inicios del siglo XX (Colonia y República)		Barrido de calles era realizado por los "capariches", indios de Zámbez y Nayón a cambio de tributación.
2	Aseo urbano mecanizado en el siglo XX	1960's	Paulatina mecanización del barrido, máquinas limpiadoras de cloacas, etc.
1	Recolección en carretas y carretones	1603-1616 1883-1920	Construcción y arriendo de carretones para acarrear la basura hacia quebradas Utilización de carros tirados por bestias para botar a quebradas la basura de calles y las que entregaren los habitantes.
2	Recolección con transporte motorizado y disposición en quebradas	1930	Creación de la Dirección de Higiene Municipal y Aseo Público: barrido y evacuación de basuras en camiones recolectores, carros de presión, con disposición en diversas quebradas y en el Machángara.
3	Disposición sanitaria planificada	1969	Inicio de los vertederos controlados. Relleno de quebradas: Boca del Lobo, Zámbez y El Cabuyal.
4	Proyecto Ambiental	1993	Inicio de proyecto piloto de selección y reciclaje de basura. Creación de EMASEO.

Figura 6: Principales etapas y eventos relevantes del servicio público de aseo urbano y recolección y disposición de basura en Quito hasta la década de los noventa.

Fuente: Vásconez⁵⁴⁹

TRANSPORTE

ETAPAS	PRINCIPALES PERIODOS	FECHA	EVENTOS RELEVANTES
1	Transporte a base de indios cargueros y arrieros. Colonia y República (1535-1910)	1551	Utilización de fuerza humana (indios y mitayos) para transportar equipaje y todo tipo de productos. Arrieros con mulas y bestias de carga. Para viajes se utilizaban caballos.. Utilización del primer carro de madera tirado por bueyes para transportar piedra desde la cantera del Pichincha.
2	Transporte en coches y diligencias (siglo XIX)	1859 1898 1910	Empiezan a usar coches. Transporte a cargo de las Empresas de Carruajes (coches y birloches) Para transporte de larga distancia se usaban las diligencias.
3	Transporte motorizado (siglo XX)	1901 1906 1930 1949 1977-83	Primer automóvil en Quito Primera agencia de automóviles. Aparece la primera empresa de transporte motorizado. Se funda la primera cooperativa de transporte urbano. Aparece el Sindicato de Choferes Conflictos por alza de tarifas en el transporte urbano. Guerra de los 4 Reales.
4	Transporte por tren	1908	Llegada del ferrocarril a Quito
5	Transporte eléctrico	1914-41 1995	Tranvías eléctricos Proyecto Trolebus
6	Transporte aéreo	1920 1936	Se inicia transporte aéreo. Se abre el Aeropuerto Mariscal Sucre en su sitio actual.

Figura 7. Principales etapas y eventos relevantes del servicio público de transporte en Quito hasta la década de los noventa (con la puesta en marcha del proyecto masivo eléctrico Trolebús).

Fuente: Vásconez⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ *Ibíd.*, 37

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, 39

ALCANTARILLADO Y CANALIZACION

ETAPAS	PRINCIPALES PERIODOS	FECHA	EVENTOS RELEVANTES
1	Drenaje natural y canalización colonial (Colonia y República)		Drenaje natural por quebradas de lluvias y aguas servidas por canales o acequias que corrían por la mitad de las calles. Canalización de parte de la Quebrada de Sanguña con alcantarilla de cal y canto.
2	Primeras experiencias (siglo XIX e inicios XX)	1906	Inicio del alcantarillado en las calles principales de Quito. Canalización y relleno de las quebradas de Jerusalem (24 de Mayo), El Tejar y de la Plaza de Armas (Marín).
3	Canalización moderna (siglo XX)	1919-22 1963	Canalización de la ciudad Fundación de la Empresa de Alcantarillado

Figura 8. Principales etapas y eventos relevantes del servicio público de alcantarillado y canalización en Quito hasta la década de los sesenta.

Fuente: Vásconez⁵⁵¹

TELECOMUNICACIONES

ETAPAS	PRINCIPALES PERIODOS	FECHA	EVENTOS RELEVANTES
1	Telegrafía	1871 1884 1920	Convenio con All American Cables para explotación de telegrafía internacional por cable submarino. Inauguración del telégrafo entre Quito y Guayaquil vía alámbrica. Radiotelegrafía inicia operaciones inalámbricas entre Quito y Guayaquil.
2	Telefonía manual	1900-1945 1943	Telefonía urbana con tecnología manual. Creación de la Empresa Radio Internacional, como organismo estatal.
3	Telefonía automática	1945-1955 1957 1958 1963 1967 1970	Se implementa telefonía urbana automática. Incorporación del Ecuador a nueva técnica telegráfica: los teleimpresores. Creación de la Empresa de Radio Telégrafos y Teléfonos del Ecuador (ERTTE). Automatización del servicio de larga distancia entre Quito y Guayaquil. Se contrata el primer sistema de microondas. Discado directo entre Quito y Guayaquil y más poblaciones. Nacionalización de All American Cables and Radio. Se forma Cables y Radio del Estado.
4	Telecomunicación espacial	1971-1974 1983 1992 1991	Licitaciones e iniciación de estaciones vía satélite. Red troncal de microondas y red nacional télex-gómex. Comunicaciones automáticas internacionales. Inician operaciones centrales telefónicas satelitales con una tecnología digital Creación de EMETEL Telefonía celular.

Figura 9. Principales etapas y eventos relevantes del servicio público de telecomunicaciones hasta la década de los noventa

Fuente: Vásconez⁵⁵²

La tabulación efectuada por estos autores ofrece un panorama histórico transversal para algunos servicios públicos en la ciudad de Quito. Conduce a plantear

⁵⁵¹ *Ibíd.*, 36.

⁵⁵² *Ibíd.*, 42.

algunas hipótesis según las cuales el constitucionalismo económico ecuatoriano, aún durante la etapa desarrollista de Ecuador a mediados del siglo XX y con la entrada en vigencia de la Constitución de 1967, tuvo –o no– la capacidad de provocar tensiones entre el estatismo y el liberalismo.

La determinación expresa de los servicios públicos en los textos constitucionales influye en alguna medida con la cuestión económica de dichas actividades. De hecho, el artículo 93 de dicha Carta Política preveía la cuestión de la competencia desleal, incluyendo las prácticas del Estado.

La norma constitucional señalaba “Cuando el Estado o cualquier entidad semipública administre negocios o empresas, en competencia con los particulares, lo hará tomando en cuenta todos ellos elementos que intervienen en la fijación de costos”.⁵⁵³

El texto constitucional revisado sancionaba expresamente a las empresas que tiendan a los monopolios de servicios públicos, pero no prohibía que el sector privado participe activamente en su prestación. El problema jurídico que esta disposición constitucional parecía no advertir consistía en qué servicios públicos tales como los identificados por Vásconez y por las otras autoras, eran servicios públicos propios, por tanto, requerían de monopolios naturales para funcionar en esquemas económicos de gran escala a fin de garantizar su eficiencia.

En otras palabras, a pesar de que el texto constitucional de 1967 parecía no desincentivar la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos, provocaba al mismo tiempo una contradicción al sancionar los monopolios de dichos servicios en manos del sector privado.

Esto daba pie, además de la creación de varias empresas públicas para la prestación de servicios públicos,⁵⁵⁴ a implementar esfuerzos nacionalizadores de

⁵⁵³ Ecuador, *Constitución Política de 1967*, art. 93.

⁵⁵⁴ Para Romero Jarrín, “las empresas públicas, para varios autores, tienen su razón de ser principalmente en administrar monopolios naturales, para corregir fallos del mercado, externalidades, por temas de equidad, pero otros autores ven en las empresas públicas otro tipo de *bondades*, por así llamarlo, como redistribuidoras de riqueza, entes reguladores del mercado, generadoras de empleo (especialmente en tiempos de crisis), incubadoras de empresas, etc. Las principales críticas que se tienen en contra de las empresas públicas se dan porque las mismas tienen múltiples objetivos (que se diluyen en la práctica o son contradictorios entre sí), conflicto de interés (regulador – regulado), el problema principal y el agente, el problema del beneficiario gratuito, la restricción presupuestaria laxa: al ser parte del gobierno, pueden asegurarse ayuda financiera adicional si su desempeño empeora, flexibilidad que provoca la apatía de los gerentes de las mismas”. En Fabián Alejandro Romero Jarrín, “Empresas públicas en Ecuador: la búsqueda de la eficiencia económica”, en *El derecho económico en tiempos de crisis* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020), 283–99, 287.

empresas privadas prestadoras de servicios y, junto a aquello, con el debido fundamento constitucional.

Aquello resultaba contrario a lo que la doctrina jurídica moderna de los servicios públicos intenta promover permanentemente, esto es, que los servicios públicos monopólicos a cargo del sector privado no son, ni jurídica, ni económica, ni dogmáticamente, contrarios al bien común.

Simplemente deben ser eficientemente controlados dentro de un marco de equilibrio que promueva el fomento, que no desincentivo, que garantice la libertad de elección de usuarios y consumidores y que aplique las sanciones justas y proporcionales cuando incurre en abusos del mercado y prácticas restrictivas.

Además, sectores de la doctrina han sabido censurar los monopolios estatales de los servicios públicos, no solo porque eventualmente distraen su gestión de la anhelada eficiencia económica, sino porque también son capaces –cuestión que quedó revisada con las crisis de las empresas públicas en los años setenta y con la caída de los estados de bienestar– de provocar afectaciones al interés general de usuarios y consumidores.

Aquello como consecuencia de la inadecuada e ineficiente prestación de servicios públicos⁵⁵⁵ y tal situación se conecta con el previamente citado artículo 93.

Lo cierto es que la lógica de empresas públicas de modelo estatista tuvo un primer espaldarazo con la Constitución de 1967 y fue aún más visible con las políticas del gobierno del general Rodríguez Lara entre 1972 y 1976 junto a la bonanza petrolera.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Para Restrepo, “resulta que los servicios públicos, hoy en día en manos del sector público, abusan muchísimo de los consumidores. A veces en tarifas, a veces en que por estar solos tienden a ser demasiado amplios o inconsultos en los procesos de convenciones colectivas, recargando costos laborales a las empresas de servicios públicos y, por lo tanto, a la postre, restándole a ésta la posibilidad de generar recursos que se traduzcan en capacidad de inversión para financiar la cobertura de los servicios públicos. Cuando un gerente de una empresa de servicios públicos que está sola en el mercado negocia a la ligera una convención colectiva, recargándola con costos exagerados, está pensando en quitarse un problema de encima y dejárselo a los sucesores; pero además le está causando un gravísimo mal al os propios ciudadanos porque atender una carga laboral exagerada son barrios que van a quedar sin acueducto, son barrios a los que no van a llegar líneas telefónicas, son barrios donde no va a haber servicio de agua adecuado”. En Restrepo Salazar, “Estado y sector privado participan conjuntamente en la prestación de servicios públicos”, 93.

⁵⁵⁶ Kléver Antonio Bravo y Diego Pérez Enríquez, “El gobierno revolucionario nacionalista ecuatoriano del general Guillermo Rodríguez Lara (1972 - 1976): liderazgo, transformaciones y claves sobre el sistema político ecuatoriano”, *Revista PUCE*, n° 110 (2020): 161–82. Señalan los autores: “Con la generosidad del petróleo, sumada a las exportaciones agrícolas tradicionales, la economía nacional creció en un 10% anual, lo que permitiría una administración militar a una sociedad que dejara de ser ‘económicamente subdesarrollada, socialmente injusta y políticamente dependiente’ (Gobierno del Ecuador, 1972, p. 1). No es un hecho menor que el precio del barril en agosto de 1972 fue de 2,50 dólares, y para enero de 1974 se disparó a 13,90 dólares. Con todo este desarrollo inusitado en la economía nacional, crecieron los bancos y las industrias de todo tipo, los medios de transporte, los

Pero la debilidad fundamental del texto de 1967 fue no haber identificado expresamente el modelo económico de los servicios públicos, lo cual en cambio fue más determinante por su sucesora, la Constitución de 1978-1979.

Desde el enfoque económico, este nuevo texto político en cambio demostró con más avidez la necesidad de referirse expresamente a ciertos servicios públicos desde la norma constitucional. La aludida bonanza petrolera dotó al Estado de una confianza institucional nunca vista en la historia de la República. Sumado a ello, la agenda del binomio Roldós–Hurtado durante el retorno a la democracia y la asunción a la Presidencia de la República,⁵⁵⁷ tuvo una fuerte agenda estatista.

El sector privado no estuvo en capacidad de equiparar su aparataje económico y tecnológico para satisfacer cuantitativa y cualitativamente las necesidades de interés general que, de golpe y porrazo, fueron asumidas por la administración pública.

Hurtado Larrea lo explica así:

A fines de la década de los sesenta habría sido más que hipotético esperar que una economía, una sociedad y un Estado crónicamente afectados por la escasez de recursos y sujetos a regulares penurias, en la siguiente nadarían en la abundancia. Gracias al sorprendente crecimiento económico que experimentó el país, en el lapso de una decena de años dejó atrás su inveterado atraso, dispuso de divisas para importar bienes a los que antes no tenía acceso y acumuló una inesperada y cuantiosa riqueza. Se ampliaron y mejoraron los servicios públicos, especialmente los de caminos y electricidad, se

servicios eléctricos, las telecomunicaciones. Se organizaron varias empresas estatales tanto para el servicio aéreo como para el transporte del crudo. Es decir, la bonanza se hizo presente con la construcción de viviendas populares —y con lo que todo político de turno se vanagloriaba—, construcción de escuelas, hospitales, vías y un largo etcétera (Moncada, 1991). Bajo la premisa de que el petróleo acarreó un aumento muy visible de los recursos fiscales, también tuvo su efecto en el papel de la burguesía internacional y su factor de inversión en suelo ecuatoriano. Si bien en la década de los 60s del siglo XX, las empresas extranjeras no pasaban de una veintena, para 1975 la cosa cambió, pues el número de empresas extranjeras ascendió a 398. Esto lo expresamos en números: la inversión extranjera de 1970 no pasaba de los 276 millones de dólares. Para 1975, esta inversión ascendió a los 743 millones de dólares (Báez, 1995)”, 171.

⁵⁵⁷ Explica Montúfar: “La transición democrática de 1979 fue la primera ocasión en que, al final de un período de dictadura militar, la derecha ecuatoriana fracasó en recapturar el poder Ejecutivo. Jaime Roldós, candidato de la coalición Concentración de Fuerzas Populares – Democracia Popular, obtuvo el 68 por ciento de los votos en la segunda vuelta electoral, triunfando sobre el candidato del derechista Partido Social Cristiano, Sixto Durán-Ballén, quien obtuvo el 32 por ciento de los sufragios válidos. Roldós y su vicepresidente Osvaldo Hurtado participaron de las comisiones de reestructuración jurídica nombradas por los militares. Roldós fue miembro de la comisión que reformó la Constitución de 1945, mientras que Hurtado fue presidente de la comisión que elaboró las nuevas leyes de Elecciones y de Partidos. La agenda inicial del gobierno Roldós-Hurtado se enmarcó dentro del esquema de un Estado intervencionista previsto en la Carta Constitucional al tiempo que intentó consolidar espacios corporativos de participación con sectores organizados de la sociedad. Respecto al primer elemento, el programa económico de Roldós, expresado en el Plan Nacional de Desarrollo, reflejó un modelo de crecimiento económico hacia adentro dirigido desde el Estado: desarrollo rural, reforma agraria, industrialización y expansión del mercado interno fueron considerados aspectos principales del modelo de crecimiento económico”. En César Montúfar, *León Febres-Cordero y la reconstrucción neoliberal: los orígenes del auge y fracaso de la derecha contemporánea en el Ecuador 1984 - 1988*, 2ª ed. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Abya - Yala, 2011), 49.

dinamizaron las aletargadas actividades económicas, creció notablemente el gasto social y mejoraron los niveles de vida de la población. Este sustancial cambio de las condiciones económicas y las sensibles mejoras que experimentó el bienestar general no habrían sido posibles sin el ‘oro negro’.⁵⁵⁸

La Constitución de 1978, cuya entrada en vigencia se dio en 1979,⁵⁵⁹ según explica Ayala, “transformó la Junta Nacional de Planificación en el ‘Consejo Nacional de Desarrollo’, CONADE, presidido por el vicepresidente, que tenía atribuciones de formular políticas, elaborar el plan nacional de desarrollo y aprobar los planes de los organismos del Estado”.⁵⁶⁰

De la misma manera, el autor señala:

La Constitución de 1978, influenciada por los modelos desarrollistas y el reformismo en acenso, volvió a incluir un título sobre la economía. Allí se dispuso: ‘La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad’. Tradicionalmente, la economía se había considerado una cuestión de la esfera privada aunque regulada por el Estado. Esta Constitución, en cambio, le dio un papel central y estableció por primera vez cuatro sectores de la economía.⁵⁶¹

Uno de estos sectores precisamente son los servicios públicos y las disposiciones constitucionales al respecto son amplias. En primer lugar, se resalta la responsabilidad del Estado para indemnizar a los particulares por los perjuicios provocados como consecuencia de tales servicios.⁵⁶²

Tal desarrollo fue explicado en el primer capítulo de esta investigación a partir de la doctrina propuesta en el derecho administrativo francés con el *arrêt Blanco* de 1873. Para el caso ecuatoriano, dicha doctrina fue ampliada tanto en la Constitución Política de 1998, como en la Constitución de 2008.⁵⁶³

Luego, en modo novedoso, el artículo 125 determinó a las entidades que componen el sector público y para efectos de los servicios públicos, estableció a “las personas jurídicas creada por ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la

⁵⁵⁸ Osvaldo Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*, 2ª ed. (Bogotá D.C.: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018), 30 y 31.

⁵⁵⁹ Ecuador, *Constitución Política de 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

⁵⁶⁰ Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador*, 111.

⁵⁶¹ *Ibíd.*, 88.

⁵⁶² Ecuador, *Constitución Política de 1979*, art. 20.

⁵⁶³ Véase Jorge Moreno Yanes, “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador: las limitaciones en el marco jurídico”, *Revista Iuris* 1, n° 15 (2016): 103–35; y, Diego F. Mogrovejo Jaramillo, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 12 (2009): 71–93.

prestación de servicios públicos o, para actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos”.⁵⁶⁴

A este tipo de entidades, la doctrina administrativa moderna hoy en día cataloga como administración pública *institucional*, alejándose entonces de la teoría clásica según la cual los servicios públicos eran prestados, como sostendría en su momento el ecuatoriano Borja y Borja, por la *administración directa*.⁵⁶⁵

Como se indicó previamente, este texto constitucional no hizo sino mover el péndulo y provocar tensión hacia un reforzado estatismo empresarial. Y, Pérez Camacho, desde el enfoque teórico,⁵⁶⁶ así como la propia Presidencia de la República de

⁵⁶⁴ Ecuador, *Constitución Política de 1979*, art. 125.

⁵⁶⁵ Ramiro Borja y Borja, *Teoría General del Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1985). Señalaba el autor: “Con el concepto de ‘Administración directa’ se vincula el de ‘servicios públicos’. Al conjunto estable de medios por los que el Estado procura satisfacer las necesidades sociales ejerciendo la administración directa, se lo desina como ‘los servicios públicos’, cuya órbita es imposible fijar *a priori*, pues el orden jurídico de aquél la determina. En sí misma, la existencia de servicios públicos no excluye que necesidades sociales puedan ser satisfechas fuera de ellos; ni la comprensión de una en su círculo, que se la pueda llegar fuera de éste (Duguit, ob. Cit., n° 8 de la *Théorie générale de l’État*). Como lo afirma Jèze (ob. Cit., libro II, capítulo I), el servicio público es un sistema, no el único, de satisfacer necesidades sociales. No pertenece a la esencia de la administración directa atender a todas las necesidades sociales. Para las que abarca ella, el Estado puede valerse de contrato administrativo, que se caracteriza por su vínculo con el servicio público, o no; adoptar el monopolio, o aceptar el concurso de los particulares. No se descarta que el Estado, por acto suyo, adopte el sistema del derecho privado para satisfacer tales necesidades o algunas, apartándose del derecho público, del que es una rama el derecho administrativo, la sujeción al cual en la satisfacción de necesidades sociales integra el concepto de servicio público. Las necesidades sociales que atiende el Estado por la administración directa, y, de consiguiente, los servicios públicos, pueden abarcar todas las clases de ellas correspondientes a los aspectos de la vida humana. Por el íntimo nexo entre los conceptos de sociedad, derecho y Estado, expuestos, a modo de conclusión, en el apartado 18, resulta congruente aseverar que el Estado es tan necesario a la sociedad como la forma a la materia”, 196 y 197.

⁵⁶⁶ Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*. Explica el autor: “Después de sucesivas olas de nacionalizaciones y privatizaciones, en forma más acentuada se dieron corrientes privatizadoras en los dos países mencionados –Inglaterra y Francia–. En América Latina, la corriente de nacionalizaciones y industriales se produjo en la misma época en la mayor parte de los países, es decir en los sesenta y los setenta del siglo XX. Especialmente en Argentina, Brasil y México se contaron por centenares, las empresas de propiedad del Estado, muchas de las cuales se privatizaron desde fines de los años ochenta y comienzos de los noventa. [...] Desde su inepción, el problema jurídico de la empresa estatal es básicamente institucional y de normativa de funcionamiento. Siempre resulto obvio que la empresa estatal no se podría manejar con los mismos esquemas de las unidades administrativas burocráticas. También resulta evidente que su manejo financiero, económico y comercial requiere de una autonomía determinada. Hasta la fecha presente, se han planteado incertidumbres por la aplicación alternativa del Derecho Privado, especialmente del Derecho Mercantil y del Derecho Civil, frente a las restricciones del Derecho Público. [...] Se consideran empresas estatales aquellas de capitales públicos, aunque se parcialmente, y que se rigen por normativa de derecho público y particularmente de Derecho Privado. Dentro de este marco se encuentran: la empresa pública, la compañía de economía mixta, las sociedades particulares en manos del Estado, las alianzas estratégicas de empresas públicas, los consorcios con empresas estatales y las personas jurídicas particulares que solas o en asociación con empresas estatales son delegadas para la prestación de servicios públicos”, 175 y 176.

Ecuador en el año 1979,⁵⁶⁷ explicaban este fenómeno que fue elevado a rango constitucional.

Podía observarse que el artículo 46 del texto constitucional enunciaba expresamente los cuatro sectores básicos mediante los cuales debía funcionar la economía ecuatoriana, de los cuales el primero, el sector público se constituía por empresas de propiedad exclusiva del Estado. Además, la norma añadía que constituían áreas de explotación económica reservadas al Estado, entre otras, “b) los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones”.⁵⁶⁸

Por tanto, esta disposición constitucional robustecía aún más el estatismo en los sectores de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones. Siendo justos, podría encontrarse una posible explicación jurídica en tanto estos servicios dependían directamente de bienes demaniales, conforme se explicó en el segundo capítulo de esta investigación.

Además, nótese como a pesar de la mención expresa de dichos servicios, en cambio el texto constitucional no hacía mención a servicios de ferrocarriles, transporte terrestre o aéreo, alcantarillado, etc.

Y, para finalizar la cuestión analizada, el texto de 1979 –al igual que lo llegó a hacer treinta años después la Constitución de Montecristi de 2008– elevó a rango constitucional una disposición según la cual, “el Estado, excepcionalmente, puede

⁵⁶⁷ Carlos Rodríguez Peñaherrera [coord.], *Administración Pública Ecuatoriana: 10 problemas básicos* (Quito: Presidencia de la República / Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo, 1979). Se indicaba en la obra: “Es indudable el crecimiento experimentado por el sector público ecuatoriano, especialmente en las dos últimas décadas. Si bien es cierto que éste no ha sido producto de acciones planificadas, no es menos cierto que se ha debido a la necesidad de solucionar los cada vez mayores y más complejos problemas originados en la legitimidad de las demandas sociales, agravadas por los desajustes estructurales. [...] La inclusión del sector empresarial público con caracteres más definidos en la Carta Fundamental, demuestra el reconocimiento al a importancia que ha cobrado este tipo de organización dentro del esquema general del sector público. En efecto, en las últimas décadas ha tomado forma lo que se está denominando como ‘Subsistema de Empresas Estatales o Públicas’ que surge con características e identidad propia, sustancialmente diferentes a las modalidades de la administración tradicional. Su apareamiento y naturaleza, precisa puntualizar algunas de las razones que han originado su creación y funcionamiento, entre las cuales se puede citar las siguientes: a) La necesidad que tiene el Estado de cumplir ciertas actividades de interés común y la poco atractiva y a veces ninguna rentabilidad que éstas ofrecieron; b) La incorporación paulatina al ámbito de control por parte del Estado, de ciertos servicios públicos inicialmente en manos de particulares; c) El desarrollo creciente del nacionalismo económico, como política de defensa y afirmación; d) El descubrimiento de ciertos recursos naturales, cuya administración demandaba nuevos y diferentes procesos a los utilizados convencionalmente en la gestión gubernamental; e) el énfasis a nivel general acerca de las ventajas del desarrollo industrial; f) Los condicionamientos impuestos por los procesos integracionistas; g) El desarrollo del esquema de economía mixta”, 65 – 67.

⁵⁶⁸ Ecuador, *Constitución Política de 1979*, art. 46.

delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades económicas antes mencionadas, en los casos que la ley establezca”.⁵⁶⁹

Hay cierto nivel de extrañeza en la manera como el texto constitucional de 1979 insertaba la doctrina europea de responsabilidad en la prestación de servicios públicos y, simultáneamente, cercaba la órbita de prestación de los mismos, desde la iniciativa privada hacia un margen de excepcionalidad. Este hallazgo parece dar cuenta que, al menos en la teoría constitucional de aquella época, la responsabilidad del Estado reforzaba la división entre público y privado. Si un particular recibía algún servicio público por parte de la iniciativa privada y como consecuencia de aquello, se le provocaba un daño, entonces la administración pública no asumiría ninguna responsabilidad pues la naturaleza del conflicto terminaba siendo *entre* privados.

De aceptar tal hipótesis, parecería volverse a un estadio anterior a las teorías jurídicas previas a la emisión del *arrêt* Blanco, en donde la administración pública solo podría responder por los actos cometidos por sus representantes y no por los particulares. O, lo que termina resultando mucho peor, promover el nacionalismo desarrollista desde los propios textos constitucionales mediante mitos y ficciones sobre la dicotomía entre el interés público y el interés privado,⁵⁷⁰ que tensionan aún más la cuerda entre estatismo, liberalismo y las posibilidades de gestión complementaria.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ Marques Nieto es contundente al explicar cómo las corrientes estatistas han creado escenarios que, lejos de conciliar posturas teóricas equilibradas y conciliatorias favorables a las libertades, intentan justificar la arbitrariedad de los Estados. Uno de los más importantes axiomas teóricos criticados por el autor consiste precisamente en la fórmula del paradigma de la dicotomía absoluta. Para tal explicación, Marques deconstruye tres mitos: (i) el mito del interés público único; (ii) el mito de la autonomía del interés público; y, (iii) el mito de la exclusividad estatal en la consecución del interés público. Concretamente para el caso del tercero, sostiene el autor: “El interés público no es consagrado solo en la esfera pública. Hay un mito, sin embargo, de que solo el Estado es legítimo y apto para la consecución del interés público. Y tal idea es la llave para formulaciones como la «supremacía del interés público» o de la «inoponibilidad del individuo al poder estatal». La presunción de exclusividad estatal en la consagración del interés público es fundamental en la concepción autoritaria de la esfera pública. A partir de ella sería justificada no solo la existencia y la ampliación de la esfera pública, sino su prevalencia incondicional sobre la esfera privada. De la noción de exclusividad estatal en la consecución del interés público deriva otra formulación: toda acción estatal se presta, presuntamente, a la consecución del interés público. De ahí que cualquier intervención estatal sería aceptable y legítima, pues presuntamente correspondería a una consagración de interés público. A partir de esto, cualquier instituto o agente calificado como público será portador, por sí solo, del interés público. Y en convivencia con los agentes privados, sus intereses deben prevalecer. Tal distorsión es patente en el cambio de los bienes públicos: aunque no se admita que una propiedad privada pueda ser mantenida ocios indefinidamente, el Estado posee incontables bienes a los que no da uso alguno. Muchos sostienen que estos bienes cumplen su función social simplemente por ser «públicos» (de propiedad del Estado). Esta «función social presunta» proviene exactamente de la idea de que el Estado es el promotor exclusivo del interés público. El mito se contradice diariamente por los hechos. No es solo la esfera pública la que concurre para la consagración de intereses de la colectividad. Nadie duda que proveer alimento para las poblaciones es de interés público. Y en nuestras sociedades occidentales, salvo rarísimas y discutibles excepciones, quienes se encargan de eso, son los agentes económicos privados: productores de alimentos, distribuidores, comerciantes, etc. [...] El mercado (o sea,

Estas visiones más modernas serán parte del proceso evolutivo del derecho administrativo en el medio de un derecho constitucional económico que, entre los años sesenta y setenta, lucía embelesado por la novedad petrolera en lugar de pensar sesudamente, al menos dar algunos primeros pasos, en la eficiencia de la gestión pública con el apoyo y experiencia que eventualmente pudiere aportar el sector privado.⁵⁷¹

3. Un nuevo milenio: navegando entre el siglo XX y el siglo XXI con la Constitución de Sangolquí de 1998 y la Constitución de Montecristi de 2008

Luego de haber transcurrido con cierta estabilidad constitucional los gobiernos de León Febres-Cordero (1984-1988), Rodrigo Borja Cevallos (1988-1992) y Sixto Durán-Ballén (1992-1996), aunque también enfrentaron graves problemas económicos,⁵⁷² Ecuador ingresó desde el gobierno de Abdalá Bucaram Ortiz, en una época política, económica, social y climática⁵⁷³ profundamente grave, compleja y convulsionada.

Antes y después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1998⁵⁷⁴ –en adelante también Constitución de Sangolquí–,⁵⁷⁵ autores como Escudero han dicho,

el campo de las libres relaciones económicas) puede, en muchas circunstancias, coincidir con la consagración del interés público, justamente por no existir una incompatibilidad *ex ante* entre ellos. Hay situaciones en que tales intereses son antagónicos. Y en estas estará justificada la acción estatal. No porque solo el Estado, en esencia, pueda consagrar intereses públicos, sino porque aquella parte de intereses públicos demanda una actuación apta para suplir deficiencias que impiden su provisión en la esfera privada”. En “Marques Nieto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, 1087 y 1088.

⁵⁷¹ Tatiana de Lourdes Lara Núñez y Luis Alberto Dávila Toro, “La dicotomía de la gestión pública - privada y las transformaciones en la Administración Pública”, *Economía y Negocios* 14, n° 1 (2023): 84–99. Señalan los autores: “La administración pública a nivel general no se adapta en forma adecuada a los diversos problemas que se plantean en las sociedades actuales. Las nuevas circunstancias económicas, políticas y sociales ponen limitaciones a las perspectivas tradicionales de sus comportamientos en las últimas décadas. Existe, por tanto, una demanda insatisfecha de los ciudadanos”, 85.

⁵⁷² Véase Julio Oleas Montalvo, “Ecuador 1980 - 1990: crisis, ajuste y cambio de régimen de desarrollo”, *América Latina en la historia económica* 24, n° 1 (2017): 210–42.

⁵⁷³ Jhoel Escudero Soliz, *Crisis bancaria, impunidad y verdad*, Derecho y Sociedad 1 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017). Explica Escudero: “El fenómeno de El Niño de 1997 y 1998, al que se lo nombró ‘El Niño del siglo’ fue un hecho comparable con los mismos fenómenos naturales ocurridos en 1982 y 1983, cuyo costo fue de 1.500 millones de dólares, que representaron más del 10% del PIB de 1983. Las consecuencias del fenómeno de El Niño de 1997 y 1998 fueron devastadoras, superaron lo calculado. Según un estudio de la CEPAL, los daños llegando [sic, seguramente por ‘llegaron’] a un estimado total de 2.869,3 millones de dólares, que equivalían al 14,5% del PIB anual estimado para 1998 que fue de 19.710 millones de dólares. Un hecho que por su magnitud fue tres veces más que los ocurridos en 1982 y 1983. En cuanto a los efectos en la economía, se conoció que: el nivel de inflación se incrementó rápidamente, pasando del 27% en enero al 35% en junio de 1997 y subieron los costos de los productos básicos”, 89.

⁵⁷⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

por ejemplo, cómo se gestaron desde el año 1995 hasta el año 2000, políticas de salvataje bancario⁵⁷⁶ que, sumadas a otros graves problemas nacionales, agudizaron ostensiblemente las crisis aludidas, según explica Hurtado.⁵⁷⁷

Varios sectores, especialmente desde el progresismo de izquierda, han denostado durante décadas a la Constitución de Sangolquí, en modo particular a su enfoque y propuesta del sistema económico. Entre otros desfavores, han catalogado peyorativamente a dicho texto como un proyecto *neoliberal*⁵⁷⁸ y, como privatizador de propósitos *anti estatistas*.⁵⁷⁹

Acosta, por ejemplo, la calificaba en 1998 como una *moda al vendaval modernizador*⁵⁸⁰ que venía incursionando al país algunos años antes de entrada en vigor

⁵⁷⁵ La referencia de la ciudad de Sangolquí, cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha, se menciona en tanto la Asamblea Nacional Constituyente laboró durante aproximadamente cuatro meses en el proyecto de redacción de la Constitución en el recinto de la Academia de Guerra de las Fuerzas Armadas del Ecuador, ubicada en dicha ciudad.

⁵⁷⁶ Escudero Soliz, *Crisis bancaria, impunidad y verdad*, 92 - 118.

⁵⁷⁷ Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*. Explica el autor: “En 1996 el mercado de cambios tendió a desestabilizarse, la inflación se mantuvo sobre el 20%, el déficit fiscal subió al 2,8% del PIB y la economía creció a solo el 1,7%. Se gestó además un nuevo problema económico, al optar el gobierno por endeudarse internamente en dólares, a altas tasas y cortos plazos. Fueron en cambio positivos el aumento significativo de las exportaciones no petroleras, el superávit de la cuenta corriente de la balanza de pagos, la importante reducción de la inflación y la notable recuperación del salario real, que pasó de 80 a 125 dólares. [...] Los problemas económicos acumulados en los últimos meses del gobierno de Durán-Ballén se agravaron en los gobiernos volubles y efímeros de los presidentes populistas Abdalá Bucaram y Fabián Alarcón. En sus dos años de ejercicio (1996-1998) empeoró la inestabilidad económica, administrativa y normativa, por lo que no pudo el país contar con un programa que restableciera la solvencia de la economía y tampoco hacerse las reformas que habrían [sic, seguramente por ‘hubieren’] prevenido la ruinosa crisis bancaria de 1999”, 104 y 105.

⁵⁷⁸ Santiago Ortiz Crespo, “Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, n° 32 (2008): 13–17. Señala el autor: “Hay tres elementos que marcan el contexto de la Constituyente del 98: la reforma neoliberal, la crisis política y el auge de nuevos movimientos indígenas y ciudadanos. En ese momento, la reforma del Estado estaba orientada por una visión neoliberal y dirigida a reducir el Estado y ganar en gobernabilidad, generando instancias “autónomas” de decisión, con participación de las élites vinculadas directamente con los organismos multilaterales y por fuera del control democrático de la población. Este esquema de gobernabilidad afectó a los grupos subalternos y perjudicó la distribución de poder, a la que se aspiraba mediante procesos participativos”, 14.

⁵⁷⁹ Explica Albuja: “El modelo constitucional económico de Montecristi confrontó, tanto de forma política e ideológica, al modelo económico liberal que, según sus detractores, tenía la Constitución de Sangolquí. Lo acusó y censuró de manera peyorativa como *neoliberal*, perverso, extractivista, privatizador, *anti Estado*. Su principal detractor en el discurso político preconstituyente —al menos de forma pública— fue Rafael Correa (Caicedo y Tanca, 2018). Así, el discurso político e ideológico caló. Tanto de forma plebiscitaria como mayoritaria, el pueblo ratificó a su constitución como Norma Suprema prevalente del ordenamiento jurídico, y con ello consolidó un modelo constitucional económico de corte tutelar de derechos en el que el *gran planificador*, el Estado, es el principal responsable de la identificación y satisfacción del interés general desde la visión de la planificación central”. En Albuja Varela, “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”, 90.

⁵⁸⁰ Alberto Acosta, *El Estado como solución. Algunas reflexiones desde la Economía* (Quito: ILDIS Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 1998). Señalaba el autor: “Aunque tarde, como casi todas las modas, arribó al Ecuador a principios de los 90, el vendaval ‘modernizador’. El gobierno conservador de Durán-Ballén (1992-96) cristalizó un ‘Proyecto de Ley de Modernización del

de la Constitución de Sangolquí. Aquello como consecuencia de la expedición de la Ley de Modernización del Estado⁵⁸¹ durante la presidencia de Sixto Durán–Ballén.

Pero desde antes, el mismo Acosta, esta vez junto a Ojeda, señalaba en 1993:

Un ciclón ha recorrido y recorre aún América Latina: el ciclón de las privatizaciones. Y todas las fuerzas de la vieja y la nueva derecha, apoyadas por una masa de oportunistas pragmáticos y de otros tantos espectadores ignorantes, pero igualmente entusiastas, están embarcadas en esta cruzada. La euforia es de tal magnitud que casi resulta imposible creer que alguien piense lo contrario, sino quiere correr el riesgo de ser motejado de lunático o herético o extremista trasnochado.⁵⁸²

Por su parte, Granda, sin dejar de reconocer los problemas que aquejaron el colapso de la fase intervencionista estatal ecuatoriano de los años ochenta, mueve abruptamente el péndulo teórico de los servicios públicos hacia la huida del derecho administrativo y sostiene:

La fase intervencionista estatal, que colapsó en Ecuador en la década de los ochenta del siglo anterior –como producto del burocratismo, la ineficiencia, el peso agobiante de la deuda externa y la imposición extranjera de los organismos financieros internacionales al servicio de los intereses de las empresas transnacionales y de los gobiernos de los países desarrollados– es sustituida en los años noventa por el intento neoliberal de dismantelar y privatizar los activos públicos al Estado y de despojar a la administración gubernamental de su función intervencionista en la explotación de los recursos naturales y públicos, y en la provisión de los servicios públicos, para trasladarlos a la esfera privada dominada por el capital transnacional asociado a grupos oligárquicos–financieros nacionales.⁵⁸³

Borón, en la misma línea maximalista, señala:

Estado’, que dio forma a un ansiado reclamo, en gestación desde unos años atrás. Decisión que ha sido apoyada por una conjunción de empresarios y altos burócratas, analistas y periodistas, ciudadanos nacionales y extranjeros, quienes hablan, discuten y comentan sobre las formas que debe asumir este proceso y que, además, no se cansan de difundir los portentos que producirían estas reformas, sin importantes sus fallas y debilidades constitucionales, jurídicas, políticas y hasta económicas. Así las cosas, las privatizaciones representarían la ‘insignia de la transformación que está en marcha por voluntad del pueblo ecuatoriano y designio irreversible de la historia’, serían la herramienta que devolvería ‘al ciudadano ecuatoriano la fe en su país, la fe en un sistema que le permita usar su libertad, su creatividad y su deseo de aportar a la sociedad’. Esta apreciación sobre la significación de las privatizaciones, a la cual podemos aderezar con el peso que tiene en el discurso oficial la reducción del tamaño del Estado, identifica la intencionalidad prioritaria de la ‘modernización’ de un Estado como el nuestro, agobiado por problemas más graves, que no ha recibido similar tratamiento: la existencia de una precaria institucionalidad estatal, la masiva corrupción en casi todas las esferas de la acción pública, la escasa vigencia de las leyes o la presencia de mecanismos que ha institucionalizado la represión estatal”, 30 y 31.

⁵⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

⁵⁸² Alberto Acosta y Lautaro Ojeda, *Privatización* (Quito: Centro de Educación Popular, 1993), 11.

⁵⁸³ Víctor Granda Aguilar, “Estado, Economía y Evolución del Derecho Administrativo Ecuatoriano”, en *Derecho Económico Contemporáneo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017), 299–323, 307.

Los efectos del sistema económico neoliberal en la economía y sociedad han sido la extracción permanente de recursos y talentos; vaciamiento de las economías local, regional y nacional; el ordenamiento del territorio en función de centralidades monopólicas y extractivas; la distribución inequitativa de riqueza e ingresos generados; la concentración y monopolización de los medios de protección, distribución y consumo de grupos de poder económico y político; la exclusión social y económica, en consecuencia niveles altos [de] desempleo y subempleo; y la pérdida de la soberanía monetaria, alimentaria, territorial.⁵⁸⁴

Palacios, aunque menos severo en cuanto a la necesidad de cuestionar las ineficiencias de los excesos en estados de bienestar y la burocratización de la administración pública. Este autor se limita a dirigir sus embates teóricos de la siguiente manera:

No solo Ecuador sino todos los países latinoamericanos conocían dos décadas de proyecto neoliberal cuya hipótesis constitucional radicaba en que la solución a todos los males endémicos de dichos Estados era su absoluta desustancialización social y pública. Dicha desustancialización demostró lo contrario: las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo conducían a una mucha mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico-social. Las cifras y los resultados político-sociales de las décadas 80-90 dan los saldos más negativos de todo el último medio siglo.⁵⁸⁵

Como se indica, el proceso histórico es anterior a la expedición de la Constitución de 1998. En efecto, durante su mandato, el presidente Durán – Ballén encargó al vicepresidente de la República, Alberto Dahik el proceso modernizador del Estado a la luz de los preceptos jurídicos que marginalmente le permitía la Constitución de 1979.⁵⁸⁶ A pesar de aquello, tal proceso enfrentó varias dificultades.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ Atilio Borón, *Socialismo del siglo XXI ¿Hay vida después del neoliberalismo?* (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, 2012), 29.

⁵⁸⁵ Francisco Palacios, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*”, en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 41-65, 51.

⁵⁸⁶ Para Hurtado, el presidente Durán-Ballén “fue el primer presidente en emprender políticas claramente favorables al mercado y contrarias al papel preponderante del Estado, influenciado por técnicos y empresarios de convicciones liberales, liderados por el vicepresidente Alberto Dahik. Con tal fin propuso abrir la economía a la competencia internacional, reducir el tamaño del Estado, alentar la intervención de la empresa privada y dejar en manos del mercado la asignación de recursos y la fijación de precios. El Consejo Nacional de Modernización del Estado (CONAM) un órgano de alto nivel tecnocrático patrocinado por el Banco Mundial, fue el encargado de llevar a cabo este proceso”. En Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*, 358.

⁵⁸⁷ Simón Espinosa, *Presidentes del Ecuador*, 3ª ed. (Guayaquil: Revista Vistazo, 2002). Señala el autor: “SIXTO Durán-Ballén Cordovez, candidato del Partido Unión Republicana, triunfó con 2.146.762 votos (57.8 por ciento). Ganó en 18 de las 21 provincias del país. Entregó la dirección de la economía y de la modernización al vicepresidente Alberto Dahik, del Partido Conservador. Querían hacer de Ecuador un mercado atractivo al a inversión interna mediante el ahorro privado, y a la inversión extranjera mediante un arreglo global de la deuda externa. Para lograrlo, era necesario reducir drásticamente el déficit fiscal y la inflación. El plan tropezó con graves dificultades políticas y sociales nacidas de la necesidad de reformar la Constitución y varias leyes económicas, financieras, tributarias, legales y de

En un editorial de diciembre de 1994, López Buenaño del diario cuencano *El Tiempo*, señalaba: “Cada paso que intenta el presidente del Ecuador, Sixto Durán Ballén, y su vicepresidente neoliberal, Alberto Dahik, para privatizar empresas públicas y para modernizar el Estado se topa contra los intereses creados de cuatro oligarquías: la política, la sindical, la industrial y la académica”.⁵⁸⁸

Sumado a ello y como quedó indicado, la Constitución estatista de 1979 difícilmente iba a liberar tensiones respecto de la cuestión de los servicios públicos hacia un ámbito modernizador. De hecho, a mediados de la década de los noventa se empezaban recién a darse los debates jurídicos sobre la importancia de las competencias administrativas descentralizadas⁵⁸⁹ a cargo de entidades seccionales cantonales (municipios) y provinciales (prefecturas).

Entonces, el panorama constitucional y político para el gobierno de derecha de Durán–Ballén no resultaba sencillo, al menos *prima facie*, más aún luego del juicio político que el Congreso de la República inició en contra del vicepresidente Alberto Dahik.⁵⁹⁰ Así también, por las coacciones políticas dirigidas al gobierno nacional, según explica Endara,⁵⁹¹ por parte del Partido Social Cristiano, también de derecha.

administración de la Justicia. La dificultad de carácter social provenía de las prioridades exigidas por el modelo: acumular dinero y aumentar la exportación. Así pues, los dos primeros años del Gobierno vieron el ajuste económico y la modernización y sufrieron crisis políticas provenientes de la pugna de poderes entre las funciones Ejecutiva y Legislativo–Fiscalizadora, y crisis sociales manifestadas en paros, reclamos, huelgas y en el deterioro de la popularidad del Presidente en las encuestas”, 221.

⁵⁸⁸ Franklin López Buenaño, “Ecuador: entre el poder y la modernización”, *El Tiempo*, 12 de diciembre de 1994, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-263011/>.

⁵⁸⁹ Sobre la cuestión del fenómeno jurídico de la descentralización, Granda explica: “En el contexto de debilitar el papel y la función intervencionista del Estado, la Constitución [de 1998] promueve, además, proceso de descentralización y desconcentración, lo que facilita la intervención más agresiva del sector privado en todo el sector público, y, de forma específica, en los gobiernos locales”. En Granda Aguilar, *Globalización y Derecho de las Finanzas Públicas en Ecuador (1990 - 2017)*, 113.

⁵⁹⁰ Espinosa, *Presidentes del Ecuador*. Señala el autor: “El caso Dahik afectó al gobierno y contribuyó a que un sector del público se fuera convenciendo de que la corrupción había contagiado al régimen al amparo de la modernización. La conducta del Presidente que había ayudado – inadvertidamente según él– a su nieto político a evadir la justicia y huir del país en el propio avión presidencial y con el propio Presidente a bordo, tuvo el efecto de un símbolo de corrupción aureolada de amor familiar. Para proseguir con la modernización y ganar el favor del Público, el Presidente convocó a una segunda consulta popular sobre reformas que favorecían la modernización del Estado. La consulta tuvo lugar el 26 de noviembre. El pueblo rechazó 11 de las 14 propuestas excepto en las provincias de Guayas y Galápagos. La política económica no perdió su coherencia pese a la renuncia de Dahik. La Junta Monetaria intervino con energía en el poderoso Banco Continental que pasó a ser propiedad del Central y evitó de esta manera una corrida financiera”, 224.

⁵⁹¹ Ximena Endara Osejo, *Modernización del Estado y reforma jurídica: Ecuador 1992-1996*, Magíster 3 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1999). Sostiene la autora: “El fundamental desacuerdo entre los sectores dominantes tuvo que ver con el reparto del botín estatal de EMETEL, PETROECUADOR, INECEL, que al ser actividades económicas altamente rentables, estaban en la mira de los «inversionistas» nacionales y extranjeros. Este tipo de «desinversión» estatal ya tuvo su primer momento en la venta de las acciones de la Cemento Nacional, y ha tenido éxito en el «regalo» del ingenio *Aztra* a sus «acreedores», en la quiebra dirigida y la tortuosa venta de

La oposición de las oligarquías y el temor de ciertas cúpulas sindicales enquistadas en el Estado –aunque doctrinariamente es posible hallar posiciones, de la propia izquierda y en la década de los noventa, más conciliatorias, razonables y menos radicales–⁵⁹² a perder espacios de poder e influencia, dificultaban y obstaculizaban cualquier proceso modernizador del Estado.⁵⁹³

Con ello, los intentos de promover una administración pública más eficaz en la cual, al menos en sus primeros pasos, debía abrir el camino para pensar en una lógica de servicios públicos que sean satisfechos eficientemente y sin caer en la trampa dicotómica del discurso político *anti estado* y *anti liberalismo*.

Al mismo tiempo, que caminen de la mano con un control jurídico eficiente, de institucionalidad más formal según Ramos,⁵⁹⁴ y que no tengan por qué suponer la

Ecuatoriana de Aviación, quedando en carpeta los proyectos «privatizadores» más sustanciosos, que además cuentan con el apoyo del Banco Mundial, el cual estaría dispuesto a financiar con dos millones de dólares el proceso para la privatización de EMETEL. Ante el descontento social y la «oposición» de la derecha y el centro, el gobierno llevó a cabo un complejo juego político, que significó *acuerdos reservados con el PSC*, el que cumplió una excelente actuación ya que logró que el ejecutivo le concediera, en el presupuesto y fuera de él, recursos suficientes para desarrollar obras en las provincias y municipios que dirige, consolidando así su fuerza política; el ejemplo más destacado fueron las asignaciones extra presupuestarias dadas al municipio de Guayaquil, cuyo alcalde es Febres Cordero. Mientras tanto, por otro lado, este mismo partido se convertía en el principal cuestionador de la política gubernamental y en el principal actor en los reiterados juicios políticos seguidos por el Congreso a los ministros, aun cuando, muchas veces, en el momento de concretar sus votos optaba por refrendar las acciones gubernamentales. Este papel de *cogobernante, crítico y verdugo* que ha tenido el Partido Social Cristiano, ha confundido a la ciudadanía que, más allá de su aversión a la política y los políticos, ha simpatizado muchas veces con la acción socialcristiana, lo que se traduce en un claro apoyo a la candidatura presidencial de Jaime Nebot, convirtiéndose por tanto en el principal beneficiario de los errores del régimen”, 104 y 105.

⁵⁹² Javier Morales, “Modalidades de prestación de servicios. La privatización del Servicio Público”, en *Administraciones y servicios públicos: ¿reforma o privatización?* (Madrid: Izquierda Unida, 1993), 105–20. Señala el autor: “La defensa del servicio público no debe ser una patente de corte conservador que se conforme con mantener el estado de cosas actual. Nuestra responsabilidad sindical ha de llevarnos a conductas beligerantes que propugnen la ampliación de las prestaciones y la mejora en la gestión. Nuestros puntos de juicio sobre la modalidad de administración de los diferentes servicios nunca puede ser cerrada o basarse en ortodoxias; ya hemos anticipado la necesidad de racionalizar las formas de gestión y adecuarlas a la naturaleza del servicio que han de desarrollar”, 111-12.

⁵⁹³ Carlos Paladines, “La odisea de la modernización en el Ecuador: dos momentos de su desarrollo”, *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas - INCIHUSA*, Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas, n° 9 (2007): 129–40.

⁵⁹⁴ Renato Ramos Zamora, “Ecuador: el caso de la inversión extranjera directa”, en *Derecho y Economía: regulación y desregulación* (Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador / Grupo de Investigación en Derecho Económico, 2019), 67–153. Señala el autor: “Existen dos tipos de instituciones, las formales e informales. Las informales son aquellas que no tienen una definición expresa y se fundamentan en creencias, tradiciones y culturas de normas explícitas. Las formales, por su parte, son aquellas normas expresas sujetas al escrutinio público y proveen un marco de incentivos y penalizaciones que son reconocibles en una sociedad. Las informales son difíciles de identificar, sus incentivos y penalizaciones son menos expresos y pueden ser específicas para un determinado grupo social pero no para la sociedad en su conjunto; es por ello que son impersonales, tácitas, basadas en la costumbre. Una sociedad se compone de ambos tipos de marcos institucionales, los formales y los informales. El proceso de modernización de las sociedades suele conducir a sustituir las instituciones informales por las formales”, 87.

supresión o *pulverización* o el *achicamiento* del Estado, como sostendrá Pozo.⁵⁹⁵ Tampoco la puesta en marcha de campañas de desprestigio contra empresas estatales,⁵⁹⁶ sino más bien promover desde la óptica de una nueva gestión pública.⁵⁹⁷

Así, el gobierno de Durán–Ballén, a pesar de haber conseguido como un hito en el movimiento del péndulo jurídico en la prestación de los servicios públicos, al menos en contrapeso al excesivo estatismo constitucional de 1979, más bien, favorable al liberalismo⁵⁹⁸ concluyó sin mayor éxito en cuanto a la transformación jurídica constitucional de 1979.

⁵⁹⁵ Juan Pablo Pozo Bahamonde, *Estado de derechos y el sistema económico, social y solidario en Ecuador*, Magíster 291 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020). Para este autor: “Dentro de las principales críticas que se pueden realizar a las ideas planteadas por el Consenso de Washington está el haber privilegiado la idea del crecimiento económico a toda cosa, principalmente de los sectores privados y los capitales transnacionales, sacrificando, entre otros aspectos, el fortalecimiento del mercado interno a través de la liberalización comercial, a la par de la reducción de los derechos sociales y el achicamiento del Estado, a causa de la privatización de los servicios públicos y la desregularización del mercado financiero”, 14.

⁵⁹⁶ Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano II*. Según Guzmán: “En su afán, ya superado en otros países, de liquidar a las empresas públicas y transferir sus patrimonios y sus ámbitos de actividad a los poderosos grupos cerrados que, en simbiosis con algunas transnacionales, manejaron la economía ecuatoriana y se beneficiaron así de su crecimiento como de la crisis que desataron o contribuyeron a generar, ciertos sectores del gobierno del presidente Durán–Ballén o de grupos políticos vinculados con las más cerradas oligarquías económicas, mantuvieron una orquestada campaña para desprestigiar a la empresa pública ecuatoriana. Las acciones de esa estrategia partieron del efectivo método de disminuir asignaciones o congelar recursos destinados a entidades o sectores públicos neurálgicos – tendencia que se aprecia en forma aún más acentuada si se comparan cifras a valores constantes – ; no cubrir deudas con entidades que operaban esos sectores; asfixiarlas económica y políticamente, de modo que no pudieran solucionar problemas emergentes; y, complementariamente exaltar sus defectos o limitaciones en costosas campañas publicitarias, calificadas por varios sectores de subjetivas, desequilibradas y aun de malévolas”, 282 y 283.

⁵⁹⁷ Ramos Zamora, “Ecuador: el caso de la inversión extranjera directa”. Dice Ramos: “La Nueva Gestión Pública es la corriente que busca la creación de una Administración eficaz y eficiente, es decir, una Administración que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible. Con este fin, es necesaria la introducción de mecanismos de competencia que permitan la elección de los usuarios y a su vez, promuevan el desarrollo de servicios de mayor calidad. [...] La Nueva Gestión Pública, para Morales (2014), es un paradigma que ha inspirado las reformas de modernización del Estado a nivel mundial, para mejorar los resultados alcanzados por el gobierno. La literatura económica clásica preveía esta controversia: ¿cuál es el principal gestor que puede encaminar los intereses de la sociedad?; ¿la función pública o la iniciativa privada? El Estado asumiría este papel más activamente al intentar corregir los fallos de mercado. Sin embargo, en la década de los 70 en el siglo XX, se detectan las ineficacias en la ejecución de programas públicos, al surgir los fallos de la intervención estatal que, para el desarrollo económico, se identifican con la burocracia, la competencia política o las derivadas de la propia naturaleza de los bienes públicos”, 88 y 89.

⁵⁹⁸ Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*. Este autor explica: “Aun los gobiernos que expandieron el sector público, ampliaron la intervención del Estado y nacionalizaron empresas extranjeras mantuvieron la propiedad privada, dejaron en manos de particulares la mayor parte de actividades productivas y les otorgaron un amplio margen de acción. La redistribución de la riqueza se hizo a través de impuestos, programas sociales y subsidios, y no mediante la apropiación pública de bienes privados y el reparto igualitario de los excedentes. Tampoco se aplicó un modelo económico estrictamente capitalista, en el que el papel del Estado se redujera a la mera observación de la acción de la oferta y la demanda y ‘dejara hacer y pasar’ lo que ocurría en la economía diaria. No hubo un Estado ‘mínimo’, que limitara su función a atender los servicios públicos esenciales, de defensa, seguridad, educación y salud. Al contrario, aun en gobiernos calificados de liberales, el poder público reguló y controló las actividades

El intento se realizó mediante la publicación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada⁵⁹⁹ [en adelante, Ley de Modernización del Estado] entre otros cuerpos normativos.

De hecho, hubo intentos serios a través del paquete de reformas constitucionales de 1994, entre las cuales se encontraba un giro abrupto hacia el extremo opuesto del sector económico previsto en dicho cuerpo constitucional. Lo explica Guzmán:

En el proyecto de reformas presentadas por el Ejecutivo –como desgraciadamente ocurre con frecuencia en la política ecuatoriana– se pasaba de un extremo a otro. Se eliminaba la diferenciación entre sectores económicos; se suprimía la referencia a actividades o empresas estratégicas. En abierto contraste con el sistema anterior, se ordenaba (cuarto art. innumerado del art. 54 del proyecto) que solo excepcionalmente y por disposición legal, el Estado pudiera participar subsidiariamente en actividades económicas concretas. En conformidad con el proyecto, el sector y la iniciativa privados tendrían normalmente que explotar los recursos naturales, los servicios de agua potable, las actividades y empresas estratégicas. Solo en virtud de ley expresa, el Estado podría intervenir, subsidiariamente, en tales actividades, ‘cuando se haga necesario orientarlas hacia el bien común’. [...] El Congreso Nacional desestimó aquellas modificaciones, e inclusive cuando se refería a la valoración y pago de bienes expropiados, la estableció como norma aplicable a los que pertenecieran a todos los sectores diferentes del público.⁶⁰⁰

De todos modos, la conquista jurídica normativa se dio precisamente en aquellos otros cuerpos normativos legislativos que lograron aprobarse durante tal período presidencial y que constan en la Figura 10.

económicas privadas, se interesó en preservar el interés general y atención las necesidades de los sectores marginados, a fin de mejorar su posición social”, 345-46.

⁵⁹⁹ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

⁶⁰⁰ Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano I*, 101 y 102.

Cuadro 6. LAS LEYES DE LA MODERNIZACION			
Nombre	Iniciativa y trámite seguido	Ingresó al Congreso	Publicación Reg. Ofic.
Ley de Presupuestos del Sector Público	Ejecutivo, económico urgente	12/1/92	30/12/92
Ley de Modernización del Estado	Ejecutivo, económico urgente	18/2/93	31/12/93
Ley de Mercado de Valores	Ejecutivo, económico urgente	22/4/93	28/5/93
Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (reformada varias veces)	Ejecutivo, económico urgente	9/11/93	29/11/93
Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario	Ejecutivo, económico urgente	15/12/93	31/12/93
Ley Orgánica de Aduanas	Ejecutivo, económico urgente, no fue tratada por el Congreso Pasó por ministerio de la ley	16/12/93	31/12/93
Ley General de Instituciones Financieras	Ejecutivo, económico urgente	19/4/94	12/5/94
Proyecto de Ley de Régimen del Sector Eléctrico	Ejecutivo. Solamente leída en el Congreso	7/7/94	
Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Telecomunicaciones	Ejecutivo, económico urgente Negado Congreso	7/7/94	19/4/95
Ley Agraria	Ejecutivo, económico urgente	19/7/94	15/8/94
Proyecto de Ley de desmonopolización, Descentralización y Modernización de las Telecomunicaciones	Ejecutivo, económico urgente. Negado por el Plenario	25/7/94	
Proyecto de Ley de Descentralización	PSC. Vetado totalmente	7/12/94	
Ley de Creación del Fondo de Solidaridad	PSC. Veto parcial; allanamiento al veto	8/3/95	24/3/95

Figura 10. Instrumentos jurídicos legislativos expedidos durante la presidencia de Sixto Durán Ballén, en el período 1992-1996.

Fuente: Endara.⁶⁰¹

Luego de los hechos políticos que sucedieron luego de la culminación del período presidencial de Sixto Durán–Ballén, concretamente el golpe de Estado al presidente Abdalá Bucaram,⁶⁰² el desvergonzado desconocimiento de la sucesión constitucional a favor de la vicepresidenta Rosalía Arteaga, el interinazgo de Fabián Alarcón⁶⁰³ y la asunción a la presidencia de la República de Jamil Mahuad Witt, nació a la vida la Constitución Política de 1998.

Mahuad empezó a gobernar el país con este texto constitucional, del cual Ayala, por ejemplo, sostiene:

Con mayoría de derecha, en la Asamblea se redactó un texto bastante organizado y claro. Pero con retrocesos en cuestiones fundamentales. Cambió lo dispuesto en la Constitución de 1978: implantó una relación estado – economía de corte privatizador [...]. Eliminó disposiciones que establecían el control del Estado sobre los principales recursos naturales y servicios. [...] La nueva Constitución, como era de esperarse, no cambió al país. Bajo su vigencia se agravó la situación económica y política, hasta que entre los años 1999 y 2000 estalló la crisis. Las recetas neoliberales solo agudizaron la situación.⁶⁰⁴

⁶⁰¹ Endara Osejo, *Modernización del Estado y reforma jurídica: Ecuador 1992-1996*, 107.

⁶⁰² Véase Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 185-9.

⁶⁰³ La Constitución Política de 1998 no establecía en ninguna parte la figura constitucional de “presidente interino”. Esta figura fue utilizada *de facto* por el Congreso Nacional para colocar en el poder ejecutivo a Fabián Alarcón luego de la destitución de Abdalá Bucaram y del desconocimiento inconstitucional de la presidenta Rosalía Arteaga.

⁶⁰⁴ Ayala Mora, *Evolución Constitucional del Ecuador*, 177.

Con la entrada en vigencia de este texto constitucional, autores como Trujillo,⁶⁰⁵ proponían doctrina jurídica según la cual la división entre servicios públicos propios e impropios venía dada por la naturaleza del prestador.

Entonces, al seguirse tales axiomas, los servicios públicos propios eran aquellos que, de acuerdo con estos autores, eran prestados directamente por el Estado, mientras que los otros, correspondían a aquellos que eran prestados desde el sector privado.

Tal criterio también es parcialmente compartido por Sarmiento García⁶⁰⁶ en Argentina. Pero en cambio, autores nacionales como Morales⁶⁰⁷ han aclarado que tal postura parece provenir de la doctrina argentina, pero por haber provocado más confusiones teóricas, no ha logrado consolidarse en el tiempo.

Esto porque desconoce figuras jurídicas del derecho administrativo tales como la delegación y la concesión en donde la actividad pública simplemente se traslada en su ejercicio, pero no en su titularidad.

El problema que arrastra una mala concepción teórica sobre quién es el prestador de los servicios públicos, deviene en que la tensión aumente y los ánimos sociales se enciendan. La Constitución de 1979 no preveía en su texto referencia alguna al término *concesión*,⁶⁰⁸ que es parte de la doctrina histórica del derecho administrativo y que

⁶⁰⁵ Según este autor: “La diferencia entre el servicio público propio y el impropio está en que el primero es prestado por el Estado o alguna de las instituciones mencionadas en el art. 118 de la misma Constitución de 1998, o en el 225 de la de 2008, que lo reproduce casi textualmente; en cambio, el servicio público impropio es prestado por los particulares por su cuenta y riesgo”. En Trujillo Vásquez, *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*, 169.

⁶⁰⁶ Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*. Explica el autor: “Se suele distinguir entre ‘servicio público’ y ‘servicio público impropio’ o ‘virtual’; si bien en ambos casos se trata de actividades básicamente industriales o comerciales, ‘propio’ sería aquel que presta el Estado directamente o que él concede, e ‘impropio’ el que tiene de común con el ‘propio’ la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero sin que el Estado lo preste ni lo conceda, sino que tan sólo lo reglamenta (v.g. farmacias, taxis, etc.)”, 65 y 66.

⁶⁰⁷ Explica el autor: “Es importante en este punto reiterar mi parecer de que el Estado, a través de sus instituciones democráticamente establecidas, es el titular de las actividades que la administración realiza para la consecución de los cometidos que se propone, actividades que, en algunas circunstancias deben ser prestadas por la iniciativa privada, como habíamos señalado anteriormente, siendo que algunas de ellas no son delegables, como la de seguridad interna y externa, las relaciones internacionales, las actividades de legislación o la dotación de agua. Para estos casos de delegación como señalamos en líneas anteriores, una de las figuras jurídicas más usadas en el mundo administrativo es la concesión. En este punto, además cabe recordar que a partir de Rafael Bielsa, los autores argentinos, Miguel Marienhoff por ejemplo, vienen recogiendo la idea de que aquellos servicios públicos cuyo prestador no sea el Estado, son servicios públicos impropios, escuela que no ha tenido mayor desarrollo, debido esencialmente a que se estimó que todo servicio que se brinda a una generalidad de personas puede ser tenido como público, con lo que hasta la actividad económica prestada por el tendero de la esquina a sus vecinos del barrio, de ser actividad comercial regulada por las normas del derecho privado, pasaría a ser pública, más bien no se ha consolidado en el tiempo”. En Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 405 y 406.

⁶⁰⁸ Tan flexible es la institución jurídica de la concesión que autores como Morón Urbina exploran, para el caso peruano, cómo operaría la extinción de un contrato de concesión por razones de interés público. El autor lo explica: “De ordinario, el contrato de concesión posee una serie de prerrogativas den aras de adaptarse permanentemente al interés público del servicio o necesidad colectiva

justifica la participación de la iniciativa privada en ciertas actividades económicas de interés general que son delegadas desde la administración pública para su gestión.

Allí, por ejemplo, empieza una primera diferencia entre la Constitución de 1998⁶⁰⁹ y su antecesora de 1979. La segunda ampliaba el margen de la responsabilidad del Estado a sus concesionarios y delegatarios por deficiente prestación de servicios públicos.⁶¹⁰

Aunque, siendo históricamente honestos, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, en sus artículos 6⁶¹¹ y 69⁶¹² preveían desde 1994 un régimen de responsabilidad en las concesiones para prestación de los servicios públicos.

Otro hallazgo importante radica en que este texto constitucional estableció como un derecho, la elección de servicios públicos y privados de óptima calidad y a elegirlos con libertad.⁶¹³ Esto, en términos de Vergara Blanco, constituye una forma de libertad económica de las personas.⁶¹⁴

que atienda. La cláusula del progreso, el *ius variandi*, la facultad de supervisión y de regulación del concedente también aportan en ese sentido. También, se tiene la posibilidad de las modificaciones, negociaciones, renegociaciones y reconversión del contrato para ese fin. [...] Es de notar que en su evolución, antiguos ejemplos clásicos de causales legitimadoras de soluciones destructivas del contrato han devenido en razones habilitadoras para la negociación o la mutabilidad contractual. Así sucede, por ejemplo, con los cambios en la situación técnica del concesionario, su falta de recursos financieros o la mala redacción de los contratos”. En Juan Carlos Morón Urbina, “Redescubriendo una institución escondida: el rescate de las concesiones”, en *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 71–104, 75.

⁶⁰⁹ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 20. La norma señalaba: “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”.

⁶¹⁰ Para el caso argentino, Perrino ofrece doctrina jurídica sobre responsabilidad del Estado y de prestadores públicos, inclusive privatizados, frente a los usuarios. En Perrino, “La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios”.

⁶¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*, art. 6: “El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos responden a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales”.

⁶¹² *Ibíd.*, art. 69. La norma señalaba: “Las concesiones serán otorgadas al sector privado con el objeto de que este último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya obra pública, mantenga y mejore una ya existente o presta un servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo”.

⁶¹³ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 23, num. 7.

⁶¹⁴ Vergara Blanco, *Derecho Administrativo Económico: sectores regulados, servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Sostiene el autor: “Son tres las bases regulatorias que han operado en

Pero además, tal derecho añadía un punto adicional que consiste en recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características,⁶¹⁵ esto es, la necesidad de cumplir, inclusive en los servicios públicos privatizados, según Gaspar Ariño, con un principio de *transparencia*.⁶¹⁶

En cuanto al derecho al trabajo, la Constitución de 1998, a la par de reconocer el derecho constitucional a la huelga de los trabajadores y al paro de los trabajadores, prohibió la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos.

Lo interesante es que, por primera vez en la historia, el texto constitucional expresa en forma de *publicatio* cuáles servicios públicos tenían prohibición de paralización y señala:

salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. 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.⁶¹⁷

Además, añadió en el segundo inciso, los principios fundamentales que la doctrina jurídica reconoce para este tipo de actividades. Señalaba así que “el Estado

Chile, a propósito de la regulación de la actividad económica, y no siempre esto es observado como una tríada: 1) La libertad de emprender toda actividad económica, garantizadas en la Constitución; 2) La libertad de adquirir todo tipo de bienes, como regla general, y la regla de unos bienes públicos no estatizados, y; 3) Unas técnicas administrativas adecuadas para el emprendimiento. La primera libertad, de emprender, es el resultado de la aplicación del principio de subsidiariedad, como elemento esencial que determina el papel del Estado en la economía del país; y por otra parte, cabe analizar conjuntamente otra libertad, que pocas veces es vista bajo este prisma: la libertad para adquirir toda clase de bienes. Pero todo ello sería inútil si la Administración siguiese operando con una discrecionalidad amplia, y con técnicas de intervención poco aptas para el desenvolvimiento de las libertades económicas”, 62

⁶¹⁵ Véase Javier Dávalos González, “El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”, en *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad* (Quito: Centro de Derechos Humanos y Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007), 99–128.

⁶¹⁶ Ariño, “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados. Bases para una renegociación de los contratos”. Explica el autor: “Esta es la segunda característica de estas industrias. Justamente por su carácter esencial para la población, que sufre continuamente el impacto de su actividad, las empresas de servicios tienen un especial deber de transparencia. Deben dar explicaciones de lo que hacen, de una forma que no es exigible a ninguna otra empresa privada. La empresa que asume ‘obligaciones de servicio público’ sabe que debe exponer su contabilidad, su patrimonio y la identidad de sus gestores o accionistas de referencia al escrutinio público. Aunque ello se ciñe estrictamente a lo relacionado con tales obligaciones, no quita un ápice a la transparencia exigible en este terreno. La liberalización de los servicios públicos y la aparición de instituciones reguladoras en los sectores privatizados ha hecho que la información disponible sobre el sector y las empresas que en él actúan, una de las claves del éxito o fracaso de la regulación. La experiencia latinoamericana de los últimos tiempos acredita que se están haciendo valoraciones apresuradas, sesgadas, con datos insuficientes, más políticas que empresariales, de las magnitudes económicas que están en juego y ello sólo se puede combatir con transparencia”, 97.

⁶¹⁷ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 249.

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”.⁶¹⁸

Curiosamente, uno de los servicios públicos más importantes y de altísima sensibilidad e interés social que no fue incluido en esta disposición constitucional, fue el sector bancario. Este hallazgo es relevante en la medida en que, como es bien conocido, la crisis bancaria en Ecuador se produjo principalmente entre 1999 y 2000, esto es durante la vigencia del texto constitucional de Sangolquí y que desembocó en el funesto *feriado bancario*.

Años más tarde, el expresidente Jamil Mahuad calificaría en sus memorias tal decisión con la metáfora de una *bala de plata*.⁶¹⁹

Luego, mientras que la disposición constitucional establecida en el artículo 114 de la Constitución de 1979 señalaba que la Superintendencia de Bancos era el organismo “técnico y autónomo que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las instituciones bancarias, [...] y de las demás personas naturales y jurídicas que determine la ley”,⁶²⁰ la Constitución de 1998 se refería en su artículo 222⁶²¹ a las superintendencias en forma genérica.

⁶¹⁸ *Ibíd.*

⁶¹⁹ Jamil Mahuad Witt, *Así dolarizamos al Ecuador* (Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A., 2021). Comenta el autor: “Con mucho dolor elegí la opción que me dictó mi ética personal: la de mi sacrificio político en favor [*sic*, seguramente por ‘a favor’] de la opción preferencial por los pobres, la que favorecía a la mayoría del Ecuador, que no tenía depósitos bancarios. Me armé de valor y, ‘en obediencia a mi sereno juicio’, tomé tres decisiones críticas: [1] Primero, dispuse el congelamiento del 50% de los depósitos y de los créditos bancarios en el país, al postergar por un año los vencimientos de los préstamos de los clientes con los bancos (a esto lo llamamos *reprogramación de activos y pasivos*); [2] Segunda, dispuse un incremento sustancial de los precios de los combustibles, los cuales ofrecí bajar cuando el Congreso subiera los impuestos; [3] Tercero, pedí a las autoridades de supervisión bancaria que contrataran una auditoría internacional de todo el sistema bancario ecuatoriano, incluyendo los bancos extranjeros que operaban en el país, para conocer la situación real en que se encontraban. Una vez decidido el congelamiento o la ‘bala de plata’ para acabar de manera certera con la hiperinflación, era necesario establecer un *feriado bancario* para preparar los detalles jurídico – técnicos que permitieran su ejecución. Esta decisión no la podía tomar el Ejecutivo, sino la Junta Bancaria que así lo dispuso. La bala de plata cumplió su objetivo, pues mató de raíz la hiperinflación. Al congelar el retiro de depósitos, la demanda de divisas paró: el dólar bajó de los 18.000 sucres que había alcanzado en su tope máximo a 9.800 y se mantuvo en cifras similares por algún tiempo. Sin embargo, la bala de plata hirió de muerte el apoyo ciudadano a mi gestión. El tsunami de la indignación nacional ante las medidas de congelamiento de depósitos y retiros, y del aumento de los precios del combustible, recorrió el país y abrió las puertas del infierno político y social en que entraría el Gobierno y en el que se mantendría en general durante el resto del año. Era el caldo de cultivo ideal para que proliferaran rumores infundados sobre las medidas que habíamos adoptado. De todos los rumores que circularon, el más dañino fue el que aseguraba que el Gobierno había decretado el congelamiento para proteger a los banqueros del país”, 345 y 346.

⁶²⁰ Ecuador, *Constitución Política de 1997*.

⁶²¹ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 222: “Las superintendencias serán organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los

No establecía a algún sector en específico y delegando a la ley la determinación de las áreas que requieran control y vigilancia.

En la tensión teórica entre estatismo y liberalismo, dicha delegación resultaba, por decirlo menos, peligrosa porque retiraba la potestad –y el valor– constitucional de la autoridad de control de los bancos a nivel nacional, dejando en manos de las fuerzas políticas del poder legislativo cualquier determinación del marco regulatorio de una actividad tan sensible y de gran interés nacional.

El reconocimiento constitucional de ciertos servicios públicos cuya huelga estaba prohibida se desdice deliberadamente con la exclusión expresa de la actividad bancaria como actividad económica de interés general. Esto infringía el concepto mismo de la *publicatio* constitucional como mecanismo jurídico de salvaguarda de los intereses públicos de los usuarios de los bancos en el nivel constitucional.

Otro hallazgo importante en la Constitución de 1998 radica en haber reconocido en el rango constitucional, a diferencia de su antecesora de 1979, derechos a los consumidores, concretamente en situaciones de interrupción de servicios públicos. Esto se determinó en el artículo 92 del texto constitucional.⁶²²

Huelga añadir que tales derechos fueron desarrollados y complementados legislativamente dos años más tarde con la expedición en el año 2000 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. A pesar de aquello, conforme sostiene Campaña, la protección efectiva de ciertos servicios públicos ha tenido sus inconvenientes, particularmente en cuanto a su adecuación de algunas directrices internacionales para derechos del consumidor, que en ciertos casos se han aplicado, pero en otros no.⁶²³

servicios que presten se sujeten a la ley y atiendan al interés general. La ley determinará las áreas de actividad que requieran de control y vigilancia, y el ámbito de acción de cada superintendencia”.

⁶²² *Ibíd.*, art. 92: “La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos. Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos. El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

⁶²³ Paola Campaña Terán, “La defensa del consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección”, *Iuris Dicitio*, n° 24 (2019): 17–32. Señala la autora: “Las directrices se han implementado en el país a través de la LODC y otras normas no integradas a esta, normas de registros sanitarios para la garantía de la inocuidad de los bienes a ofertarse; la comunicación de los riesgos; políticas de protección frente a defectos graves y el retiro y reemplazo de dichos productos; prácticas comerciales; protección frente a trato abusivo; normas relativas a la competencia

En el ámbito procesal, el artículo 95 de la Constitución previó novedosamente la *acción de amparo* para adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente, las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que, entre otros escenarios, provoquen daños graves como consecuencia de la indebida prestación de servicios públicos.

Inclusive, la norma constitucional permitía que este amparo constitucional también pueda ser presentado contra prestadores particulares de dichos servicios, pero limitando su marco de acción cuando esta prestación se haya realizado mediante delegación o concesión administrativa.

Aquello afectaba la eficacia del amparo constitucional para aquellos servicios que, tradicionalmente, venían siendo ofrecidos por el sector privado: educación, salud y transporte privados.

A pesar de eso, la norma preveía la posibilidad de activar dicha acción, en cualquier caso porque no establecía limitaciones, para eventos de afectaciones comunitarias, colectivas e inclusive para derechos difusos.⁶²⁴

Tal dato es relevante en la medida en que la acción de amparo para los denominados derechos de *tercera generación* podía constituir, al menos en su época, una forma jurídica de tutela de inadecuada prestación de, entre otros, los servicios públicos pues se encontraba condicionada a un enfoque colectivo –no individual–.

Así, la condición que requería dicha forma de protección procesal de tales derechos requería de la existencia de patrones fácticos de afectación a varios usuarios o destinatarios de tal o cual servicio.

Solo así, entonces, el amparo constitucional podía ser utilizado como modo de tutela y allí su debilidad. En el derecho comparado, concretamente para los casos de Colombia y Bolivia, la cuestión colectiva de los servicios públicos y su relación con

leal; adoptado a través de otras organizaciones y cuerpos normativos, protección frente abusos; formación de organizaciones de consumidores; normas de calidad para los bienes y servicios recogidas en otros cuerpos normativos y mecanismos de compensación. [...] Las directrices que no se han implementado en el país a través de la LODC están relacionadas con la creación de un órgano rector en materia de consumidores que promueva el establecimiento de políticas nacionales de protección. Si bien la LODC ha otorgado ciertas competencias de protección de los consumidores a la Defensoría del Pueblo, estas son limitadas y no existe un órgano que promueva política pública en relación a la materia. La protección de los intereses económicos se ha regulado de forma incompleta. La generación de sistemas de distribución de bienes y servicios esenciales se ha regulado en cuanto a los servicios públicos como el agua y la energía eléctrica, pero aun de forma insuficiente. Tampoco se recoge la generación de políticas de consumo sostenible”, 20.

⁶²⁴ Para revisar las diferencias entre intereses difusos, colectivos y comunitarios en la Constitución de 1998, véase Diego Pérez Ordoñez, “Apuntes sobre la acción de amparo constitucional”, *Iuris Dictio* 1, n° 1 (2000): 30–34, 31.

estas acciones colectivas han sido estudiadas respectivamente por Londoño⁶²⁵ para el caso colombiano y su Constitución de 1991. Para Bolivia, por Wanderley⁶²⁶

Otro hallazgo importante en la Constitución de 1998, que además también se encuentra reconocido en la Constitución de 1979,⁶²⁷ se refiere a la actividad del Estado como agente económico.

Tal axioma rompe la visión tradicionalista y dualista según la cual el Estado no es más que un agente regulador y controlador de los procesos económicos y de las actividades económicas de interés general.

La postura del Estado empresario no es sino, una derivación de la ola de las decisiones políticas adoptadas durante el incremento de la actividad estatal durante el siglo XX y de la puesta en marcha de modelos de estados de bienestar a los cuales se hizo mención *ut supra*.

Además, el Estado empresario constituye una forma en que aquel participe como un actor en la economía⁶²⁸ y también fortalece la idea según la cual, no opera *per se* un retroceso –o retirada en términos de Strange–⁶²⁹ sobre aquel.

⁶²⁵ Beatriz Londoño Toro, “Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación”, *Estudios Socio - Jurídicos* 1, n° 2 (1999): 103–31. Sostiene la autora: “Los derechos colectivos, también denominados derechos de tercera generación, son la expresión más clara de la evolución histórica y de las luchas por el reconocimiento de los derechos humanos ad portas de un nuevo milenio. Entre estos derechos se destacan, el derecho a un ambiente sano, los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, los derechos de los consumidores y los derechos de las minorías étnicas. Todos ellos responden a nuevas exigencias éticas pues tienen como fundamento el principio de solidaridad entre los hombres y los pueblos; se caracterizan igualmente por la doble titularidad (personal y colectiva) en su ejercicio, su nota principal es el énfasis que tiene el aspecto preventivo frente a su vulneración y el carácter eminentemente participativo de su ejercicio. Son además derechos que exigen un cambio de mentalidad en las organizaciones sociales, en la ciudadanía en general y en los servidores públicos para poder garantizar su promoción y defensa”, 121 y 122.

⁶²⁶ Fernanda Wanderley, “Acciones colectivas y ciudadanía en Bolivia”, *Temas Sociales* 28 (2008): 219 — 243. Explica la autora: “los ámbitos de lo público entendido como espacios de negociación y contestación sobre asuntos comunes se construyen en interacciones cotidianas y extraordinarias. En la vida diaria y en el ámbito urbano se destacan los barrios en proceso de urbanización que todavía no cuentan con servicios básicos como electricidad, agua y alcantarillado, así como con la zonificación consolidada. En el ámbito rural las comunidades indígenas y campesinas han gestionado el espacio de convivencia social con grados diferenciados de interdependencia con-el Estado. La organización de los vecinos para la provisión de bienes y servicios públicos redefine un espacio desde donde se gesta la “política de ciudadanía”. La identidad de ciudadanía no se limita a comprenderse como usuarios de servicios y bienes públicos toda vez que se gestan acciones colectivas orientadas a la provisión de servicios y bienes de manera concertada con las instituciones públicas. ‘La junta de vecinos es muy importante: un ciudadano que tenga su casa no puede hacer su alcantarillado solito, no puede hacerse los servicios de saneamiento básico solito, entonces desde el momento que tenga su casa tiene que ser parte de la junta de vecinos’. La mayoría de los entrevistados, dirigentes y miembros de las juntas de vecinos señalan: ‘la misión de nuestra organización es ir mejorando nuestro barrio’, a través de la refacción de escuelas, de postas sanitarias, la provisión de servicios básicos (agua, alcantarillado, energía eléctrica) y la construcción de vías públicas, mejoramiento de caminos, apertura de caminos”, 236.

⁶²⁷ Ecuador, *Constitución Política de 1979*, art.46: “El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia o magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social”.

De allí que la Constitución de 1998 determinó que el sector público se componía, además de otras entidades, de “organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.⁶³⁰

Conviene aclarar por su relevancia jurídica que esta disposición constitucional no se limitaba exclusivamente a servicios públicos, sino a todo tipo de actividades económicas que, en el marco de la oferta y la demanda, y mediante empresas públicas,⁶³¹ se pudieren ofrecer bienes y servicios al público en general.⁶³²

⁶²⁸ Eucadys Cujia Guerra, Stella Lucila Monroy Toro, y Lilia Esther Palacio Sprockel, “El papel del Estado colombiano en la economía con miras a la globalización”, *Redipe* 7, n° 6 (2018): 104–12. Explican las autoras: “El estado, cualquiera sea la visión o inclinación política de quienes lo gobiernan, debe intervenir en la economía, ya sea en mayor o en menor grado dependiendo de la filosofía y los objetivos del gobierno de turno. La intervención del estado en la economía, es absolutamente necesaria, algo que ha sido más que probado con la crisis financiera internacional, que en parte se debió a una escasa intervención regulatoria del estado en el sector financiero. Dependiendo de los objetivos de un gobierno, el estado debe intervenir en muchas formas la economía para lograr los fines que se persiguen, la intervención puede ser desde un simple a complejo control, o en una intervención más directa en el comportamiento de elementos básicos de la economía como el consumo, la oferta o hasta el ahorro. Existen innumerables herramientas con las que el estado, interviniendo puede moldear la economía más o menos a su gusto dentro de las cuales encontramos, los impuestos, los subsidios, controles de precios y el gasto público”, 107.

⁶²⁹ Susan Strange, *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial* (Barcelona: Icaria editorial e Intermón Oxfam, 2001). Para la autora: “Existen a buen seguro algunas paradojas chocantes sobre este vuelco en el equilibrio de poder Estado-mercado. Una que oculta para mucha gente el declive general del poder estatal es que parece crecer la intervención de la autoridad estatal y de los órganos del Estado en las vidas cotidianas de los ciudadanos. Si antes correspondía a los individuos buscar trabajo, comprar bienes y servicios teniendo cuidado de que fuesen lo seguros o inseguros que parecían ser, construir o derruir casas, gestionar las relaciones familiares, etc., ahora los gobiernos aprueban leyes, establecen oficinas de inspección y autoridades urbanísticas proveen los servicios de empleo, garantizan la protección de los consumidores en casos de agua contaminada, de alimentos en mal estado, de edificios defectuosos o en los sistemas de transporte [...]. Ello no necesariamente incoherente con mi convicción sobre el declive del poder estatal. Este es menos efectivo en aquellos asuntos básicos que el mercado, por sí mismo, nunca ha sido capaz de asegurar: la seguridad frente a la violencia, la estabilidad monetaria para el comercio y la inversión, un sistema legislativo claro y los instrumentos para aplicarlo, y un mínimo de bienes públicos como alcantarillados, suministros de agua o infraestructuras de transporte y telecomunicaciones”, 23.

⁶³⁰ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 118.

⁶³¹ Francisco Olivia Blázquez, “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”, en *Estado, Derecho y Economía* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 121–57. Manifiesta el autor: “La empresa pública es una de las formas jurídicas a través de las cuales se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía. Se trata de una técnica o modelo de autoorganización a través de la cual las Administraciones Públicas llevan a cabo la potestad discrecional que la Carta Magna les atribuye para intervenir en el mercado”, 141.

⁶³² Luis Humberto Ludeña Saldaña, “El rol del Estado en la economía del siglo XXI”, *Cultura*, n° 27 (2013): 99–115. Explica el autor: “Hoy en día el Estado, en cumplimiento de su deber de velar por el bien común y lograr una distribución equitativa de la riqueza, debe intervenir en la economía. Esto lo hace de diversas maneras, ya sea por medio del desarrollo de la política económica, desarrollando directamente alguna actividad económica por sí mismo o a través de sus empresas, o bien, regulando determinadas actividades económicas que por su importancia para las personas, deben estar reguladas para evitar abusos y mejorar su funcionamiento”, 112.

Eso sí, respetando los derechos de consumidores, quienes en tales relaciones jurídico–económicas de intercambio no actuarían como administrados. Este modelo de estado empresario fue tomado con aún más fuerza a partir de la Constitución de Montecristi de 2008 que será analizada más adelante.

Luego, el establecimiento del Fondo de Solidaridad en el artículo 250 de la Constitución de 1998, como un “organismo autónomo destinado a combatir la pobreza y a eliminar la indigencia”,⁶³³ presenta problemas de tensión entre estatismo y liberalismo. El segundo inciso de dicho artículo señalaba que la capitalización de dicho Fondo –que además tuvo vigencia legal desde 1995–⁶³⁴ provendría de “recursos económicos generados por la transferencia de patrimonio de empresas y servicios públicos”.⁶³⁵

Resulta complejo aceptar que en una disposición constitucional se cree un organismo técnico de tal importancia y que su financiamiento no provenga, por ejemplo, del Presupuesto General del Estado, sino de la “transferencia” de patrimonio de empresas y servicios públicos.

En esta investigación se ha mencionado recurrentemente que aun incluso en los procesos de privatización, existen estándares jurídicos y económicos mínimos que deben observarse obligatoriamente para resguardar el interés general.

Sin perjuicio de otras etapas que quedaron expuestas *ut supra*, Arbeláez sostiene que en el proceso de preparación de empresas para su vida en el sector privado, al menos deben observarse tres: (i) diagnóstico de la empresa; (ii) reestructuración financiera; y, (iii) satisfacción de requerimientos legales.⁶³⁶

Además, la fórmula cerrada en la redacción del texto constitucional llevaba a pensar que para conseguir capitalizar a dicho fondo, el proceso de transferencia de patrimonio es el mecanismo más idóneo –sino el único desde el texto constitucional–⁶³⁷ para capitalizar dicho Fondo. Los procesos de privatización, al menos en el caso de los

⁶³³ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 250.

⁶³⁴ Ecuador, *Ley de Creación del Fondo de Solidaridad*, Registro Oficial 661, 24 de marzo de 1995.

⁶³⁵ *Ibíd.*

⁶³⁶ Beatriz Helena Arbeláez Martínez, “Estrategias de Estado para adelantar un proceso privatizador”, en *Alternativas de Privatización para el sector público colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993), 59–84, 67 y 68.

⁶³⁷ Si bien la Constitución Política de 1998 determinaba que el Fondo de Solidaridad se capitalizaba a partir de los valores recibidos de la transferencia de patrimonio de empresas y servicios públicos, el artículo 4 de la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad reconocía otras formas tales como donaciones, ingresos originados mediante cualquier otra operación activa o pasiva que realice dicho Fondo, venta de acciones de sus propiedades, fideicomisos mercantiles, encargos fiduciarios, entre otros.

servicios públicos, responden a una lógica social de interés general que deben estar jurídicamente salvaguardados.

Además, la doctrina ha desarrollado varios *tipos* de privatización en donde justamente los Estados reservan para sí ciertas potestades públicas en aras de cuidar el interés general de usuarios y consumidores. Hamer, por ejemplo, ofrece algunas categorías:

Tabla 8
Formas de privatización de acuerdo con Eberhard Hamer

Tipo	Descripción
a. Privatización formal	En este caso, la entidad pública se sirve sólo de formas legales o financieras privadas, par a una tarea o un servicio, pero conserva el poder de disposición real sobre la función.
a.1. Privatización económico - financiera	En la privatización económico – financiera sólo se traspasa al sector privado la financiación de una tarea pública, utilizándose, por ejemplo, capital privado para proyectos de inversión pública o para ámbitos de servicios, como en el caso de la construcción de escuelas, por ejemplo.
a.2. Privatización legal	En este caso, el Estado sigue siendo titular económico de la entidad y debe, por tanto, asumir los déficits.
b. Privatización material	Esta modalidad privatizadora supone el traslado del contenido de una tarea o servicio público al sector privado. Se puede producir de dos maneras: en atención a si el Estado sigue conservando la responsabilidad de la tarea o servicio de que se trate o si entrega dicha responsabilidad a la Empresa privada.
b.1. Privatización organizativa	La entidad pública asume la responsabilidad del cumplimiento de la tarea, pero la realiza la Empresa privada. A su vez, dentro de esta categoría caben dos variantes: 1.1. En la forma de submisión, el Estado sigue siendo responsable del servicio, pero encomienda la tarea al sector privado como Empresa subsidiaria. 1.2. En el sistema de concesión, que se caracteriza por el principio del riesgo y ventura que asume el contratista, se entrega al sector privado la realización de la tarea y la responsabilidad financiera.
b.2. Privatización funcional	En este caso, la entidad pública también traspasa al sector privado la competencia de la tarea y sólo es responsable subsidiariamente.

Fuente: Eberhard Hamer⁶³⁸
Elaboración propia

Una última cuestión respecto de la tensión provocante en las doctrinas de los servicios públicos por la Constitución de 1998 se refiere al modelo de *economía social de mercado* previsto en el artículo 244 de dicha carta pólítica.⁶³⁹ Pero antes, huelga

⁶³⁸ Eberhard Hamer, “Praxis de la privatización de servicios”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n° 1 (1985): 219–33, citado en Rodríguez-Arana Muñoz, *La privatización de la empresa pública*: 84 y 85.

⁶³⁹ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 244: “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión

aclarar que la Constitución de 1979⁶⁴⁰ hacía mención en el segundo inciso del artículo 45, a la *economía de mercado* sin el adjetivo *social*.

En el tercer inciso, además, preveía la prohibición de cualquier forma de abuso de poder económico, incluyendo al sector privado. Aunque no se menciona expresamente en dicho inciso, se ha de entender que se refería a formas de abuso de poder tales como los monopolios y oligopolios *ilegales*.⁶⁴¹

Volviendo a la Constitución de 1998 y respecto a los términos *economía social de mercado*, como explica Rivadeneira,⁶⁴² no sería sino Müllen – Armack a mediados del siglo XX y luego varios miembros de la Escuela de Friburgo mencionada en el primer capítulo de esta investigación, quienes acuñarían tal concepto.

De acuerdo con aquel, las cinco principales características de un sistema de economía social de mercado suponen la puesta en marcha y el reconocimiento de factores tales como la iniciativa privada, propiedad privada, competencia, responsabilidad del individuo y libertad de realizar contratos.⁶⁴³

nacional y extranjera en iguales. 2. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y, referenciales, para la privada. 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen. 4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio. 5. Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo. 6. Empezar actividades económicas cuando lo requiera el interés general. 7. Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado. 8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad. 9. Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país. 10. Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten”.

⁶⁴⁰ Ecuador, *Constitución Política de 1979*, art. 45: “El desarrollo, en un sistema de economía de mercado, propende al incremento de la producción y tiende fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tiene como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad. Se prohíbe, y la ley la reprime, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros”.

⁶⁴¹ El término *ilegal* en la doctrina de los servicios públicos se refiere a aquellas formas de intercambio económico de dichos servicios que no han sido autorizados o provistas como tales por el Estado. Los servicios públicos, por su naturaleza jurídica y económica, funcionan dentro de marcos de monopolio u oligopolio legales, lo cual es perfectamente aceptable.

⁶⁴² Juan Rivadeneira Frisch, *Economía Social de Mercado* (Quito: Fundación Konrad Adenauer, 2009).

⁶⁴³ *Ibid.*, 8 y 9.

Resico, por su parte, condensa los principios estructurales y los principios reguladores en la economía social de mercado,⁶⁴⁴ mientras que Granda plantea que la *economía social de mercado* prevista en la Constitución de 1998, fue una definición que “adoptó preferentemente el neoliberalismo a nivel internacional a partir de la constitución alemana”.⁶⁴⁵

Grijalva lo explica con mayor detenimiento:

En la Constitución de 1998, el mercado, aunque formalmente regulado por el Estado, es el proceso central del sistema económico, como queda claro en su artículo 224, que establece que ‘dentro del sistema de economía social de mercado’ le corresponde al Estado regular, planificar, promover actividades económicas e incluso emprenderlas por sí mismo cuando lo requiera el interés general. Este grado de intervencionismo estatal en el mercado diferencia, a su vez, la economía social de mercado del paradigma principal del libre mercado, propio del liberalismo decimonónico y del neoliberalismo reciente.⁶⁴⁶

Desde el año 2003, esto es mientras seguía vigente la Constitución de Sangolquí, Troya y Grijalva aclaraban que, desde el enfoque teórico, se presentaba un error en confundir a la economía social de mercado con la economía neoliberal. Estos autores explicaban que en aquellos modelos en donde se aplica la economía *social* de mercado, tal mercado “no es un fin en sí mismo sino un mecanismo que debe integrarse y ser funcional a otros principios y objetivos sociales y políticos que los arts. 242 y 243

⁶⁴⁴ Marcelo F. Resico, *Introducción a la Economía Social de Mercado* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2011). Sostiene el autor: “la Economía Social de Mercado se basa en una serie de principios económicos que se derivan de ellos. La primera enumeración de los mismos se debe al aporte del economista alemán Walter Eucken, uno de los líderes de la Escuela de Friburgo, quien los clasificó en dos grupos: los denominados principios estructurales, que son los dedicados a garantizar el ámbito de libertad económica, y los principios reguladores, que son los que previenen los posibles abusos de esa libertad y garantizan que los beneficios generados en el mercado se difundan de manera socialmente justa. Los principios estructurales implican el despliegue de una economía de mercado y coinciden con los que hemos argumentado al desarrollar la teoría del mercado. Cuentan entre ellos la propiedad privada de los medios de producción, la existencia de mercados abiertos y competitivos, de libertad de establecer contratos, y de requerimientos de transparencia en todas las operaciones, la necesidad de políticas económicas estables y predecibles, y la primacía de la política monetaria. En cuanto a los principios reguladores, tienen que ver con el marco institucional y la política económica a cargo del Estado. Podemos enumerar la intervención del Estado en el control y la reducción del poder monopólico (o política de defensa de la competencia), una política anti-cíclica integral que modere los auges y recesiones, la política social que garantiza la igualdad de oportunidades y la necesidad de que los precios reflejen todos los costos (para internalizar al mercado los beneficios y costos externos que no tendría en cuenta, lo que implica límites a la contaminación y a las conductas depredadoras). Estos principios se desprenden de las fallas de mercado, que dan lugar al rol del Estado en una economía de mercado”, 118 y 119.

⁶⁴⁵ Granda Aguilar, *Globalización y Derecho de las Finanzas Públicas en Ecuador (1990-2017)*, 111.

⁶⁴⁶ Grijalva Jiménez, “La Constitución Económica del Ecuador”, 89.

determinan y que son, a su vez, parte estructural del Estado social de derecho proclamado en el artículo constitucional 1 [...]”.⁶⁴⁷

Aceptando este planteamiento, parecería que la Constitución de 1998 no era *del todo* neoliberal. Es cierto que dicha Carta Política establecía en el marco constitucional al mercado como un actor fundamental en el sistema económico, pero como se ha visto en reiteradas disposiciones de dicho texto –a excepción de la peligrosa cuestión el Fondo de Solidaridad frente a posibles capitalizaciones transnacionales⁶⁴⁸ de los servicios públicos– la coexistencia entre Estado y mercado se encontraba garantizada en la Norma Suprema.

De hecho, el artículo 245 reconocía expresamente la organización y desenvolvimiento de la economía ecuatoriana en forma coexistente y concurrente entre el sector privado y el sector público. La norma *in comento* señalaba que la economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la “coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”.⁶⁴⁹

Esta disposición constitucional coincide con el planteamiento más cercano a sosegar las tensiones entre estatismo y liberalismo para el caso de los servicios públicos. De hecho, Guzmán considera que dicho sistema podía ser calificado como un sistema económico *mixto*.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ Agustín Grijalva Jiménez y José Vicente Troya Jaramillo, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 1 (2003): 5–47, 7.

⁶⁴⁸ Explica Guzmán que “En un importante estudio, Jurgen Schuldt sustenta, con mucho detalle y prolija argumentación, que el capitalismo financiero transnacional y local, en alianza con grupos económicos nacionales altamente concentrados, han configurado hábilmente un sistema tendiente a reprimarizar las economías latinoamericanas [...]. Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano II*.

⁶⁴⁹ Ecuador, *Constitución Política de 1998*, art. 245.

⁶⁵⁰ Manifiesta Guzmán sobre la economía social de mercado que “En los sistemas mixtos, propios del Estado social de derecho o de la economía social de mercado, los factores de la producción son organizados por la empresa privada, en forma usual y general; y también por el Estado, pero en modo subsidiario. La producción busca atender no solo los requerimientos del mercado, es decir de quienes tienen capacidad de compra, sino también las exigencias mínimas de todos los grupos sociales. La iniciativa, responsabilidad y riesgo de las actividades económicas son compartidas entre los particulares y el Estado. La producción corre a cargo fundamentalmente de la iniciativa y de la empresa privada. El Estado solo asume subsidiariamente, con el objeto de atender necesidades públicas que no pueden satisfacer la iniciativa privada o para equilibrar o dar firmeza a los procesos generales de desarrollo económico y social. La recompensa de la producción eficiente no es únicamente el lucro personal, sino el equilibrio y bienestar generales. Se evoluciona hacia un lucro administrado, en el sentido de que el Estado pone límites a las utilidades privadas. Las actividades económicas se rigen fundamentalmente por los requerimientos del mercado, aun cuando el Estado tienda a morigerarlos, con el fin de proteger a grupos o sectores desaventajados, impulsar actividades productivas en todo el territorio nacional o en ciertas zonas, o corregir las contradicciones y crisis internas que se producen en el desenvolvimiento económico y social. El Estado interviene en la economía, con el fin de evitar las crisis cíclicas de la economía

Mas tal postura no debe caer tampoco en la ingenuidad discursiva. Tampoco corresponde creer ilusamente que, en la búsqueda de tal equilibrio, el poder del Estado y el poder del mercado renunciarán necesariamente a sus prebendas.

Como se dijo al concluir el primer capítulo de esta investigación, ciertas élites políticas y económicas apuestan por la *institucionalidad extractiva* porque con frecuencia, pues luego de cooptar el poder, aún inclusive con mecanismos democráticos, utilizan su fuerza e influencia para cooptar las instituciones económicas y con ello, desincentivar a la iniciativa privada en actividades de gran escala tales como los servicios públicos. Con ello quedaría afectada la competencia.⁶⁵¹

A la luz de los criterios expuestos sobre ciertos peligros constitucionales como la determinación, en esos términos, del Fondo de Solidaridad en 1998, el fenómeno podría darse, según dirá Guzmán, en que un proceso de liberalización estaría dirigido justamente a “favorecer a pequeños grupos nacionales y al capital transnacional a costa de las grandes mayorías nacionales, que para los neoliberales siguen constituyendo el gran peligro”.⁶⁵²

En los debates de tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo, el fomento de la inversión privada en la industria de los servicios públicos requiere ser enmarcado a partir de economías de mercado, inclusive *sociales* de mercado, que presuponen que los consumidores sean capaces de tomar decisiones racionales y buscar su propia felicidad y satisfacción de la elección.

Coase sostiene que los actores del mercado (oferentes y consumidores) deben contar con posibilidades de oferta y acceso a servicios públicos de calidad, correctamente delimitados y con costos de transacción bajos o accesibles.⁶⁵³

Con ello, pueden por su cuenta llegar a un estado de eficiencia en el sentido de Pareto,⁶⁵⁴ es decir, que la situación de ningún individuo pueda mejorarse sin empeorar la de otro.

capitalista, que la hacen oscilar entre períodos de inflación, depresión, recesión, estagnación; o las crisis, también cíclicas de la economía social de mercado que, después de períodos de incremento de gasto público con fines sociales, suelen generar tendencias inflacionarias, que perjudican a quienes se intentó beneficiar”. Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano I*, 41.

⁶⁵¹ Acemoglu y Robinson, *Por qué fracasan los países*.

⁶⁵² Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano II*, 233.

⁶⁵³ Ronald Coase, “The problem of social cost”, *The Journal of Law & Economics*, 1960, accedido 25 de abril de 2023, <https://www.jstor.org/stable/724810>.

⁶⁵⁴ Roberto Herrera Daza, “La eficiencia y la equidad en los sectores público y privado: economía distributiva y justicia social”, *Administración y Desarrollo* 42, n° 58 (2013): 39–57. Explica el autor: “Si la sociedad considera que la distribución actual de los recursos no es justa, no tiene que actuar sobre los precios de mercado y reducir la eficiencia, sino simplemente redistribuir los recursos de una

Resulta complejo aceptar sin beneficio de inventario y por fuera de los discursos radicales, que paralelamente la Constitución Política de 1998 haya pretendido *desmantelar* el Estado, pero que al mismo tiempo dicha Norma Suprema haya previsto los principios de coexistencia y concurrencia entre sector público y sector privado.

Sumado a ello, el texto constitucional preveía un régimen de responsabilidad de prestadores públicos y privados de servicios públicos, la prohibición de huelga en este tipo de actividades, también la determinación en el propio texto constitucional según la cual, en el sistema económico previsto en la Constitución, el sector público era base y fundamento central de la economía.

En este marco, contaba con responsabilidades y potestades específicas para satisfacer las necesidades de interés general. Tal como ha sido explicado a lo largo de esta investigación, los servicios públicos han sido, son y seguirán siendo instituciones jurídicas y económicas de alto interés y sensibilidad social.

A pesar de sus transformaciones económicas, positivas en ciertos casos, negativas en otros, han estado presentes en el quehacer histórico empero de los cambios extremos en las tendencias políticas, económicas y jurídicas, especialmente en la década de los años noventa.⁶⁵⁵

En varios casos, la atracción por ciertos servicios públicos fue acérrimo –por intereses económicos que implicaba para élites políticas y económicas–⁶⁵⁶ en dicha década y también en la primera década del siglo XXI, que varios de los movimientos pendulares de algunos servicios públicos hacia el sector privado, como consecuencia de

manera justa. La intervención del Estado puede aumentar la eficiencia de los mercados utilizando como instrumentos los impuestos, subvenciones, transferencias, la legislación básica, la regulación y la provisión de bienes y servicios públicos”, 45.

⁶⁵⁵ Sostenía Cartas que “Como en todo cambio de tendencia, el péndulo se inclinó tal vez más de lo recomendable hacia el extremo opuesto. Cualquier intervención estatal fue catalogada de negativa y se le otorgó al mercado una capacidad de asignación de recursos mayor de la que en realidad posee, alcanzando incluso a bienes públicos y preferentes para los que tradicionalmente existía acuerdo de que el mercado fallaba en su provisión y asignación”. En José María Cartas, “Además del ajuste, la reforma social: la nueva agenda de los organismos internacionales”, *Contribuciones*, n° 41 (1994): 31–48, 33.

⁶⁵⁶ Dicen Zibechi y Machado: “los compromisos del Estado ‘democrático’ de antaño con la igualdad, la libertad, la inclusión y la constitucionalidad ahora, en la etapa neoliberal se subordina al proyecto de crecimiento económico, posicionamiento competitivo y mejora del capital y los mercados. Lo anterior implica, nada más y nada menos, que los propósitos y prioridades de los Estados han pasado a estar directamente vinculados al de las corporaciones empresariales modernas, quedando en equivalencia las conductas de los gobiernos con las conductas de las empresas. Esto deriva en que la acción de protección social del Estatismo neoliberal pasó a empresalizarse, es decir, es el equivalente a lo que en el mundo de los negocios podemos definir como ‘responsabilidad social corporativa’: estrictamente revalorización de la imagen y reputación institucional, más allá del control y gestión de su aparato represivo en la búsqueda de imponer el orden jerárquico que requiere el sistema”. Zibechi y Machado, *El Estado realmente existente: Del Estado de bienestar al Estado para el despojo*, 108.

la expedición de la Ley de Modernización del Estado, fueron mucho más decisivos y denotaban mayor interés por su nivel estratégico que otros.⁶⁵⁷

Hurtado, por ejemplo, afirma que incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1998 y con la puesta en marcha de la referida Ley de Modernización del Estado, “solo pudieron privatizarse empresas medianas: Ecuatoriana de Aviación, el ingenio de azúcar AZTRA, una productora de fertilizantes (FERTIZA), la cementera Selva Alegre. La única importante fue Cemento Nacional en la que el Estado tenía una alta participación accionaria”.⁶⁵⁸

A inicios de los años noventa, en televisión nacional se realizaban reportajes y entrevistas a protagonistas públicos y privados,⁶⁵⁹ así también se consultaba a la ciudadanía sobre su postura respecto de la privatización de empresas públicas.

Lo cierto es que en el caso ecuatoriano, de acuerdo con Guzmán, los procesos de privatización de ciertas entidades se realizaron inobservando, entre otros, el principio de

⁶⁵⁷ Para Pérez, “a mediados de los noventa, la Ley de Modernización permitió la supresión de muchas de tales empresas, de hecho algunas ya eran simples membretes, como Empresa de Abonos del Estado, Empresa de Alcoholes, NEDES, ENPRODE, EPNA y Empresa de Suministros. Otras fueron suprimidas después de adicionales escándalos como ENPROVIT y ENAC; y la venta de la endeudada Ecuatoriana de Aviación constituyó un alivio para las arcas fiscales. Pero la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, a pesar de su nombre no suministró bases legales para la privatización o concesión de los grandes servicios públicos, lo que se debía establecer en leyes especiales. Pero tampoco la ley dictada para el efecto concebida con el propósito de concesionar el servicio público de telecomunicaciones consiguió su propósito, Más bien, determinó que la empresa de telecomunicaciones existente al momento de su expedición se escindiera en dos compañías de derecho privado, ANDINATEL y PACIFICTEL, cuyas acciones pertenecen al Fondo de Solidaridad. La Ley equivalente para la concesión de los servicios de generación transmisión y suministro de energía eléctrica, que suprimiera la empresa pública INECEL, de un nuevo ente regulador (CONELEC), una empresa privada de control privado, en forma de sociedades anónimas, cuyas acciones pertenecen también al Fondo de Solidaridad. Para el rubro de explotación de hidrocarburos, existen variados proyectos para entregar operaciones al sector privado, pero ningún proyecto de ley se discute en el Congreso sobre ese tema al momento de escribir estas líneas, por lo que se puede afirmar con certeza que durante el año 2000 por lo menos, ninguno de esos servicios públicos ni [la] explotación hidrocarburífera será concesionado o privatizado, a pesar de la apertura de la reforma y codificación constitucional de 1998, que dice sobre los recursos naturales no renovables que ‘su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley’ (art. 274). La Ley Fundamental también dice sobre ‘los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias [...] podrán prestados 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’ (art. 249)”. En Pérez Camacho, “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”, 163 y 164.

⁶⁵⁸ Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*, 359.

⁶⁵⁹ Francisco Herrera Arauz, “Programa Ultima Hora” del canal Gamavisión, video de YouTube, a partir del reportaje sobre Privatización de empresas estatales en Ecuador, 9 mayo de 1990, <https://www.youtube.com/watch?v=0h4HwmwVCYQ&t=344s>.

transparencia de responsabilidad del gobierno y utilizando campañas públicas de desprestigio y descrédito.⁶⁶⁰

Justamente por ello, desde el enfoque institucional y más allá del caso concreto de la Superintendencia de Bancos, Ecuador perdió una importante oportunidad en el contexto del modelo de economía social de mercado de los servicios públicos previsto en el artículo 249 para crear, por primera vez en la historia, una Superintendencia de Servicios Públicos.

Esto se encuentra en el caso colombiano⁶⁶¹ para los servicios domiciliarios, de conformidad con el artículo 370 de su Constitución Política.⁶⁶²

Tal entidad pudo haber tenido, entre otras competencias, la potestad de vigilar, controlar, inspeccionar y autorizar aquellos actos jurídicos, económicos y técnicos relacionados con los servicios públicos, inclusive cualquier cuestión relacionada con procesos de concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, en salvaguarda del interés general y de los derechos de usuarios y consumidores.

En síntesis, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1998, aquella supuestamente *más neoliberal* de todas según sus detractores, coincidió con la crisis política, económica y social desencadenada en Ecuador por diversos fenómenos explicados en este acápite.

Sin embargo, es menester aclarar que aquietada la grave crisis una vez adoptado el sistema de dolarización, se produjo el golpe de Estado que defenestró del poder al presidente Jamil Mahuad.

⁶⁶⁰ Señala el autor: “La venta de las acciones de la Cemento Nacional, de la Cemento ‘Selva Alegre’ del ingenio AZTRA, la privatización de Ecuatoriana de Aviación, se han visto envueltas en escándalos resultantes de la baja o subjetiva valoración de esas acciones; de la falta del aviso público previo para la negociación de paquetes de acciones de cierta magnitud, previsto en la Ley de Mercado de Valores, expedida por el propio Gobierno; de la insuficiente transparencia de las negociaciones. De hecho, las acciones de la Cemento Nacional, después de que fueron vendidas por la Corporación Financiera Nacional, se han negociado en precios varias veces mayores, que los que ésta recibió; se ha estancado el desarrollo de otras cementeras en las que tienen predominio entes públicos, para crear condiciones de oligopolio o inclusive monopolio real, que generen desabastecimiento y hagan subir los precios de las fábricas de cemento ya vendidas [...] La campaña de descrédito contra EMETEL, el IESS, INECCEL, la falta de oportuno suministro de fondos para ellas, la captación de sus recursos, forzando ciertas normas legales han sido hechos evidentes, objeto de comentarios en los medios de comunicación colectiva.” Guzmán, *Derecho Económico Ecuatoriano II*, 302.

⁶⁶¹ Véase Javier Arley Murcia Bareño, “Protección del consumidor sobre las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios en relación con la defensa de los derechos e intereses de los usuarios durante el periodo 2004 - 2013”, *Vía Iuris*, n° 17 (2014): 47–61.

⁶⁶² Colombia, *Constitución Política de 1991*, art. 370: “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

Luego de aquello, y a pesar de las definiciones constitucionales respecto a la necesidad de implementar un sistema de economía social de mercado, según Hurtado, “los gobiernos de [...] Noboa, Gutiérrez y Palacio mantuvieron la tradicional indefinición del país frente al mercado y al Estado”.⁶⁶³

Sobre tal respecto, Caicedo y Tanca,⁶⁶⁴ así como Andrade⁶⁶⁵ coinciden en la propuesta de Hurtado, pues frente a una débil presencia política del presidente Alfredo Palacio entre el 2005 y el 2007, quien por sucesión constitucional asumió el poder como consecuencia del golpe de Estado que sufrió el presidente Lucio Gutiérrez, se comenzó a gestar en el país una corriente ideológica y política.

Estos eventos darían el posterior impulso a la Constitución de Montecristi en el 2008.⁶⁶⁶ Respecto a este contexto histórico, Paz y Miño Cepeda explica:

el manejo de la economía como del Estado se reprodujo en manos de una *clase política* convertida en el eje de la vida electoral del país, que se comportó no solo al servicio de sus intereses sino de los que promovieron las burguesías internas, en correspondencia con la expansión, sin fronteras, de los criterios de mercado libre y empresa privada absoluta. La clase política tradicional se convirtió en cómplice de los grupos de poder, que en estas circunstancias se produjo el triunfo electoral de Rafael Correa Delgado, identificado con la nueva izquierda latinoamericana, quien expresó la reacción nacional contra la “larga y triste noche neoliberal”, contra la “partidocracia” y a favor de una “revolución ciudadana”, que fueron los términos centrales utilizados por el nuevo mandatario para identificar la ruta de su presidencia. Con Rafael Correa (2007-2011) se abrió un nuevo ciclo político en la historia del Ecuador.⁶⁶⁷

⁶⁶³ Hurtado Larrea, *Ecuador entre dos siglos*, 362.

⁶⁶⁴ Caicedo Castillo y Tanca Macchiavello, *Noche larga No liberal. Realidad detrás del mito populista*. Sostienen los autores: “Y si bien en 1998 entró en vigencia una Constitución que manifestaba tácitamente un apego relativo a los principios de la Economía Social de Mercado, esta no logró cuajar en los efímeros gobiernos subsiguientes de Jamil Mahuad Witt (1998-2000), Gustavo Noboa Bejarano (2002-2003), Lucio Gutiérrez (2003-2005), y Alfredo Palacios (2005-2007) que se mantuvieron en una zona gris, de la que afloró el tradicional estatismo tan rápido como el precio del oro negro empezó a trepar. En 2008, una nueva Carta Magna fue forjada bajo el clímax del correísmo, en la que se impregnó una suerte de neodesarrollismo adornado de misticismo panteísta encarnado en el principio del ‘buen vivir’ que al fin de cuentas es una coartada filosófica para reinstaurar al Estado como amo y señor de la economía”, 45.

⁶⁶⁵ Pablo Andrade A., *La era neoliberal y el proyecto republicano. La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1992 - 2006*, vol. 67, Biblioteca de Ciencias Sociales (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009). Señala el autor: “El neoliberalismo no fue una larga noche sino apenas un breve crepúsculo. Solo el gobierno de Sixto Durán-Ballén [...] tuvo la vocación ideológica y contó con las condiciones económicas sociales y políticas para implementar de manera coherente y sistemática una transformación neoliberal del modelo de desarrollo ecuatoriano; sus sucesores fallaron en consolidar esas transformaciones, no se diga en extenderlas o profundizarlas”, 9.

⁶⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁶⁶⁷ Juan J. Paz y Miño, “Ecuador en la globalización: 1975 - 2005”, *HAOL*, n° 18 (2009): 25–39, 38.

Sumado a los problemas políticos y sociales de mediados de la primera década del siglo XXI, la baja popularidad del gobierno de Alfredo Palacios, la crisis económica y el severo desprestigio de la clase política, apareció junto a un impresionante aparato discursivo populista –muy parecido al velasquismo del siglo anterior– el programa político del movimiento ‘Patria Altiva I Soberana, PAIS’ y su líder Rafael Correa Delgado, bajo el eslogan propagandístico de ‘Revolución Ciudadana’.⁶⁶⁸

De entre la inmensa cantidad de metáforas, símbolos y alegorías que se expresaban en la lógica discursiva del movimiento político naciente, se destacaba en particular su hostilidad retórica a lo que se entendía como corrientes económicas de tipo neoliberal.

En tal marco de acción, el proceso constituyente impulsado fervientemente por la Revolución Ciudadana y llevado a cabo en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, concluyó luego de un plebiscito con la aprobación de la Constitución de 2008.

Entre otros aspectos puntuales que intentaban tomar distancia con los textos constitucionales predecesores, a esta Constitución se comenzó por retirar el término *política*. Aquello bajo la idea –simplista dirá Aguilar–⁶⁶⁹ que dicha nueva Norma Suprema era *más* que política porque contenía, según sus propulsores, un cambio

⁶⁶⁸ Explica Andrade: “La Revolución Ciudadana es algo más que una revuelta transitoria. Según el presidente Correa es un cambio del ‘rumbo de la historia’ cuyo objetivo es ‘volver a tener Patria’, el propósito de la Asamblea Nacional es el de ‘sentar las bases de un nuevo pacto social, que permita la consecución del buen vivir para la mayoría de los ecuatorianos’, construir ‘un nuevo Estado [...], contar con una Constitución popular, justa, democrática, digna, soberana y, por sobre todo, profundamente humana. Así, en palabras de su principal vocero, el proyecto de la Revolución Ciudadana debe entenderse como un amplio cambio en la relación entre el Estado y los ciudadanos y de los ciudadanos entre sí. La patria es Oun proyecto verdaderamente nacional’, basado en un compromiso de os individuos con los intereses fundamentales de la sociedad en su conjunto”. En Andrade A., *La era neoliberal y el proyecto republicano. La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1992-2006*, 86.

⁶⁶⁹ Manifiesta el autor refiriéndose irónicamente a como el *milagro de las palabras* intenta cambiar la realidad y la interpretación. Así lo señala: “La ‘revolución ciudadana’ es, sobre todo, ya tal vez no es más, que una revolución de las palabras. No me voy a referir aquí a los usos del lenguaje como instrumento para aglutinar a la población alrededor del líder, usos por otro lado comunes a cualquier autoritarismo, sino a la forma en que éstos se expresan en la Constitución de Montecristi y permiten el desarrollo del mito del supuesto paradigma constitucional. Me parece que entre las varias ideas que atraviesan el texto constitucional, hay una que tienen que ver con las palabras y parte del supuesto de que son éstas las que definen las cosas; papara esta forma de entender, cambiar los nombres es el primer paso para esa modificar realidades, incluso, la condición necesaria para que esa modificación sea posible. Lo vemos cuando se quita a la Constitución el calificativo de política, tal vez porque se reniega de este último y se piensa en lo jurídico como algo puramente técnico; es indudable cuando se pretende reformar la Función Legislativa sustituyendo el nombre de Congreso por Asamblea Nacional y la Judicial convirtiendo la Corte Suprema en Corte Nacional, o cuando la acción de amparo se convierte en acción de protección, o se agrupa a los tradicionales órganos de control en una función nueva a la que se asigna un nombre largo y rimbombante: Función de Transparencia y Control Social. El tema pasa, también, por ‘descubrir’ palabras, entenderlas como novedades y convertirlas en símbolo del supuesto cambio de paradigma”. En Aguilar Andrade, *El mito del nuevo paradigma constitucional*, 59-60.

sustantivo tan radical hacia los derechos que, lejos de solamente ordenar el poder político, fundaba un nuevo –y *milagroso*– paradigma constitucional.

Pero más allá de aquello, para Grijalva, uno de los aspectos más simbólicos e importantes del *nuevo* texto constitucional radicaba sobre la cuestión económica, que marcaba distancia de la Constitución de Sangolquí, particularmente en relación con el régimen de desarrollo, la planificación y la economía popular y solidaria.

En sí, dicho autor explica que desde un enfoque *macro*, la “Constitución actual regula más detalladamente que la de 1998, la organización y control de las empresas públicas (art. 315)”,⁶⁷⁰ añadiendo que a este tipo de empresas “corresponde la gestión de los sectores estratégicos como energía, telecomunicaciones, recursos naturales, no renovables, entre otros, así como la prestación de servicios públicos (arts. 313 y 314)”.⁶⁷¹

Trujillo refuerza lo explicado por Grijalva conectándolo con el denominado *sumak kawsay*⁶⁷² y su relación con las empresas públicas reconocidas en la propia Constitución de Montecristi. Este autor sostiene:

⁶⁷⁰ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 26.

⁶⁷¹ *Ibíd.*

⁶⁷² Aunque esta investigación no profundizará sobre el concepto aludido, conviene mencionar que a pesar de contar con varios promotores y defensores, existen posturas disidentes a lo que mayormente se ha dicho y explicado a favor del *sumak kawsay*. En opinión contraria, por ejemplo, Aguilar sostiene que éste “aparece en la Constitución como una noción clave, atraviesa el texto constitucional y es la referencia obligada en planes de gobierno, sentencias y otros documentos oficiales. Pero ¿qué tenemos en realidad aparte de la cantinela que se repite hasta el cansancio? Se nos dice que se trata de una formulación de la filosofía indígena, de un conocimiento ancestral, pero al parecer no hay un acuerdo sobre el verdadero alcance de la noción; la misma traducción del término al castellano, buen vivir, se considera inapropiada. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los pocos casos en que va más allá de la simple referencia al término utiliza una serie de palabras y calificativos que no alcanzan a precisar la singularidad de la noción: ideal, hermoso, bueno, realización, vida digna, plenitud. Las formulaciones más concretas coinciden en la idea de ‘armonía y equilibrio con el Universo y el ser humano’ o simplemente ‘armonía con la naturaleza’. Es esa precisamente, la forma en que Ramiro Ávila sintetiza la noción: ‘armonía con la naturaleza, con los otros seres vivos y con uno mismo. Tampoco estamos en ese caso ante una formulación novedosa. La idea de la armonía y de la plenitud de la vida está ya en el *Tao Te Ching* y no resulta extraña en los manuales de autoayuda y en la literatura *new age*. Pero lo que interesa, si bien estamos hablando de la formulación de una nueva forma de entender el derecho constitucional, es cómo estas valoraciones morales, estas formas de entender la vida, se expresan jurídicamente”. Esto es, precisamente, lo que no logro encontrar en casi diez años de existencia del concepto en la Constitución ecuatoriana. Ni la doctrina, ni la jurisprudencia, han logrado ir más allá de la formulación general de la armonía y no han sido capaces de precisar los contornos jurídicos de la noción; y cuando eso pasa, lo que se tiene es una palabra a la que hay que acudir porque forma parte del lenguaje oficial y, lo que es peor, una muletilla que se acomoda a cualquier objetivo”. En Aguilar Andrade, *El mito del nuevo paradigma constitucional*, 82 y 83.

En estas empresas hay que distinguir las empresas constituidas para la prestación de los servicios públicos, algunos de los cuales están mencionados en el art. 314 de la Constitución, como servicios públicos propios que el Estado, por sí o por los gobiernos locales, deberá proveer obligatoriamente a sus habitantes. [...] Parece que la Constitución concibe a los servicios públicos como las actividades que debe realizar el Estado para que los habitantes del Ecuador, sin discriminación de ningún tipo, puedan hacer efectivo el *Sumak Kawsay* y gozar de los derechos garantizados en la propia Constitución (art. 85). Esto significa que unos son los derechos y otras sus garantías, y esto hace que las enmiendas introducidas en 2015 entrañen una contradicción porque confunden el derecho a la comunicación con el servicio de los medios de comunicación que hacen efectivo el derecho a la comunicación que, como servicio público está regulada en Europa.⁶⁷³

La raigambre con la que el constituyente de Montecristi pensó el sistema económico de los servicios públicos, era a todas luces favorable al estatismo y a la lógica empresarial pública –como instrumentos de poder político dirá Céspedes–.⁶⁷⁴ Para tal fundamento, se engranó una filosofía jurídica y política denominada *neoconstitucionalismo* explicada, entre otros, por Wilhelmi⁶⁷⁵ y Anchaluisa.⁶⁷⁶

En esta nueva forma de entender las relaciones del Estado con la sociedad y la economía, el Estado – *ese* Estado, *el de la Revolución Ciudadana* – representaba desde el discurso de su máximo líder los más altos intereses nacionales, los de las *grandes*

⁶⁷³ Trujillo Vásquez, *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*, 171.

⁶⁷⁴ Céspedes Zavaleta, “Servicios públicos y empresas públicas”. Sostiene el autor: “En sí, las empresas públicas representan, intrínsecamente, un formidable instrumento de poder político y social, del que los gobiernos no quieren prescindir. Ello se da por la conjunción de los factores que se presentan en cuanto a la regulación y la propiedad pública. Además, es claro que la intervención política en las mismas se hace muy común debido a que los políticos manipuladores de las operaciones de las empresas públicas reciben todos los beneficios de esas intervenciones, pero soportan poco o nada de los costos de ineficiencias directas que se producen como consecuencia de ello”, 120.

⁶⁷⁵ Marco Wilhelmi, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008), 19–39. Señala el autor: “Merece la pena subrayar la trascendencia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Constituyente reunida en Montecristi. En efecto, como en ningún otro texto de la Constitución que analizamos, representa lo que ha venido a llamarse ‘neoconstitucionalismo’, entendiendo por tal aquél en el que las Constituciones no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos’ [...] El texto de Ciudad Alfaro supone una nueva vuelta de tuerca, un paso más en el camino de la ‘materialización’ del constitucionalismo, en directa confrontación con las tendencias cada vez más intensas que, en el marco de los dictados del proyecto neoliberal, potencian la procedimentalización del derecho, es decir, la reducción del mismo y con ella del propio Estado al papel de garante de un espacio, de formas o procedimientos de negociación privada entre grupos e intereses”, 23.

⁶⁷⁶ Christian Anchaluisa Shive, “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Línea sur*, n° 5 (2013): 115–33. Sostiene el autor: “El neoconstitucionalismo nace de la ruptura de las rígidas normas positivistas, bajo la premisa de que la rama de la ciencia jurídica –que es fundamental para la organización del Estado y la protección de los derechos de los individuos– debe realizar un esfuerzo por ser más que la aplicación estricta de una norma positivizada, para convertirse en un medio, con el cual el Estado procure la mayor satisfacción de los derechos de su elemento humano”, 115.

mayorías.⁶⁷⁷ De tal manera, el sistema económico establecido en la Constitución debía responder también a dicha lógica política.

En dicho modelo, uno de los principales objetivos que debían conseguirse, consistía en la recuperación y en el ensalzamiento de lo público, así como atender el problema, según el proyecto *revolucionario*, del corporativismo estatal.⁶⁷⁸

Así, en el juego del poder, la Constitución de Montecristi, y por ende la Revolución Ciudadana, se valió de doctrinas jurídicas que ofrecían elementos teóricos para dar fuerza al proyecto político y dotar de mayor legitimidad de origen a los textos constitucionales cuando éstos eran validados o aprobados mediante referendos populares. Esto a través de las denominadas teorías democráticas de la Constitución.⁶⁷⁹

De esta manera, el entendimiento del modelo político-económico en que aterrizó en la Constitución de Montecristi fusionó las ideas de este llamado

⁶⁷⁷ Era frecuente encontrar en los discursos populistas del presidente Rafael Correa, la expresión “grandes mayorías”, como una forma genérica e indeterminada de referirse a los “intereses del pueblo” y al sentido, según él, más profundo de la democracia que se veía representada en su figura personal y en la doctrina de su movimiento político. Más como cualquier discurso populista, escondía en sí mismo una estrategia política de vedado autoritarismo para imponer sus formas y métodos, así como para responder los embates de sus detractores y de los opositores al proyecto de la *Revolución Ciudadana*.

⁶⁷⁸ Véase Pablo Ospina Peralta, “Corporativismo, estado y revolución ciudadana. El Ecuador de Rafael Correa”, en *Estado, movimientos sociales y gobiernos progresistas* (Quito: Instituto de Estudios Ecuatorianos, 2009), 85–116. Señala el autor: “lo esencial del problema doctrinal con el corporativismo es doble: por un lado pervierte a las organizaciones por la cooptación y manipulación del Estado, y por el otro, contamina de particularismos al Estado borrando una necesaria ‘separación funcional’ con la búsqueda del bien común. Nótese que parecen dos consecuencias mutuamente contradictorias. O bien el Estado manipula a las organizaciones en función de los intereses estatales, o bien las organizaciones manipulan al Estado en función de sus intereses particulares. Supondremos que en cualquier caso, para los ideólogos de Alianza País, el corporativismo es dañino: si no pasa lo primero, ocurre lo segundo. Si no se pervierte a las organizaciones, se pervierte al Estado”, 88; y a Soledad Stoessel, “Corporativismo y representación política en Ecuador: el Consejo Nacional de Trabajo y Salarios”, *Universitas*, n° 32 (2020): 139–56. Explica la autora: “Una de las líneas de reforma estatal estuvo abocada a resolver la ‘captura’ estatal que durante el neoliberalismo habían perpetrado diversos grupos sociales con intereses privados a través de la ocupación de espacios de poder dentro del Estado, obteniendo sus dirigentes cuotas de representación en consejos, comisiones y órganos rectores de las políticas públicas. Para el Gobierno, esta era una forma perniciosa de vinculación socio-estatal que debilitaba la orientación pública hacia el bien común. Tal lectura no diferenciaba tipos de intereses, desconociendo la naturaleza y jerarquía que existe entre, por ejemplo, aquellos provenientes de los grandes banqueros y los del movimiento indígena. Así, para la Revolución Ciudadana (RC), la lucha contra el corporativismo era fundamental para recuperar al Estado y establecer una gestión pública impermeable a específicos intereses. Esto significaba cambiar el diseño institucional del Estado y colocar nuevas reglas de representación política”, 140-41.

⁶⁷⁹ Christian Masapanta Gallegos, *Mutación de la Constitución en Ecuador. ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?*, Derecho y Sociedad 12 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022). Para el autor: “La teoría democrática de la constitución dentro de las nuevas formas de constitucionalismo implementadas en América Latina tiende hacia procesos constituyentes que gocen de una amplia participación y legitimidad de origen a cargo del pueblo, elemento aquel que fue invisibilizado en los procesos de reforma constitucional eurocéntrico”, 32.

neoconstitucionalismo teórico, expansor *maxime* de derechos y garantías,⁶⁸⁰ acompañado de un *macroestado* que responda a las necesidades de interés general a través de los servicios públicos.

En este esquema, la Constitución de Montecristi determinó, a diferencia de su predecesora, que los servicios públicos se prestan mediante empresas públicas y que, por excepción, se podrá delegar al sector privado o a la economía popular y solidaria, el ejercicio de tales actividades.

Al comparar las constituciones de Sangolquí de 1998 y de Montecristi de 2008, se observa lo siguiente:

⁶⁸⁰ Según Castro, “Al formularse el carácter constitucional del Estado, se incluye y se supera cualitativamente el Estado de legalidad y el Estado de Derecho, lo cual implica que la legalidad se vuelve un componente de la constitucionalidad y que la Constitución sea fuente de fuentes, instrumento de los derechos y distribuya las competencias normativas que se ejercerán bajo la vigilancia de la Corte Constitucional [...] Por lo tanto, los derechos en general y particularmente los económicos y sociales y los mandatos del régimen de desarrollo, tendrán una mayor eficaz garantía de ejecución, en virtud de que las autoridades estatales, en general, deberán, en forma directa e inmediata, aplicar las disposiciones constitucionales, pues el texto constitucional, en muy raras ocasiones, en materia de derechos, acuse a su desarrollo en la ley para condicionar su aplicación. Esta situación se ve favorecida por el sistema de garantías contemplado en la nueva Constitución, conformado por políticas públicas, servicios públicos, garantías administrativas y judiciales, que implica la necesaria intervención de la voluntad política del poder, especialmente de la función ejecutiva y la jurisdiccional, para hacer efectivos el sistema de derechos, lo cual está asegurado por claros mandatos constitucionales de aplicación directa e inmediata”. En Carlos Castro Riera, “Valoración - jurídico política de la Constitución del 2008”, en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 111–29, 113.

Tabla 9

Disposiciones constitucionales sobre la prestación de servicios públicos en Ecuador: 1998 vs. 2008

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998	Constitución de la República del Ecuador de 2008
<p>“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”.</p>	<p>“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.</p> <p>Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. [...]</p> <p>Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.</p>

Fuente: Constitución Política de 1998 y Constitución de la República de 2008
Elaboración propia

Tal como se advierte, el sistema constitucional se alejó del modelo intermedio de servicios públicos para tensionar nuevamente la cuerda de la gestión de los servicios públicos hacia el estatismo empresarial. De hecho, aún inclusive cuando esta nueva Constitución enrumbo el camino de la denominada *economía popular y solidaria*,⁶⁸¹ la

⁶⁸¹ Explica Pozo que “La economía social y solidaria como «Constitución económica» establece elementos que la diferencia de otros sistemas económicos como 1. La solidaridad democrática como valor

disposición constitucional del artículo 316 en su último inciso, como se indicó *ut supra* previó dicha delegación en la prestación de servicios públicos también para esta forma de economía.⁶⁸²

En todo caso, dada su novedad en el constitucionalismo ecuatoriano, conviene añadir que Grijalva considera que una premisa de este tipo de economía consiste en el equilibrio entre sociedad, estado y mercado,⁶⁸³ mientras que Araque reconoce todavía un escenario de dispersión frente a la necesaria consolidación de este sistema.⁶⁸⁴

transversal de la economía; 2. La centralidad del ser humano en la actividad económica; 3. La relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado; y 4. Garantiza las condiciones materiales e inmateriales para lograr el Buen Vivir y la pluralidad de actores económicos”. En Pozo Bahamonde, *Estado de derechos y el sistema económico, social y solidario en Ecuador*, 79.

⁶⁸² La delegación en los servicios públicos a la economía popular y solidaria en Ecuador ha sido estudiada por Vaca Peralta. Esta autora sostiene: “Es trascendental en esta conclusión hacer referencia a uno de los ejemplos palpables de la aparición y posicionamiento de la economía popular y solidaria, que aunque de manera limitada, desde hace décadas surge como un razonable afianzamiento en la sociedad, básicamente con la participación de las cooperativas, y con mayor presencia en el sistema financiero ecuatoriano, siendo esta la única expresión del concepto económico social y solidario. Por tanto, indudablemente es un acierto esta nueva visión y contenidos constitucionales, que al incluir a la economía popular y solidaria como un sector del sistema económico, pretende no solo viabilizarlo sino insertar a las distintas expresiones de la organización social y en la participación activa de la economía: comunitario, asociativo, cooperativo, pequeños y unipersonales emprendimientos como las unidades económicas populares; y con la pretensión de generar un verdadero desarrollo incluyente, sin que figuren únicamente los grandes ostentadores del capital”. En Andrea Vaca Peralta, *La figura de la delegación en los servicios públicos y en la economía popular y solidaria de Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), 128.

⁶⁸³ Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*. Explica el autor: “Una premisa de la ESS para que se dé una relación equilibrada entre sociedad, mercado y Estado es la valoración de la dimensión económica de experiencias sociales tales como el cooperativismo, el trabajo autónomo, las redes de productores y de comercio justo, las empresas autogestionadas, entre otras. La ESS implica una profundización de la democracia en el plano económico. A diferencia de las economías centras en el mercado, la ESS valora y promueve la participación democrática de las personas y los colectivos en los procesos económicos en que actúan. En otras palabras, a las relaciones del Estado con el mercado, la economía solidaria añade la sociedad como el escenario en el que actúa el mercado y a cuya paz debe contribuir abriéndose a la participación equitativa de todos en la producción, distribución y circulación”, 41.

⁶⁸⁴ Wilson Araque Jaramillo, “Clima productivo y desafíos del sector de la Economía Popular y Solidaria”, en *Derecho Económico Contemporáneo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017), 377–408. Sostiene el autor: “Otro aspecto a ser promovido, como parte del fortalecimiento permanente del sector de la EPS, es la consolidación, bajo un enfoque sistémico, del accionar de todos los actores que de forma directa e indirecta están relacionados al entorno en que se mueven las actividades productivas de las EPS. Pues todavía se observa un escenario de dispersión, en donde los actores productivos, el sector educativo y el Estado todavía no tienen una estrategia de diálogo y acción público y privado, en donde de forma explícita se reconozca la importancia que para el país tiene la EPS, tanto desde el lado del apoyo para sacar adelante a las unidades productivas que conforman la economía popular, como, también, del desafío relacionado con la promoción de la solidaridad, independiente del tamaño y el grado de vulnerabilidad productiva, a nivel de todos los componentes que integran el sistema económico nacional. Este último desafío planteado está directamente relacionado con el hecho de que en la actualidad el sistema económico, al ser considerado como mixto, reconoce que para su funcionamiento integrado requiere del accionar de la EP, el sector privado y el sector público”, 390 y 391.

Todo aquello evidencia que el constituyente de Montecristi y particularmente el proyecto político de la Revolución Ciudadana, optó por un modelo de gestión de servicios públicos desde la exclusividad del Estado.

De todos modos, la Constitución no cerró del todo el camino a la inversión privada para este tipo de actividades. El artículo 315 delegó a la ley la posibilidad de autorizar –en conveniencia al proyecto político según Moreno–,⁶⁸⁵ la existencia de empresas públicas mixtas para la prestación de servicios público. Eso sí, reservándose el Estado la potestad de conservar la mayoría accionaria.⁶⁸⁶

Un detalle importante dentro de esta investigación, consiste en el análisis de una importante sentencia constitucional mediante la cual la Corte Constitucional de Ecuador, para el período de transición, interpretó los artículos 314, 315 y 316 de la Constitución de Montecristi.

La sentencia No. 1-12-SIC-CC fue expedida el 05 de enero del 2012 a partir de una acción de interpretación constitucional solicitada por el entonces presidente de la República, Rafael Correa. En esta acción se solicitó como pretensión lo siguiente:

Es necesario que se interpreten los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en el sentido de que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos corresponde, exclusivamente, al Estado, lo cual incluye la potestad de éste para autorizar a las empresas públicas o delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos.⁶⁸⁷

En dicha sentencia interpretativa, la Corte ratificó el régimen de excepcionalidad del actual modelo constitucional económico para que el sector privado asuma competencias de gestión de servicios públicos. Además, señaló que la interpretación sobre dicha excepcionalidad se refiere únicamente a la actividad de *gestión*, dejando por

⁶⁸⁵ Jorge Moreno Yanes, “Breves reflexiones sobre el Código Orgánico Administrativo”, en *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo* (Quito: Universidad San Francisco de Quito y Editora Jurídica Cevallos, 2019), 91–113. Señala el autor: “Delegación de Gestión. Señalamos ya, la excepcionalidad de la delegación de la gestión a sujetos de derecho privado de los sectores estratégicos y servicios públicos, en cuanto a las causas que se invocan siendo válidas, no se ajustan al plan de gobierno de quienes detentan el poder (Revolución Ciudadana). Pero lo sorprendente es que el art. 77 le faculta al Presidente de la República declarar la excepcionalidad, si la ley especial no lo ha previsto expresamente, igual facultad se confiere a las máximas autoridades de los GAD, respecto a servicios públicos”, 109.

⁶⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República de 2008*, art. 315: “La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

⁶⁸⁷ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición. “Sentencia n.º 1-12-SIS-CC”, en *caso n.º 8-10-IC*, 5 de enero del 2012, 4.

tanto fuera de tal posibilidad la administración, regulación y control que, conforme lo resuelto por la Corte Constitucional, son reservadas para el Estado.⁶⁸⁸

En tal marco, la sentencia constitucional reconoció en su momento que, a pesar de tal excepcionalidad, el sector privado puede ser parte de la industria de los servicios públicos bajo regímenes de concesión, asociación estratégica u otras formas contractuales. La sentencia añade que, en un contexto de participación e iniciativa del sector privado en los servicios públicos, el Estado respetará la inversión privada.

Sobre la marcha de aquellos y años más tarde con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo⁶⁸⁹ –que derogó expresamente la Ley de Modernización del Estado– se determinó en el artículo 74 el régimen de excepcionalidad para la prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, conservando eso sí, la forma estatista.

Esta norma jurídica añadió algunos elementos que la norma constitucional no previó y que son: i) cuando sea necesario en forma excepcional y motivada; ii) para satisfacer el interés colectivo o general; iii) cuando no se tenga la capacidad técnica o económica; iv) cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas.

A la luz de los criterios teóricos vertidos en esta investigación, los elementos expuestos por la normativa infraconstitucional descrita en el párrafo anterior, dan cuenta cómo el Estado ecuatoriano y el proyecto constitucional de Montecristi, cercó aún más las posibilidades de destrabar las tensiones entre liberalismo y estatismo.

Resulta patente cómo el diseño jurídico ecuatoriano está destinado a incentivar el estado empresarial, protegiendo el nacionalismo y dotando de más poder al poder a la hora de determinar cuándo, dónde y cómo conservar la prestación directa de los servicios públicos como actividades de interés general.

Desde nuestra perspectiva, ni siquiera con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inversión Extranjera,⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ *Ibíd.*, la Corte señaló: “La administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) “autorizar” a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos; [...] b) o para “delegar” a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos”, 9.

⁶⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.

⁶⁹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inversión Extranjera*. Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.

el panorama normativo parece distinto. Dicho cuerpo normativo fue expedido recién en el año 2015 –siete años después de vigente la Constitución de Montecristi– para promover y ejecutar incentivos en la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada.⁶⁹¹

El Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera⁶⁹² a la Ley fue expedido en el año 2016 por el presidente Lenin Moreno.

Autores ecuatorianos como Robalino⁶⁹³ en 2010, y Baldeón⁶⁹⁴ en 2016, han analizado y alertado de ciertas ventajas y desventajas relacionadas a los objetivos y resultados que este tipo de modelos asociativos presentan. Entre otros factores que eventualmente pudieren dificultar la puesta en marcha de las asociaciones público-privadas –en donde también se incluye a los servicios públicos– se encuentra una

⁶⁹¹ *Ibíd.*, art. 3: “Los Principios y Lineamientos de los Proyectos Públicos Bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada: La estructuración, ejecución y evaluación de proyectos públicos, bajo la modalidad de asociación público-privada se ajustarán a los siguientes principios y lineamientos: 3.1. Sostenibilidad Fiscal. [...]; 3.2. Distribución Adecuada de Riesgos. [...]; 3.3. Valor por Dinero. [...]; 3.4. Respeto a los Intereses y Derechos de los Usuarios. [...]; 3.5. De los Derechos de Propiedad. [...]; 3.6. Cobertura e Inclusión Social. [...]”.

⁶⁹² Ecuador, *Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera*, Decreto Ejecutivo 1040, Registro Oficial 786, 29 de junio de 2016.

⁶⁹³ Javier Robalino Orellana, “Las asociaciones público - privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 13 (2010): 97–108. Identifica el autor: “*Beneficios de la asociación Público privada*. La Asociación Público Privada presenta varios beneficios relevantes. A continuación se expresan varios de ellos: Permite promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público; Fomenta la compatibilización de intereses de los sectores públicos y privados; Permite la coexistencia de las fortalezas de los sectores público y privado; Fomenta la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público. *Limitaciones de la asociación público privada*. Entre las principales limitaciones que observamos para el fomento y desarrollo de la asociación público privada como un medio sostenible de interacción de los sectores público y privado en un país se encuentran los siguientes: Falta de voluntad política; Ausencia de potestad para el desarrollo de la asociación público privada; Falta de seguridad jurídica; Rechazo a mecanismos mercantiles de asociación y financiamiento, o con la misma moneda, rechazo a mecanismos públicos de asociación, considerando que una APP requiere la combinación equilibrada del derecho público y del derecho privado”, 102 y 103. Énfasis añadido.

⁶⁹⁴ Inés María Baldeón Barriga, “Las asociaciones público-privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, *Foro: Revista de Derecho*, n° 25 (2016): 101–24. Señala la autora: “El artículo 283 de la Constitución de la República de 2008 incluye un cambio sustancial respecto a la Constitución de 1998 al señalar que nuestro sistema económico es social y solidario. El orden de enunciación constitucional de las formas de organización económica que consagra el mismo artículo 283 y que es distinto al orden enunciado en la Constitución Política de 1998 en mi criterio no es casual, sino que responde a un modelo ideológico político claro, que está vigente, relativo a que la Constitución tiene una orientación fuerte hacia un modelo de fortalecimiento o incluso predominio de lo público sobre lo privado que participaría solo de manera residual, ya que todo el modelo constitucional refleja un criterio de ‘Estado Empresario’ que no daría cabida, sino solo por excepción al sector privado, pues lo público parecería considerarse suficiente para poder cumplir los objetivos de la política pública”, 112.

variable, esta vez menos jurídica y más sociológica. Consiste en el factor *memoria social*, analizado por Vásconez:

la memoria social sobre el neoliberalismo sí influye en el nivel de asociaciones público-privadas en América Latina, pero no con igual magnitud en todos los países. Se ha mostrado que en ciertos países existe mayor aceptación a la participación privada, y esto ha conducido a mayor inversión en alianzas estratégicas para la construcción de infraestructura. Por el contrario, se demuestra también que la inversión en infraestructura público-privada es menos probable en países donde la memoria social del neoliberalismo tenga una construcción negativa. Este ha sido un esfuerzo por construir un modelo de relación entre la memoria social y la inversión en APP. Para obtener conclusiones más detalladas en cada país, será necesario realizar una investigación profunda donde la muestra de los indicadores cubra una mayor parte de la población.⁶⁹⁵

La cuestión de las asociaciones público – privadas ha sido analizada en el derecho comparado. Para el caso colombiano, a partir de la expedición de la Ley n.º 1508, por Baquero,⁶⁹⁶ Safar,⁶⁹⁷ Ibagón⁶⁹⁸ y Covilla, mientras que para el caso chileno, por Moraga.⁶⁹⁹

Finalmente, conviene revisar dos aspectos dentro del caso ecuatoriano: la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Para el primer caso, la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷⁰⁰ prevé dar cumplimiento a la Constitución de Montecristi en tanto aquella dispone que la prestación de los servicios públicos se realice mediante dicha figura jurídica. En efecto, el artículo 1 de este cuerpo normativo, señala:

⁶⁹⁵ José Emilio Vásconez Cruz, “Política neoliberal en América Latina e inversión en asociaciones público-privadas para infraestructura”, *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.º 18 (2018): 97–123, 121.

⁶⁹⁶ Alexandra Baquero Neira, “La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público - privadas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 17–34.

⁶⁹⁷ Mónica Sofía Safar Díaz, “Supervisión y Control en las asociaciones público-privadas”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público - privadas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 35–48.

⁶⁹⁸ Mónica Liliana Ibagón, “Los criterios ecológicos como factores de selección del contratista en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 49–76.

⁶⁹⁹ Claudio Moraga Klenner, “¿Hace falta una Ley de Asociaciones público-privadas en Chile?”, en *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 105–34.

⁷⁰⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009.

Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.⁷⁰¹

A pesar de la corriente económica de corte estatista que caracteriza al modelo constitucional de 2008, esta norma ha previsto la posibilidad de dotar a las empresas de servicios públicos de capacidad asociativa para mejorar factores tales como la competitividad, la cooperación interinstitucionales –incluyendo al sector privado– la mejora organizacional, entre otros factores.

Esta norma promueve formas mixtas de gestión de los servicios públicos,⁷⁰² con la única excepción del servicio de agua potable por las consideraciones jurídicas que regulan a este tipo de servicio.⁷⁰³ De tal manera, parece existir cierta flexibilidad en el tratamiento normativo de las empresas de servicios públicos que parcialmente liberan, al menos desde el enfoque societario, las tensiones provocadas severamente por la Constitución de Montecristi.

Sin embargo, la disposición general octava de este cuerpo normativo muestra tensión en perjuicio de la libertad económica porque prevé que las empresas de servicios públicos gozan del “del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos,

⁷⁰¹ *Ibíd.*, art. 1.

⁷⁰² *Ibíd.*, art. 35: “Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República. De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República, la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta. Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, la empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley. Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio. No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional. Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el artículo 318 de la Constitución de la República”.

⁷⁰³ Albuja Varela, “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”. Explica el autor: “en el caso del agua, no sería posible un debate actual desde las teorías privatizadoras en Ecuador, en tanto la técnica jurídica de privatización en este sector, tal como se indica, tiene prohibición constitucional”, 96.

veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas”.⁷⁰⁴

Aquello coloca al sector privado que eventualmente quisiera emprender actividades de interés general como servicios públicos, en desventaja económica porque para acceder a aquel derecho de uso, lo tendría que hacer a título oneroso, incrementando costos y actuando en desventaja competitiva.

En lo atinente a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,⁷⁰⁵ opera un fenómeno jurídico interesante. En líneas anteriores se mencionó que la Constitución de Sangolquí previó el denominado amparo constitucional como forma de protección de derechos colectivos, cuando estos se hayan visto afectados por indebida prestación de servicios públicos.

Dicha Ley Orgánica sigue la lógica del mandato contenido en el artículo 88 de la Constitución de Montecristi⁷⁰⁶ y, reemplazando el amparo constitucional por la *acción de protección*, señala que esta garantía jurisdiccional es procedente, entre otros factores, en contra del sector público y del sector privado cuando éstos presten servicios públicos propios o impropios.⁷⁰⁷

Como se indicó *ut supra*, la clasificación doctrinal de servicios públicos en *propios e impropios* no es del todo funcional, pues confunde la actividad prestacional en sí misma con el origen o naturaleza jurídica del prestador. Recuérdese que el sector privado también puede prestar servicios públicos propios, por ejemplo en el caso ecuatoriano, cuando existe de por medio contratos de concesión.

Esto sucede, por ejemplo, con el contrato de concesión de gestión del aeropuerto internacional Mariscal Sucre de la ciudad de Quito⁷⁰⁸ a favor de la Empresa Quiport

⁷⁰⁴ *Ibíd.*, Disposición general octava.

⁷⁰⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

⁷⁰⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

⁷⁰⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional*, art. 41: “La acción de protección procede contra: [...]3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; [...]”.

⁷⁰⁸ Guerrero Celi, “Concesión de Servicio Público Aeroportuario”.

S.A., y en el caso del aeropuerto internacional José Joaquín de Olmedo de la ciudad de Guayaquil y la empresa privada TAGSA.

Ahora bien, una de las más importantes diferencias que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –así como la Constitución de Montecristi– trajo consigo en comparación a la figura del amparo, fue precisamente la de trasladar la legitimación procesal colectiva a la individual. Este detalle no es menor, pues permite que cualquier persona, por sus propios derechos y sin que sea necesario invocar derechos colectivos, pueda acceder a la justicia constitucional en casos de inadecuada prestación de servicios públicos.

De hecho, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de su sentencia n°. 232-15-JP/21 de 28 de julio de 2021, emitió una sentencia de revisión⁷⁰⁹ que, a su vez, provino de una acción de protección que tuvo como origen una demanda presentada por una ciudadana perteneciente a un grupo de atención prioritaria y residente en la provincia de Cañar, en contra de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental de Azogues. En esta sentencia, la Corte Constitucional señaló:

117. Para tal efecto, el análisis de procedencia de una acción de protección en casos como el presente debía versar en la observancia de la existencia o no de una vulneración de alguno de los componentes del derecho al agua conforme consta de los párrafos 26 y siguientes *supra*. En concreto, correspondía a las autoridades judiciales en conocimiento de esta acción analizar si las medidas adoptadas para la prestación del servicio de agua potable han garantizado o no, sin discriminación alguna, el acceso al agua. Por otro lado, también analizar si ha existido una interferencia arbitraria o injustificada en su ejercicio con la prestación del servicio o si se ha brindado la protección necesaria para impedir que terceros lo afecten, razón por la cual se podía analizar si la sanción se encuentra prevista en la ley, tenía un fin legítimo, era idónea y necesaria para alcanzar dicho fin y si era proporcional. 118. Además, al tratarse de un caso en el que la parte accionante tenía doble vulnerabilidad, es decir una adulta mayor con discapacidad que vivía con otra persona con discapacidad, requería que se observe si las medidas adoptadas fueron especializadas, diferenciadas y preferenciales para garantizar su acceso real al servicio de agua potable y en condiciones de igualdad de conformidad con los párrafos 73 y siguientes *supra*. De igual manera, se tenía que tomar en cuenta la situación socioeconómica y familiar del adulto mayor, así como los factores que puedan incidir en un ejercicio inadecuado o nulo del derecho. En tal sentido, resultaba importante tomar en cuenta si la parte accionante era la que gozaba o no directamente del servicio y cómo su contexto era o no un factor determinante para que necesite o no este tipo de medidas. 119. Por las consideraciones esgrimidas, la autoridad jurisdiccional, al conocer una acción de protección frente a actos u omisiones

⁷⁰⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, Art. 436: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

provenientes de la prestación del servicio de agua potable, debía analizar sobre la existencia o no de la vulneración al derecho al agua en su dimensión constitucional tomando en consideración, al menos, los parámetros desarrollados en los párrafos anteriores, sin perjuicio de otras normas que forman parte del bloque de constitucionalidad conforme el artículo 424 de la Constitución. Únicamente cuando no hubiere encontrado vulneración al contenido de derecho, podía señalar motivadamente que la justicia ordinaria o la vía administrativa es idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.⁷¹⁰

En síntesis, obsérvese como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, juntamente con sentencias como la aquí descrita, denota un sentido favorable a la protección de los derechos de los consumidores de servicios públicos –en este caso concreto de agua potable– y con ello, refuerza la idea según la cual la tensión entre liberalismo y estatismo puede encontrar un camino de mitigamiento desde el enfoque de los derechos de consumidores y usuarios de los servicios.

Pero esto depende en gran medida de cómo los jueces entienden la función social de los servicios públicos, de manera que no se vuelvan a cometer errores graves del pasado como aquel en el que los jueces constitucionales de la más alta Corte del país determinaron y validaron – de modo reprochable – y al amparo del poder político de turno, a la comunicación como un servicio público.

Aquello sucedió en la sentencia constitucional n.º 3-14-SIN-CC,⁷¹¹ que en forma inmotivada y errónea consideró que todo derecho constitucional debe ser satisfecho

⁷¹⁰ Ecuador Corte *Constitucional del Ecuador*. “Sentencia n.º 232-15-JP/21”, en *caso n.º 232-15-JP*, 28 de julio de 2021, 33 y 34.

⁷¹¹ Ecuador Corte *Constitucional del Ecuador*. “Sentencia n.º 3-14-SIN-CC”, en caso n.º 14-13-IN y acumulados 23-13-IN y 28-13-IN. En este fallo, se dijo: “El título III de la Constitución que se complementa con el conjunto de disposiciones referentes a las garantías jurisdiccionales configura el marco sistemático, conceptual e institucional que le otorga el carácter eminentemente garantista al modelo de Estado constitucional de derechos y justicia de la Carta de Montecristi, distinguiéndose, como uno de los elementos fundamentales que contribuyen a definir este carácter, precisamente la determinación de las políticas y servicios públicos como garantías de los derechos. De esta forma todo el aparato institucional y funcional del Estado, en definitiva, se erige como una gran garantía del respeto a los derechos, para guardar coherencia con el mandato que estipula como el primero de los deberes del Estado la garantía de efectivo goce de los mismos, conforme dispone el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República. Adicionalmente, el citado texto constitucional contiene una directriz normativa que obliga a que la prestación de los bienes y servicios públicos se oriente a hacer efectivos el buen vivir y, en general, todos los derechos, directriz que conduce a un análisis complementario indispensable: a partir del artículo 12, la Constitución desarrolla el amplio conjunto de los derechos que otorgan significado normativo al buen vivir, empezando con los derechos al agua y a la alimentación, continuando con los derechos a gozar de un ambiente sano, para llegar a los derechos de la comunicación e información. Seguirán luego los relativos a la cultura y ciencia, a la educación al hábitat y vivienda, a la salud y al trabajo y seguridad social. De aquí que se pueda colegir que los derechos a la comunicación y a la información configuran parte del contenido constitucional de los derechos del buen vivir, por lo cual, de conformidad con el artículo 85 numeral 1 de la Constitución, su satisfacción debe garantizarse necesariamente mediante la prestación de un servicio público”, 58.

mediante un servicio público. Esto supone una tergiversación de la *publicatio* y una invasión injustificada del derecho constitucional en el derecho administrativo económico.

Con todo lo manifestado y luego de haber verificado cómo las constituciones de 1998 y 2008 han provocado tensiones en las teorías de los servicios públicos, a continuación, se verificarán como último punto de esta investigación, los hallazgos normativos detectados a partir de la expedición de la Constitución de Montecristi.

Aquí se verificará si, analizando cada sector, existen posibilidades de delegación al sector privado de ciertos servicios públicos, a fin de liberar las tensiones provocadas por dicho texto constitucional.

4. Hallazgos específicos sobre la delegación al sector privado de servicios públicos de acuerdo con el marco normativo infraconstitucional

¿En qué medida la *publicatio* legal tensiona la cuestión entre liberalismo y estatismo desde la expedición de la Constitución de Montecristi de acuerdo con cada servicio público?

Para responder a esta pregunta es necesario acudir a la regulación específica de algunos de ellos con el propósito de verificar cuál es la lógica económica de dichos servicios y verificar si dentro de cada cuerpo normativo hay factores jurídicos que abran el camino, en cierta forma, a la inversión privada.

A continuación, se presentará una tabulación del marco regulatorio de los servicios de agua potable, alcantarillado o saneamiento y recolección de residuos sólidos, energía eléctrica, aeropuertos, transporte terrestre y ferrocarriles, salud, educación, bancos, cooperativas, telecomunicaciones, correos y la empresa pública de transporte aéreo:

Tabla 10
**Descriptivo de delegación a la iniciativa privada
 de la gestión de servicios públicos por sector**

Servicio público	Cuerpo normativo
Agua potable	Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua ⁷¹²
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 6.- Prohibición de privatización.- Se prohíbe toda forma de privatización del agua, por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente; por lo mismo esta no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa privada nacional o extranjera. Su gestión será exclusivamente pública o comunitaria. No se reconocerá ninguna forma de apropiación o de posesión individual o colectiva sobre el agua, cualquiera que sea su estado. En consecuencia, se prohíbe: a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado a través de la Autoridad Única del Agua o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados; b) La gestión indirecta, delegación o externalización de la prestación de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua por parte de la iniciativa privada; c) Cualquier acuerdo comercial que imponga un régimen económico basado en el lucro para la gestión del agua; d) Toda forma de mercantilización de los servicios ambientales sobre el agua con fines de lucro; e) Cualquier forma de convenio o acuerdo de cooperación que incluya cláusulas que menoscaben la conservación, el manejo sustentable del agua, la biodiversidad, la salud humana, el derecho humano al agua, la soberanía alimentaria, los derechos humanos y de la naturaleza; y, f) El otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua”.</p>	
Alcantarillado o saneamiento y recolección de desechos sólidos	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización ⁷¹³
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 137.- [...] Las competencias de prestación de servicios públicos de alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas. Cuando estos servicios se presten en las parroquias rurales se deberá coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales. [...]</p> <p>Art. 283.- Delegación a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada.- (Reformado por el Art. 18 de la Ley s/n, R.O. 166-S, 21-I-2014).- La delegación a la economía social y solidaria se realizará para promover la naturaleza social y solidaria del sistema económico nacional. Se requerirá que se justifique que la organización o el emprendimiento económico corresponde a este sector de la economía y que se establezcan con claridad los mecanismos de solidaridad o redistribución correspondientes. <i>Sólo de manera excepcional</i> los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural. La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público será debidamente justificada por la autoridad ejecutiva, ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía, en las condiciones establecidas en la Constitución, la Ley y de acuerdo con las regulaciones del órgano competente de la administración pública o Gobierno Central que tenga atribución legal en materia de competencias. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias”.</p>	

⁷¹² Ecuador, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, Registro Oficial 305, Segundo Suplemento, 6 de agosto de 2014.

⁷¹³ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.

Energía Eléctrica	Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica ⁷¹⁴
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 25.- De las empresas privadas, de economía popular y solidaria y estatales de la comunidad internacional.- (Sustituido por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 452-4S, 14-V-2021).- El Estado, por intermedio del Ministerio rector de energía y electricidad, podrá delegar, de forma excepcional, a empresas de capital privado, así como a empresas de economía popular y solidaria, y empresas estatales de la comunidad internacional la participación en las actividades del sector eléctrico, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea necesario para satisfacer el interés público, colectivo o general; 2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas; o; 3. Cuando se trate de proyectos que utilicen energías renovables no convencionales que no consten en el Plan Maestro de Electricidad. Para los dos primeros casos, la delegación de los proyectos, que deben constar en el PME, se efectuará mediante un proceso público de selección, conducido por el Ministerio rector de energía y electricidad, que permita escoger la empresa que desarrolle el proyecto en las condiciones más favorables a los intereses nacionales. Para el tercer caso, el Ministerio rector de energía y electricidad podrá delegar su desarrollo, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa pertinente. Las empresas privadas o de economía popular y solidaria y las estatales extranjeras que se mencionan en este artículo deberán estar establecidas en el Ecuador, de conformidad con la normativa correspondiente. El Estado, a través del Ministerio rector de energía y electricidad podrá delegar, a través de un contrato de concesión, las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, importación y exportación de energía eléctrica, y servicio de alumbrado público general entre empresas estatales de la comunidad internacional El Reglamento de la Ley establecerá las condiciones, procedimientos y requisitos para dicha delegación. En todo caso, los contratos de concesión estarán sujetos a la observancia de las normas de la Constitución de la República, esta ley, su reglamento general y la normativa aplicable”.</p>	
Aeropuertos	Ley de Aviación Civil ⁷¹⁵
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 1.- Corresponde al Estado la planificación, regulación y control aeroportuario y de la aeronavegación civil en el territorio ecuatoriano. Le corresponde la construcción, operación y mantenimiento de los aeródromos, aeropuertos y helipuertos civiles, y de sus servicios e instalaciones, incluyendo aquellos característicos de las rutas aéreas, en forma directa o por delegación, según sean las conveniencias del Estado, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, del Código Aeronáutico, reglamentos y regulaciones técnicas, que deberán estar conforme con las normas vigentes de la Organización de Aviación Civil Internacional, OACI, de la cual el Ecuador es signatario. De acuerdo con la Constitución Política de la República y la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada [Código Orgánico Administrativo] se podrá delegar a la iniciativa privada, a través de cualquier modalidad reconocida por la ley, los aeródromos y aeropuertos existentes en el país a empresas nacionales o extranjeras que, mediante una licitación, presenten las condiciones más favorables al desarrollo, mantenimiento y mejoras de los actuales, sin excluir la posibilidad de la construcción y operación de nuevos aeródromos o aeropuertos. Previa autorización del Presidente de la República emitida mediante decreto ejecutivo, los municipios podrán construir, administrar y mantener aeropuertos. Para el efecto, podrán ejercer estas facultades directamente o delegarlas a empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización o cualquier otra forma contractual de acuerdo a la ley. [...]</p> <p>Art. 4.- Son atribuciones del Consejo Nacional de Aviación Civil: [...] h) A pedido de la Dirección General de Aviación Civil, aprobar la creación y regulación de tasas y derechos por servicios aeroportuarios, tasas y derechos por facilidades aeronáuticas y utilización de la infraestructura aeronáutica, de los aeropuertos que estén bajo operación y administración de la Dirección General de Aviación Civil. En los aeropuertos que sean operados y administrados</p>	

⁷¹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*, Registro Oficial 418, Tercer Suplemento, 16 de enero de 2015.

⁷¹⁵ Ecuador, *Ley de Aviación Civil*, Registro Oficial 435, Suplemento, 11 de enero de 2007.

por los municipios, en forma directa o mediante concesión, las tasas y derechos aeroportuarios serán fijados por las propias municipalidades, de conformidad con la ley”.	
Transporte Terrestre	Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial ⁷¹⁶
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 53.- Prohibición del monopolio.- (Sustituido por el Art. 38 de la Ley s/n R.O. 512-5S, 10-VIII-2021).- Prohíbese toda forma de monopolio y oligopolio en el servicio de transporte terrestre. La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y los Gobiernos Autónomos Descentralizados dentro de los ámbitos de su competencia, regularán las formas de prestación del servicio conforme con la clasificación prevista en esta Ley. La prestación del servicio del transporte terrestre estará sujeta al otorgamiento de un título habilitante. El Estado ecuatoriano promoverá la libre competencia en el transporte terrestre debidamente constituido, permitiendo que las y los ciudadanos escojan dentro de la oferta nacional el servicio que más convenga a sus intereses. Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que obtengan contratos del Estado están obligadas a contratar el transporte ecuatoriano, lo cual deberán controlar todas las autoridades e instituciones, particularmente el SERCOP, para que dentro de los documentos precontractuales se cumpla esta exigencia, quedando prohibida la internación temporal de vehículos de transporte y maquinaria cuya oferta existe en el Ecuador. [...]</p> <p>Art. 56.- Prestación del servicio de transporte público.- (Reformado por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 407-2S, 31-XII-2014; y Sustituido por el Art. 40 de la Ley s/n R.O. 512-5S, 10-VIII-2021).- El servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado u otorgado mediante el respectivo título habilitante a operadoras legalmente constituidas, sobre la base de un informe técnico de las necesidades definidas en el Plan de Rutas y Frecuencias aprobado por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial o por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de acuerdo con sus competencias, con base en el respectivo Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial. Para operar un servicio público de transporte deberá cumplir con los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento. Comprende también al que se presta mediante tranvías, metros, teleféricos, funiculares y otros similares y será servido a través de rutas, cables o fajas transportadoras preestablecidas”.</p>	
Salud y medicina prepagada	Ley Orgánica de Salud ⁷¹⁷
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 180.- La autoridad sanitaria nacional regulará, licenciará y controlará el funcionamiento de los servicios de salud públicos y privados, con y sin fines de lucro, autónomos, comunitarios y de las empresas privadas de salud y medicina prepagada y otorgará su permiso de funcionamiento. Regulará los procesos de licenciamiento y acreditación. Regulará y controlará el cumplimiento de la normativa para la construcción, ampliación y funcionamiento de estos establecimientos de acuerdo a la tipología, basada en la capacidad resolutoria, niveles de atención y complejidad.</p> <p>Art. 181.- La autoridad sanitaria nacional regulará y vigilará que los servicios de salud públicos y privados, con y sin fines de lucro, autónomos y las empresas privadas de salud y medicina prepagada, garanticen atención oportuna, eficiente y de calidad según los enfoques y principios definidos en esta Ley.</p> <p>Art. 182.- La autoridad sanitaria nacional, regulará y aprobará las tarifas de los servicios de salud y las de los planes y programas de las empresas de servicios de salud y medicina prepagada, de conformidad con el reglamento que se emita para el efecto”.</p>	
Educación hasta el nivel de bachillerato	Ley Orgánica de Educación Intercultural ⁷¹⁸
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p>	

⁷¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial*, Registro Oficial 398, Suplemento, 7 de agosto de 2008.

⁷¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006.

⁷¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 417, Segundo Suplemento, 31 de marzo de 2011.

<p>“Art. 56.- Instituciones educativas particulares.- (Sustituido por el Art. 62 de la Ley s/n, R.O. 434-S, 19-IV-2021).- Los establecimientos educativos particulares están constituidas y administradas por personas naturales o jurídicas de derecho privado podrán impartir educación en todas las modalidades, de acuerdo a sus propias misión, visión, principios y valores institucionales, previa autorización de la Autoridad Educativa Nacional y bajo su control y supervisión. La educación en estas instituciones puede ser confesional o laica. La autorización a que se refiere el inciso precedente será específica para cada oferta educativa; cualquier modificación requerirá de la respectiva autorización, observando los requisitos establecidos para el efecto en el Reglamento General a esta Ley. Los establecimientos educativos particulares están autorizados a cobrar pensiones y matrículas, de conformidad con la Ley y la normativa que para el efecto dicte la Autoridad Educativa Nacional. Cualquier incremento requerirá de la autorización correspondiente, conforme la normativa pertinente. Todo cobro de rubros no autorizados por la Autoridad Educativa Nacional deberá ser reembolsado a quien lo haya efectuado, sin perjuicio de las sanciones que por tal motivo pueda establecer la Autoridad Educativa Nacional. Los establecimientos educativos particulares no tendrán como finalidad principal el lucro, y podrán establecer mecanismos de pensión diferenciada, considerando la situación socio-económica de madres, padres o representantes de las y los estudiantes. Los promotores de los establecimientos educativos particulares que hayan sido sancionados con la revocatoria del permiso de funcionamiento, no podrán ser promotores de otros establecimientos educativos particulares en el plazo de cinco años. Concluido este plazo podrán solicitar su rehabilitación a la Autoridad Educativa Nacional. No se concederá un nuevo permiso de funcionamiento cuando la sanción de revocatoria tenga origen en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes”.</p>	
Sector Bancario	Código Orgánico Monetario y Financiero ⁷¹⁹
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 162.- Sector financiero privado. El sector financiero privado está compuesto por las siguientes entidades: 1. Bancos múltiples y bancos especializados: a) Banco múltiple es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en dos o más segmentos de crédito; y, b) Banco especializado es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en un segmento de crédito y que en los demás segmentos sus operaciones no superen los umbrales determinados por la Junta de Política y Regulación Financiera. 2. De servicios financieros: almacenes generales de depósito, casas de cambio y corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas; y, 3. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos en el ámbito de su competencia; 4. (Agregado por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 215-2S, 22-XII-2022).- De servicios financieros tecnológicos: son las entidades que desarrollan actividades financieras centradas en la tecnología digital y electrónica o que realicen actividades que representen riesgo financiero según lo determinado por la Junta de Política y Regulación Financiera; salvo que tengan relación con el sistema de pagos, cuya regulación le corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y su control le corresponde a el Banco Central; 5. (Agregado por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 215-2S, 22-XII-2022).- Sociedades especializadas de depósitos y pagos electrónicos: son entidades cuyo objeto único es la recepción de recursos con fines exclusivos de facilitar pagos y traspasos de recursos mediante los medios de pago electrónicos autorizados; y, enviar y recibir giros financieros de conformidad con la regulación que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria. Los requisitos para su constitución serán regulados por la Junta de Política y Regulación Financiera controlados por el Banco Central del Ecuador, quienes serán los encargados de emitir la información correspondiente en caso de requerir intervención de supervisión o sanción por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según corresponda y que serán los encargados de proceder conforme lo disponga la Ley. A las sociedades especializadas de depósitos y pagos electrónicos se les aplicarán todas las disposiciones correspondientes a las de servicios financieros tecnológicos”.</p>	
Sector Cooperativas	Código Orgánico Monetario y Financiero ⁷²⁰

⁷¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2012.

(Economía Popular y Solidaria)	
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 163.- Sector financiero popular y solidario. El sector financiero popular y solidario está compuesto por: 1. Cooperativas de ahorro y crédito; 2. Cajas centrales; 3. Entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; y, 4. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en el ámbito de su competencia. También son parte del sector financiero popular y solidario las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda. Las entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro se registrarán por las disposiciones de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y las regulaciones que dicte la Junta de Política y Regulación Financiera”.</p>	
Telecomunicaciones	Ley Orgánica de Telecomunicaciones ⁷²¹
<p><i>Posibilidad de delegación o autorización al sector privado mediante cualquier forma jurídica:</i></p> <p>“Art. 14.- Formas de Gestión.- Con sujeción a lo dispuesto en la Constitución de la República, los servicios públicos de telecomunicaciones son provistos en forma directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones o indirecta a través de delegación a empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.</p> <p>Art. 15.- Delegación.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para otorgar títulos habilitantes por delegación, considerará lo siguiente: a. Para las empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria, el otorgamiento de títulos habilitantes para el uso o explotación del espectro radioeléctrico o para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en esta Ley y en las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; b. Para el caso de empresas públicas de propiedad Estatal de los países que forman parte de la comunidad internacional, la delegación para el uso o explotación del espectro radioeléctrico o para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, podrá hacerse en forma directa. En todos los casos, la delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en esta Ley y en las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; c. Para la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, se otorgarán títulos habilitantes para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones y para el uso del espectro radioeléctrico asociado a dicha provisión, en los siguientes casos: 1. Cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general; 2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; 3. Cuando el Estado no tenga la capacidad técnica o económica; 4. Cuando los servicios de telecomunicaciones se estén prestando en régimen de competencia por empresas públicas y privadas de telecomunicaciones; 5. Cuando sea necesario para promover la competencia en un determinado mercado; y, 6. Para garantizar el derecho de los usuarios a disponer de servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad a precios y tarifas equitativas. No se requiere la concurrencia de causas para la delegación. El otorgamiento de títulos habilitantes y su renovación para servicios de radiodifusión, estará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Comunicación”</p>	
Ferrocarriles	Decreto Ejecutivo 1057 ⁷²² de Extinción de la Empresa Pública de Ferrocarriles del Ecuador
<p>“Art. 1.- Disponer la extinción de la Empresa Ferrocarriles del Ecuador, Empresa Pública - FEEP-, para lo cual serán aplicables las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el presente Decreto Ejecutivo, las disposiciones del Directorio en lo que fueren aplicables, y, subsidiariamente la Ley de Compañías. Durante la liquidación de la Empresa Ferrocarriles del Ecuador, Empresa Pública -FEEP-, a su denominación se agregará</p>	

⁷²⁰ *Ibíd.*

⁷²¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Registro Oficial 439, Tercer Suplemento, 18 de febrero de 2015.

⁷²² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1057*, Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.

la frase ‘en liquidación’”.	
Correos	Decreto Ejecutivo 1056 ⁷²³ de Extinción de la Empresa Pública Correos del Ecuador
“Art. 1.- Disponer la extinción de la Empresa Pública Correos del Ecuador -CDE E.P., para lo cual serán aplicables las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el presente Decreto Ejecutivo, las disposiciones del Directorio en lo que fueren aplicables, y, subsidiariamente la Ley de Compañías. Durante la liquidación de la Empresa Pública Correos del Ecuador -CDE E. P a su denominación se agregará la frase ‘en liquidación’”.	
Aerolínea pública TAME	Decreto Ejecutivo 1060 ⁷²⁴ de Extinción de la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP”
“Art. 1.- Disponer la extinción de la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP”, para lo cual serán aplicables las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el presente Decreto Ejecutivo, las disposiciones del Directorio en lo que fueren aplicables, y, subsidiariamente la Ley de Compañías. Durante la liquidación de la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP” a su denominación se agregará la frase ‘en liquidación’”.	

Fuente: Registro Oficial del Ecuador
Elaboración propia

La cuestión normativa de los servicios públicos en Ecuador tiene tintes polimórficos. Es cierto que la Constitución de Montecristi promueve el estatismo al tratar a los servicios públicos prestados por particulares como excepcionales o, mejor dicho, en un régimen de excepcionalidad. Pero resulta curioso, por ejemplo, observar cómo la regulación normativa se refiere a los servicios de la salud, la educación y el transporte terrestre en un margen de mayor liberalidad.

El estado se reserva para sí la regulación y el control, pero la gestión se encuentra permitida. Una posible explicación podría darse en la medida en que, no tratándose de servicios monopólicos, requieren de una participación activa y permanente del sector privado para satisfacer, en mayor medida posible, a la demanda de salud, educación y transporte.

El fenómeno no opera igual para el agua, en donde el régimen es altamente cerrado respecto de cualquier intervención del sector privado. Aquí en cambio se promueve formas monopólicas autorizadas por la Constitución y la normativa infraconstitucional.

Con el sector eléctrico el fenómeno es particular, justamente por los recursos naturales que necesita – afectados al servicio público – y simultáneamente a la alta inversión económica que requiere este sector, de manera que la gestión conjunta no se descarta y más bien, se incentiva.

Lo mismo sucede con el sector de las telecomunicaciones, aunque con la enorme diferencia de que, a diferencia del sector eléctrico en donde los elementos de la

⁷²³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1056*, Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.

⁷²⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1061*, Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.

naturaleza (ríos, caudales, etc.) son necesarios para su adecuada generación, el espectro radioeléctrico no necesita mayor inversión estatal, tratándose de un elemento de la naturaleza, aparentemente inagotable. Por esa razón, el sector de las telecomunicaciones tiene mayor apertura a la inversión privada.

El sector aeroportuario también tiene sus propias características jurídicas en tanto, como se sabe, la construcción de cualquier aeropuerto exige de grandes extensiones de tierra y aquello difícilmente puede ser concebido por fuera de la titularidad municipal.

Además, la construcción de terminales aéreas y la gestión misma de la cuestión aeroportuaria requiere de experiencia técnica, administrativa y financiera que, regularmente y así sucede en el caso ecuatoriano, se satisface de mejor manera mediante contratos de concesión.

Un fenómeno análogo sucede con la recolección de residuos sólidos, justamente porque las entidades municipales son responsables de determinar espacios adecuados para la colocación y tratamiento de los desechos sólidos, así como también del tratamiento de aguas servidas.

En el marco de la tecnología que tales actividades requieren, la posibilidad de delegación al sector privado de ciertas actividades, en este sector específico, se encuentra – y así debe mantenerse – abiertas a la inversión privada.

Con la cuestión bancaria y de la economía popular y solidaria, la regulación es extremadamente importante porque si bien dichas actividades se encuentran liberalizadas, no es menos cierto que la regulación debe ser profundamente rigurosa.

De manera que, en este caso, no se observa un desplazamiento del sector privado en beneficio del estado, sino más bien, la existencia normas estatutarias de control y regulación que garanticen el cuidado de los clientes de las instituciones financieras, sin que aquello signifique caer en el desincentivo de la actividad.

Finalmente, en todo lo paradójico que puede resultar, la extinción de las empresas públicas de Correos, Ferrocarril y la aerolínea TAME durante la vigencia de la Constitución de Montecristi, da cuenta cómo los factores económicos y de sostenibilidad en los servicios públicos tienen profundo impacto.

En el discurso, puede acusarse a la administración pública de muchas formas por tomar este tipo de decisiones, pero al final del día, uno de los principios de los servicios públicos justamente es la sostenibilidad financiera.

De esta manera, la doctrina reconoce y así fue explicado en el capítulo segundo de esta investigación, de formas y modalidades jurídicas para preservar ciertos servicios públicos con la participación del sector privado.

Probablemente la tensión entre estatismo y liberalismo se produzca más en el discurso y en las doctrinas desarrolladas por los sectores académicos que respaldan en unos casos al Estado, y en otros al mercado. Lo cierto es que si de algo debe servir la Constitución, es para superar el nominalismo y garantizar efectivamente los derechos de usuarios y consumidores de servicios públicos. Como sostiene Nicollini:

la definición de la Constitución como límite al poder político y económico; y, en las formas de gobierno parlamentarias, las propias modalidades de formación de los gobiernos nacionales y la función de control-autorización en sede de redacción del presupuesto por parte de las Asambleas democráticamente elegidas, como bien demuestra el caso italiano. La «democracia (económica) constitucional» expresa una fórmula política en que las decisiones están tomadas, ciertamente, según lo establecido en los textos constitucionales, siempre que dichas decisiones sean ‘financieramente sostenibles’. Se ha propuesto definir esta mutación en el sistema constitucional como ‘democracia nominal’: la Constitución -que cumple formalmente con estándares y requisitos democráticos- se hunde bajo la presión de las finanzas globales y una retórica democrática que ha sido vaciada de su axiología constitucional.⁷²⁵

Al tomar como ejemplo el caso del agua potable y de saneamiento, en el año 2020 la Agencia de Regulación y Control del Agua presentó datos respecto a cobertura y continuidad de dicho servicio a nivel nacional que se detallan a continuación:

⁷²⁵ Matteo Nicolini, “Modelos económicos neoliberales y cambios constitucionales - La promoción de la mutación jurídica en la perspectiva de la comparación”, *Revista de Derecho Político*, n° 108 (2020): 71–96, 88.

INDICADORES 2020	CATEGORÍAS					PROMEDIO NACIONAL
	A	B	C	D	E	
Cobertura del servicio de agua potable	89.53%	87.74%	78.46%	66.77%	80.48%	79.28%
Cobertura del servicio de alcantarillado	81.43%	71.68%	60.51%	38.99%	42.82%	60.34%
Continuidad del servicio de agua potable	93.11%	97.35%	90.71%	83.97%	90.00%	91.06%
Costo Unitario del metro cúbico de Agua Potable	0.80	0.69	1.16	2.01	0	1.02
Agua No Contabilizada	36.65%	39.53%	51.17%	62.31%	0%	47.69%
Eficiencia en la Solución a Tiempo de las Peticiones Quejas y Reclamos	99.41%	90.85%	94.19%	91.27%	93.55%	92.90%
Nivel de conformidad en análisis físico-químicos para agua potable	99.85%	98.42%	96.88%	91.33%	N/A	97.01%
GADM que cumplen con la cantidad de análisis exigidos por norma	14	27	38	N/A	N/A	N/A
Nivel de conformidad en análisis microbiológicos para agua potable	99.96%	99.03%	98.13%	99.48%	N/A	97.86%

Figura 12: Indicadores, categorías y promedio nacional sobre el servicio de agua potable
Fuente: Agencia de Regulación y Control del Agua.⁷²⁶

El servicio público de alcantarillado no es del todo alentador en Ecuador. Según los reportes de dicha Agencia, el promedio nacional del prestador público al año 2020 era del 60,43 % para áreas urbanas. Se añade la figura correspondiente:

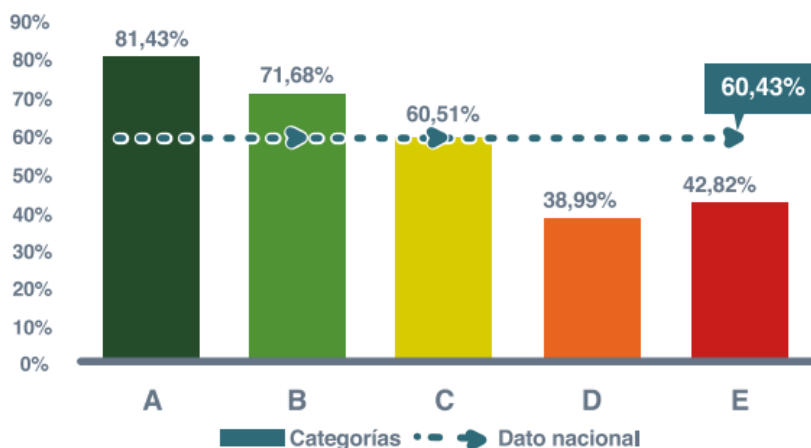


Figura 13: Indicador de cobertura del servicio de alcantarillado en el área urbana
Fuente: Agencia de Regulación y Control del Agua.⁷²⁷

⁷²⁶ Ecuador Agencia de Regulación y Control del Agua, Benchmarking de prestadores públicos de los servicios de agua potable y saneamiento en el Ecuador, accedido 5 de enero de 2024, https://www.regulacionagua.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/12/Boletin-Estadistico-APS_dic21_v02.pdf, 12.

⁷²⁷ Ibid., 12.

Para llegar a estos resultados, la Agencia de Regulación y Control del Agua ha utilizado variables como acceso al servicio, eficiencia en costos, equilibrio financiero, eficiencia comercial, cumplimiento, responsabilidad social y estado general de infraestructura. Tales conceptos, sin mayores cuestionamientos técnicos, son aceptables en la gestión pública como en la gestión privada o mixta.

Huelga traer como fuente teórica en este contexto, los estudios realizados por Martínez respecto del derecho al agua y saneamiento en Ecuador.⁷²⁸ Este autor analiza los casos sobre la gestión del agua y saneamiento en Quito con la empresa pública EPMAPS, Guayaquil con los modelos de INTERAGUA y EMAPAG EP, y, finalmente Cuenca con ETAPA EP. Así, Martínez revisa y analiza los modelos de empresas públicas municipales, empresas privadas concesionarias y gestión comunitaria.

Precisamente, el estudio de las teorías de los servicios públicos ha de realizarse bajo metodologías que detecten, en lo principal, el movimiento pendular de los diversos mecanismos de administración, regulación y gestión.

Así, sector por sector se podría verificar cómo han influenciado tales doctrinas en la visión empresarial –pública o privada, inclusive comunitaria–. A partir de aquello, ir determinando los resultados de gestión, así como también verificar el cumplimiento –o no– de principios constitucionales que guían como mandatos de optimización tales actividades.

En otras palabras, las tensiones entre estatismo y liberalismo han de procurar, paulatinamente, centrándose en la verificación de objetivos y de resultados. Es fundamental que, a los consumidores finales, como ciudadanos, les asiste una serie de derechos que, por sobre cualquier otra discusión, intentará dirigir esfuerzos humanos, técnicos, jurídicos y económicos hacia el objetivo de la eficiencia.

Por ello, corresponde al constitucionalismo económico y del derecho administrativo del futuro, aquel inserto en la globalización y la integración supranacional, tomar en cuenta tal eficiencia en el contexto del futuro de los servicios públicos. Las tensiones son necesarias y por tanto, deben conservarse en tanto procuren pensar en objetivos que prevean sostenibilidad financiera y ambiental, en el tiempo y en el espacio.

Esta investigación insiste en que las doctrinas no deben descuidar problemas futuros como la escasez de recursos naturales y en cómo de aquí en veinte o cincuenta

⁷²⁸ Véase Andrés Martínez Moscoso, *El derecho al agua en el Ecuador: Un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017).

años, el acceso a viviendas con servicios públicos domiciliarios de buena calidad deberá ser una realidad deseable. Así también, la incursión de la tecnología en el campo de la salud, la educación y el transporte junto a la inteligencia artificial.

La ruptura del orden teórico dicotómico y del estancamiento es fundamental para un mundo globalizado, hoy más que nunca. Parte de esta nueva forma de pensar los nuevos horizontes mundiales y la coexistencia entre Estado y mercado son explicados, entre otros, por Mariana Mazzucato. Esta es la nueva lógica en la que debemos pensar los servicios públicos.⁷²⁹

⁷²⁹ Mariana Mazzucato, *El Estado emprendedor: la oposición público vs. privado y sus mitos* (Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2022).

Conclusiones

Las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo son elementos subyacentes y connaturales en la formación conceptual de los servicios públicos. Los factores jurídicos, económicos e históricos que rodean y resaltan cualquier construcción teórica que sobre aquellos se desarrolle, se ven manifestados en la vida real para atender las necesidades de interés general de los colectivos humanos y en las diversas latitudes del planeta.

Resulta, por tanto, pernicioso cerrar el concepto de servicio público a lógicas de extremo estatismo o extremo liberalismo. Es utópico y reduccionista mirar a los servicios públicos actualmente como meras potestades estatales como manifestaba la Escuela de Burdeos en el siglo XIX.

Tampoco deben promoverse doctrinas según las cuales los servicios públicos son productos de mercado sujetos a reglas de la oferta y la demanda. Cualquier régimen jurídico que intente estirar el concepto hacia los extremos devela, sin más, representa conductas arbitrarias desde la política y la economía. Aquello tampoco es aceptable en modelos constitucionales democráticos. Debe apostarse por la liberación –mediante el acercamiento y la coexistencia– de las tensiones teóricas mediante la cooperación entre Estado y mercado para la prestación de los servicios públicos.

Esta investigación ha mostrado cómo las tensiones en la construcción teórica de los servicios públicos, tanto históricas, actuales y también futuras son necesarias. Las tensiones entre estatismo y liberalismo coadyuvan a proteger el interés general y formulan cotas al Estado y al mercado en su afán de reclamar para sí, entre otros múltiples aspectos, la titularidad en la prestación de los servicios.

Las tensiones teóricas detectadas en esta investigación demuestran cómo el Estado social no solo ha favorecido a la constitución del concepto de servicios públicos al conectarlos con derechos correlativos que son satisfechos de manera prestacional en la materialidad. Han puesto atención en que esta satisfacción se garantice desde el Estado. Pero, también conlleva la indispensable postura según la cual, ni siquiera en nombre y salvaguardia de la soberanía nacional, los usuarios y consumidores deben estar obligados a consentir sus fallas y deficiencias.

El movimiento pendular entre estatismo y liberalismo analizado durante esta investigación contribuye a que las diversas doctrinas, por así decirlo, cumplan con una función de *cable a tierra* y observen cómo la afectación del equilibrio cooperativo entre Estado y mercado termina, por ejemplo, en deficiencias prestacionales.

También cómo el uso y abuso de la retórica de ciertos sectores ideológicos contra corrientes jurídicas y económicas de pensamiento no hacen sino tensar más el problema en lugar de solucionar aquel en la prestación material.

El neoliberalismo, denostado históricamente, no puede ser encasillado en su totalidad en una faceta puramente negativa. Según se ha explicado, también ha cumplido aportes teóricos necesarios en las doctrinas de los servicios públicos.

Esta corriente, por ejemplo, alerta y exalta la necesidad de la presencia del mercado frente a problemas de prestación que afronta el Estado cuando éste no cuenta con la capacidad económica, tecnológica y el músculo financiero para atender necesidades de interés general. Especialmente, cuando aquello presenta dificultades de rentabilidad y eficiencia para la administración pública.

Todo aquello, como se ha evidenciado en esta investigación, no supone la renuncia a potestades de control y vigilancia. El Estado es necesario, no solo como prestador, sino porque a través de aquel se activan mecanismos jurídicos de tutela y protección para que usuarios y consumidores, ejerzan sus derechos en caso de ineficiente prestación.

El diseño jurídico institucional debe garantizar que el Estado, también controle a sus propias empresas estatales, de manera eficiente, honesta y transparente. Resulta contrario al equilibrio cooperativo que el Estado use su poder para ilegítimamente debilitar a la competencia privada en la prestación de servicios públicos impropios, por ejemplo, salud, educación y transporte.

Los servicios públicos no son meros productos de mercado. Son productos de mercado de alta sensibilidad social. No por ello deben invalidarse modelos teóricos liberales que permitan garantizar su eficiencia, su sostenibilidad y sustentabilidad en los años venideros a través de los mercados.

Conscientes que la naturaleza humana y la permanencia de nuestra especie en el planeta cambiará conforme a las necesidades futuras de recursos y a los avances tecnológicos, esta investigación alimenta los debates teóricos sobre servicios públicos.

Los objetivos planteados fueron cumplidos satisfactoriamente. En primer lugar, se analizó y comparó el desarrollo de teorías jurídicas de los servicios públicos entre el

siglo XIX y XX. Se tomó como punto de partida en el primer capítulo los fundamentos vertidos por representantes la Escuela de Burdeos, que como se indicó en la introducción, fue la doctrina fundadora de la teoría de los servicios públicos en el derecho administrativo.

A partir de aquello, se examinó los criterios teóricos propuestos a través de la doctrina de Maurice Hauriou, reconocida como la Escuela de Toulouse. Se estudió elementos teóricos correspondientes al constitucionalismo social, especialmente la influencia de las constituciones de Querétaro y Weimar, así como otros cuerpos constitucionales latinoamericanos.

Se verificó aspectos esenciales de la puesta en marcha de los denominados estados de bienestar, tomando como referencia varios eventos históricos alrededor del mundo. De allí, se pasó al examen de algunos de los fundamentos que dieron origen al denominado neoliberalismo económico y su incidencia en ciertas teorías jurídicas de servicios públicos.

Para tal efecto, se tomó como referencia algunos puntos esenciales de políticas adoptadas respectivamente en los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en el Reino Unido durante la década de los años ochenta y noventa. Todo aquello sumado a la visión teórica de autores de liberalismo económico identificados durante la investigación.

Luego, se cumplió satisfactoriamente el segundo objetivo de la investigación, circunscribiendo el análisis de conceptos actuales de servicio público a partir de tensiones teóricas detectadas por autores contemporáneos.

Así, conforme se ofreció en la introducción, el segundo capítulo abordó las cuestiones sobre la *ductilidad* y la *permeabilidad* como formas metafóricas para provocar las tensiones y conservarlas en un medio *sinérgico*.

Se abordó también el análisis de técnicas jurídico–administrativas de cualificación legal de los servicios públicos y su relación con el impacto que el derecho ofrece a tales técnicas como consecuencia de la regulación normativa.

El principio de subsidiariedad fue examinado precisamente para justificar cómo tal principio promueve la cooperación conjunta del Estado y el mercado en la satisfacción de necesidades de interés general. Aquello sin dejar por fuera la especial relevancia del derecho a la libertad económica como contrapeso a la función social del Estado.

El criterio de esencialidad fue también desarrollado como axioma básico de las necesidades humanas y se complementó aquello con las críticas a la característica de universalidad que varios autores utilizan para definir los servicios públicos.

Finalmente, se afrontó al fenómeno de la globalización con la necesidad de crear espacios jurídicos y económicos para promover la supranacionalidad y la integración andina de la prestación de servicios públicos. No fue una tarea sencilla porque a pesar de los intentos integracionistas de mediados del siglo XX, las constituciones andinas parecen, todavía, no ser del todo favorables en *grosso modo* a la gestión andina de los servicios públicos transnacionales.

Como último punto, en el tercer capítulo, la investigación centró su atención en el caso ecuatoriano y en el estudio normativo del tratamiento de los servicios públicos. Se tomó como objeto de estudio los textos constitucionales expedidos desde el año 1897 hasta la Constitución de 2008, verificando caso a caso cómo el constituyente determinó la cuestión relativa a dichos servicios.

Se revisaron y examinaron aquellos cuerpos normativos de interés en la materia de servicios públicos en el nivel infraconstitucional que, especialmente en la década de los años noventa impulsaron cambios jurídicos en cuanto a la delegación al sector privado en cuanto a la gestión de aquellos.

Se verificó el tratamiento jurídico de varios servicios públicos en Ecuador desde el enfoque referido a partir de los cuerpos normativos específicos que regulan aquellos. Así, se determinó servicio por servicio, cómo las tensiones teóricas analizadas en los capítulos primero y segundo subsisten –favorablemente– en el caso de Ecuador.

Como hallazgo más importante, se encontró que aquellas tensiones resultan favorables al modelo de cooperación y coexistencia jurídico– económica entre el Estado y el mercado.

Con todo lo expuesto, una vez que en la investigación se utilizaron principalmente los métodos analítico, comparativo e histórico, a manera de cierre corresponde destacar cómo la pregunta de investigación planteada desde un inicio, esto es, ¿en qué medida las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo de los servicios públicos han contribuido, contribuyen y contribuirán en el futuro a la satisfacción plena de necesidades de interés general?, será contestada a continuación.

La existencia misma de las tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo de los servicios públicos es, en esencia, favorable.

Gracias a las tensiones teóricas que el derecho constitucional y el derecho administrativo económico, han promovido y proveído, se han generado una serie de elementos en el desarrollo de las teorías respectivas.

Las doctrinas sobre servicios públicos se nutren del derecho, la economía, la historia y la administración pública para crear, en sí, teorías propias de servicios públicos. Cada sector está en capacidad de ser analizado desde las tensiones.

En otras palabras, el agua potable, la energía eléctrica, el sector bancario, las telecomunicaciones y todos los demás, justamente tienen la capacidad teórica para transitar por las características de ductilidad, permeabilidad y subsidiariedad.

En investigaciones futuras sobre tensiones teóricas entre estatismo y liberalismo, cada campo debe ser tratado específicamente, en el marco de la globalización así como también entre el Estado y el mercado. Los campos teóricos a ser desarrollados a partir de las metodologías utilizadas en esta investigación, son extensos y desafiantes.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, 3–29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Abril Olivo, Ana. “La interconexión como fundamento de la competencia en telecomunicaciones”. En *Derecho Internacional Económico: ALCA, procesos de integración, arbitraje comercial internacional, derecho de las nuevas tecnología, telecomunicaciones y comercio electrónico*, 263–75. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2006.
- Acemoglu, Daron, y James Robinson. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2012.
- Acosta, Alberto. *El Estado como solución. Algunas reflexiones desde la Economía*. Quito: ILDIS Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 1998.
- Acosta, Alberto, y Lautaro Ojeda. *Privatización*. Quito: Centro de Educación Popular, 1993.
- Aguilar Andrade, Juan Pablo. *El mito del nuevo paradigma constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Aguilar Benítez, Ismael, y Gabriela Monforte. “Servicios públicos del agua, valor público y sostenibilidad: El caso del área metropolitana de Monterrey”. *Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Administración Pública* XXVII, n° 1 (2018): 149–79.
- Albuja Varela, Francisco Javier. “Servicios Públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional”. *Gobierno y Administración Pública en América Latina y el Caribe: escenarios y desafíos poscovid-19, Estado y Comunes*, 2, n° 13 (diciembre de 2021): 85–106.
- . “Servicios Públicos y derecho administrativo supranacional: ¿Una conexión posible en los fenómenos de integración?” En *Miradas constitucionales a medio siglo de la integración andina*, 141–55. Bogotá: Tirant Lo Blanch / Universidad Andina Simón Bolívar, 2022.
- Alli Aranguren, Juan C. “La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización”. En *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum profesor doctor Gaspar Ariño Ortiz*, 831–54. Madrid: La Ley, 2011.

- Alonso, Gustavo, y Arturo Ruiz de Villa. “El impacto ambiental del transporte aéreo y las medidas para mitigarlo”, 1–15. Granada: Archivo Digital UPM Politécnica Biblioteca Universitaria, 2012.
- Altamirano, Cristian. “Teoría y Práctica del paradigma constitucional económico, social y solidario ecuatoriano”. En *Refundación del constitucionalismo social: reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, 205–29. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019.
- Anchaluisa Shive, Christian. “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Línea sur*, n° 5 (2013): 115–33.
- Andrade A., Pablo. *La era neoliberal y el proyecto republicano. La recreación del Estado en el Ecuador contemporáneo: 1992-2006*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. “Derechos Sociales”. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, 2:1677–1711. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Araque García, Lucas. “Los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. *Diálogos de Derecho y Política*, n° 20 (2018): 106–32.
- Araque Jaramillo, Wilson. “Clima productivo y desafíos del sector de la Economía Popular y Solidaria”. En *Derecho Económico Contemporáneo*, 377–408. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017.
- Arbeláez Martínez, Beatriz Helena. “Estrategias de Estado para adelantar un proceso privatizador”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 59–84. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Arias Jiménez, Enrique. “Privatización en América Latina”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 13–26. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Ariño, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- . *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid: Fundación de Estudios de Regulación / Universidad Externado de Colombia, 2003.

- . “Seguridad jurídica en los servicios públicos privatizados: Bases para una renegociación de los contratos”. En *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, 93–130. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2005.
- . “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”. En *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.
- Ariño Ortiz, Gaspar, Juan Miguel De la Cuétara, y José Luis Martínez - López Muñiz. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios: proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Atehortúa Ríos, Carlos Alberto, y María Adelaida Jaramillo Canastero. *Lecciones de Servicios Públicos Domiciliarios en el contexto del precedente constitucional*. Medellín: Diké, 2023.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. Montecristi, 2012.
- Ayala Mora, Enrique. *Evolución Constitucional del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2018.
- Baca Oneto, Víctor Sebastián. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 359–93. Lima: Grijley, 2009.
- Baldeón Barriga, Inés María. “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 25 (2016): 101–24.
- Ballbé, Manuel. “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la americanización y la europeización”. *Revista de Administración Pública*, n° 174 (2007): 215–76.
- Baquero Neira, Alexandra. “La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales”. En *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, 17–34. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Barnes, Javier. “La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías”. En *La constitucionalización del Derecho Administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo*, 499–533. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- Barreto Moreno, Antonio Alejandro. “La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta”. *Opinión Jurídica* 10 (diciembre de 2011): 65–84.
- Bartolomé Navarro, José Luis. “El planteamiento de los servicios públicos como servicios de interés general”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 303–47. Lima: Grijley, 2009.
- Bazán, Víctor. “Constitución, Economía y Derechos Fundamentales. El caso argentino”. En *Constitución y economía. Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 1–48. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 7. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- Bermejo Vera, José. “El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública* 2, n° 10 (1984): 123–48.
- Bernal Pulido, Carlos. “El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Revista Letras Jurídicas* 10, n° 1 (2005): 105–41.
- Bernaldo De Quirós, Lorenzo. “Liberalización, desregulación y mercado”. En *Derecho Administrativo Económico*, 221–38. Madrid: Lerko Print S.A., 2000.
- Berzosa Alonso-Martínez, Carlos. “Logros y limitaciones del Estado de bienestar”. En *Administraciones y servicios públicos: ¿reforma o privatización?*, 23–40. Madrid: Izquierda Unida, 1993.
- Betancur, Luis Ignacio. “La prestación de los servicios públicos”. En *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1:311–29. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez / Universidad del Rosario, 2016.
- Bianchi, Alberto B. *La regulación económica*. Vol. 1: Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5.^a ed. Vol. Tomo 2. Buenos Aires: Depalma, 1955.
- Blanquer Criado, David. *La Concesión de Servicio Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Borja Cevallos, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. 2.^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- Borja y Borja, Ramiro. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

- Borón, Atilio. *Socialismo del siglo XXI ¿Hay vida después del neoliberalismo?* Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, 2012.
- Botero, Sandra. “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n° 33 (2006): 85–109.
- Bravo, Kléver Antonio, y Diego Pérez Enríquez. “El gobierno revolucionario nacionalista ecuatoriano del general Guillermo Rodríguez Lara (1972-1976): liderazgo, transformaciones y claves sobre el sistema político ecuatoriano”. *Revista PUCE*, n° 110 (2020): 161–82.
- Brewer - Carías, Allan R. “Sobre el modelo político y el Derecho administrativo”. En *La constitucionalización del Derecho Administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo*, 231–56. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Cabezas, Nicolás, y Daniel Mayorga. “La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana?”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 16 (segundo semestre de 2016): 299–335.
- Caicedo Castillo, Aparicio, y Arianna Tanca Macchiavello. *Noche larga No liberal. Realidad detrás del mito populista*. Guayaquil: Fundación Ecuador Libre, 2018.
- Calafell, Jorge E. “Teoría General de la Concesión”. *Jurídica - Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*, n° 26 (1996): 215–28.
- Campaña Terán, Paola. “La defensa del consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección”. *Iuris Dictio*, n° 24 (2019): 17–32.
- Canales Aliende, José Manuel. “Nuevas perspectivas y paradigmas de las políticas públicas sociales en tiempos de crisis”. *Barataria: Revista Castellano - Manchega de Ciencias Sociales*, n° 15 (2013): 55–72.
- Cárdenas García, Jaime. “Las características jurídicas del neoliberalismo”. *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 32 (2015): 3–44.
- Cárdenas Poveda, Margarita. “La globalización y el impacto de la integración económica en el derecho administrativo colombiano”. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 33 (2014): 77–97.
- Carmona Toro, Andrés. “Constitucionalismo crítico: una cuestión epistemológica”. En *Constitucionalismo y nuevos saberse jurídicos: construcciones desde las*

- diversidades*, 15–30. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Carnero Arroyo, Ena. “Los derechos humanos como garantía del fortalecimiento del modelo andino de integración”. En *El Derecho Económico en tiempo de crisis*, 529–47. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020.
- Carnota, Walter. *Instituciones de Derecho Público*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Cartas, José María. “Además del ajuste, la reforma social: la nueva agenda de los organismos internacionales”. *Contribuciones*, n° 41 (1994): 31–48.
- Casas, Andrés, y María Elvira Correa. “¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones - CAN?” *Revista Papel Político* 12, n° 2 (2007): 591–632.
- Cassagne, Juan Carlos. “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”. *Revista de Administración Pública*, n° 140 (1996): 95–110.
- . “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”. En *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2005.
- . *La huelga en los servicios públicos*. Madrid: Cívitas, 1993.
- . *Los grandes principios del Derecho Público*. Bogotá: Temis S.A., 2018.
- Cassese, Sabino. “Las tres etapas de constitucionalización del Derecho administrativo”. En *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo*, 282–305. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Castán Pérez-Gómez, Santiago. *Régimen Jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*. Madrid: Dykinson, 1996.
- Castillo Roldán, Juan Miguel. “El servicio público: ¿instrumento de intervención o método de regulación para la protección de los intereses colectivos?” *Revista de la Facultad de Derecho de México* 70, n° 277 (agosto de 2020): 461–94.
- Castro Riera, Carlos. “Valoración - jurídico política de la Constitución del 2008”. En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 111–29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- CEPAL y Organización de Naciones Unidas. “Transporte aéreo como motor de desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe: retos y propuestas de política”, 2017.

- Céspedes Zavaleta, Adolfo. “Servicios públicos y empresas públicas”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 105–23. Lima: Grijley, 2009.
- Chevallier, Jacques. *El Estado posmoderno*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Cisneros Mussa, Yubi. “Los derechos sociales y el acceso a los servicios públicos: avances en la región andina”. *Revista Aportes Andinos*, n° 10 (julio de 2004): 1–8.
- Coase, Ronald. “The problem of social cost”. *The Journal of Law & Economics*, 1960. <https://www.jstor.org/stable/724810>.
- Cocciolo, Endrius. “Crisis económica, capitalismo regulador y cooperación administrativa internacional”. En *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo. Actas del XIX Congreso Ítalo - Español de Profesores de Derecho Administrativo Universidad San Pablo - CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012*. Madrid: Reus S.A., 2013.
- Coronel López, Jorge Enrique. “Lo público en la globalización”. *Revista Semestre Económico* 11, n° 21 (junio de 2008): 65–73.
- Correa Fontecilla, Jorge. “Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho”. *Revista española de control externo* 8, n° 24 (2006): 135–61.
- Cuenca Flores, Sheyla. “Buena Administración y procedimiento administrativo en el Ecuador”. *Ruptura: Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, n° 2 (2020): 283–301.
- Cujia Guerra, Eucadys, Stella Lucila Monroy Toro, y Lilia Esther Palacio Sprockel. “El papel del Estado colombiano en la economía con miras a la globalización”. *Redipe* 7, n° 6 (2018): 104–12.
- Danós Ordoñez, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 13–31. Lima: Grijley, 2009.
- Darnaculleta Gardella, M. Mercè. “El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?” *Revista de Administración Pública*, n° 199 (abril de 2016): 11–50.
- Dávalos González, Javier. “El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”. En *Los derechos sociales: del acceso a la información a la*

- justiciabilidad*, 99–128. Quito: Centro de Derechos Humanos y Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Delgado Aguilar, Francisco Javier, y Juan Pablo Angulo Partida. “Servicios públicos y cultura urbana en México durante la primera mitad del siglo XX. Una propuesta de estudio desde la historia del abasto de agua”. *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas XXIII*, n° II (2017): 29–50.
- Delgado Selley, Orlando. “El neoliberalismo y los derechos sociales: una visión desde la economía y la política”. *Andamios* 3, n° 5 (2006): 185–212.
- Delpiazzo, Carlos E. “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”. *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 32 (junio de 2012): 143–68.
- Díaz Casillas, Francisco José. “La Administración Pública y el Derecho Administrativo en Lorenz Von Stein”. *Encrucijada Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México*, n° 25 (abril de 2017): 22–23.
- Díaz Perilla, Viviana. “Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier”. En *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- Dieterlen, Paulette. *Ensayos sobre justicia distributiva*. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1996.
- Draibe, Sonia, y Manuel Riesco. “Estado de Bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporánea”. México D.F.: Organización de las Naciones Unidas / CEPAL, 2006.
- Dromi, Roberto. *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Derecho Público y Empresa. Madrid: Hispania Libros / Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005.
- Duguit, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Comares, S.L., 2007.
- Duhau, Emilio. “Infraestructura y servicios públicos en América Latina: colapso, privatización y alternativas”. En *La ciudad construida: urbanismo en América Latina*, 325–41. Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2001.
- Durango Álvarez, Gerardo. “Cláusulas de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías-minorías democráticas”. *Análisis Político*, n° 84 (2015): 102–14.

- Echeverría, Juan Abel. *Las Empresas Públicas en el Desarrollo Nacional*. Quito: Secretaría General de la Administración Pública / Dirección Nacional de Personal, 1977.
- Eisenmann, Charles. *Cours de droit administratif*, t. 1. París: LGDJ, 1982.
- Endara Osejo, Ximena. *Modernización del Estado y reforma jurídica: Ecuador 1992-1996*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1999.
- Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- Escudero Soliz, Jhoel. *Crisis bancaria, impunidad y verdad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Espino Tapia, Diana Rocío. “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”. *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 36 (junio de 2017): 79–108.
- . “Una propuesta de Estado social para el siglo XXI: Una vuelta al origen”. *Universitas*, n° 24 (2016): 39–75.
- Espinosa, Simón. *Presidentes del Ecuador*. 3ª ed. Guayaquil: Revista Vistazo, 2002.
- Espinoza Muñoz, Alexis Enrique. “De la beneficencia a la salud pública”. *Revista de Estudios Cotidianos* 3, n° 1 (2015): 207–36.
- Esteve Pardo, José. *Lecciones de derecho administrativo*. 10ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- Evans, Peter. “¿Eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época”. En *Globalización y Derecho*, 39–71. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Farromeque Quiroz, Rafael. “Análisis de Inversiones aeroportuarias y portuarias: América Latina y el Caribe al horizonte 2040”. Banco de Desarrollo de América Latina CAF, 2016.
- Fernández, Diego, Silvia Saravia Matus, y Mariana Gil. *Políticas regulatorias y tarifarias en el sector de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe*. Recursos Naturales y Desarrollo 205. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL, 2021.
- Fernández Domingo, Enrique. “Estudio sobre la génesis y la realización de una estructura urbana: la construcción de la red de alcantarillado de Santiago de Chile (1887 - 1910)”. *Historia* 1, n° 48 (junio de 2015): 119–93.

- Fernández García, María Yolanda. “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (segundo semestre de 2004): 69–96.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”. *Revista de Administración Pública*, n° 200 (2016): 439–50.
- Fernández Ruiz, Jorge. “Disertación sobre el servicio público”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 13 (I semestre de 2010): 5–21.
- Fix - Zamudio, Héctor. “La Constitución y el Estado social de Derecho”. En *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, 5:73–92. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.
- Forsthoff, Ernst. “La previsión existencial en la edad técnica”. *Documentación Administrativa*, n° 100 (1966): 13–27.
- Galán Benítez, Homero. “¿Qué crisis afecta al Estado de Bienestar? Dinámica general y lecciones del caso alemán”. *Revista Andamios* 5, n° 10 (abril de 2009): 335–59.
- Gallego Méndez, María Teresa. “Estado Social y crisis del Estado”. En *Manual de ciencia política*. Madrid: Trotta, 1997.
- García - Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- . *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 2005.
- García Ramírez, Sergio. “Tres textos precursores en el constitucionalismo social”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* Año 1, n° 2–3 (1968): 469–80.
- Gómez, Jorge. “Privatización, apertura y descentralización”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 119–73. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- González, Édgar. “Tendencias de la regulación en telecomunicaciones”. En *Derecho Internacional Económico: ALCA, procesos de integración, arbitraje comercial internacional, derecho de las nuevas tecnologías, telecomunicaciones y comercio electrónico*, 285–306. Estudios Jurídicos 26. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2006.

- González Moras, Juan Martín. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad: el derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000.
- Gordillo, Agustín. “Servicios Públicos - capítulo 6”. En *Derecho Administrativo*, 239–94. La Plata: LEP, 2003.
- . *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. 2ª ed. Vol. 8. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Granda Aguilar, Víctor. “Estado, Economía y Evolución del Derecho Administrativo Ecuatoriano”. En *Derecho Económico Contemporáneo*, 299–323. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- . *Globalización y Derecho de las Finanzas Públicas en Ecuador (1990-2017)*. Estudios Jurídicos 46. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2021.
- . “Sistemas de control financiero y su evolución en Ecuador”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 28 (2017): 31–51.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- . “La Constitución Económica del Ecuador”. En *Estado, Derecho y Economía*, 77–100. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- Grijalva Jiménez, Agustín, y José Vicente Troya Jaramillo. “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 1 (2003): 5–47.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Guayo Castiella, Íñigo del. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2017.
- Guerrero Celi, Francisco. “Concesión de Servicio Público Aeroportuario”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- . *Nueva visión del Derecho Administrativo. Sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexas*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019.
- Guerrero, Omar. “El mito del nuevo ‘Management’ público”. *Revista Venezolana de Gerencia* 9, n° 25 (2004): 9–52.

- . *La Administración Pública del Estado Capitalista*. 5^a ed. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2002.
- . *La administración pública del Estado capitalista*. 5.^a ed. México: Distribuciones Fontanamara S.A., 2002.
- . “La privatización de la administración pública”. *Revista de Administración Pública XXI*, n° 2 (1989): 1–21.
- Guillén Romo, Héctor. “La deshomogenización del discurso liberal: del ordoliberalismo alemán al ultraliberalismo austro-estadounidense”. *Economía UNAM* 16, n° 47 (2019): 140–86.
- Guslain, Pierre. *The Privatization Challenge*. Washington D.C.: The World Bank, 1997.
- Guzmán, Marco Antonio. *Derecho Económico Ecuatoriano I*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996.
- . *Derecho Económico Ecuatoriano II*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Guzmán Napurí, Christian. “Una aproximación a la teoría del Public Choise y sus implicancias en los mecanismos de control estatal”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 55 (2002): 223–43.
- Hamer, Eberhard. “Praxis de la privatización de servicios”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n° 1 (1985): 219–33.
- Hauriou, Maurice. *Derecho Administrativo y derecho público*. Vol. 1. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007.
- . *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid: Reus S.A., 1927.
- Held, David. “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”. En *Globalización y Derecho*, 73–91. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Henao, Juan Carlos. “Estado social y derecho administrativo”. En *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*, 145–201. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Hernández Valle, Rubén. “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”. *Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n° 2 (2006): 457–76.
- Hernández Vidal, Juanita. “Los servicios públicos en Colombia: convergencia entre la libre competencia, la intervención del Estado y la regulación de los mercados”.

- En *Instituciones de Derecho Administrativo, 1: La administración y su actividad*: 331–49. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez / Universidad del Rosario, 2016.
- Herrera Daza, Roberto. “La eficiencia y la equidad en los sectores público y privado: economía distributiva y justicia social”. *Administración y Desarrollo* 42, n° 58 (2013): 39–57.
- Hidalgo Cuadra, Ronald. “Apuntes sobre el servicio público en tiempos de globalización”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 116 (2008): 37–76.
- Hómedes, Nuria, y Antonio Ugalde. “Privatización de los servicios de salud: las experiencias de Chile y Costa Rica”. *Gaceta Sanitaria Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS)* 16, n° 1 (2000): 54–62.
- Huapaya Tapia, Ramón. “Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. *Derecho & Sociedad*, n° 36 (2011): 93–102.
- Huerta de Soto, Jesús. “Liberalismo versus Anarcocapitalismo”. *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política* IV, n° 2 (2007): 13–32.
- Huerta Moreno, María Guadalupe. “El neoliberalismo y la conformación del Estado subsidiario”. *Política y Cultura*, n° 24 (2005): 121–50.
- Hurtado Larrea, Osvaldo. *Ecuador entre dos siglos*. 2ª ed. Bogotá D.C.: Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.
- . “Neoliberalismo y economía social de mercado”. *Diálogo político: Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.*, 2005.
- Ibagón, Mónica Liliana. “Los criterios ecológicos como factores de selección del contratista en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública”. En *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, 49–76. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Islas Colín, Alfredo. “El servicio público en el derecho francés”. En *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 277–92. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2008.
- Jaén García, Manuel. “La Ley de Wagner: Un análisis sintético”. *Papeles del Instituto de Estudios Fiscales*, n° 6 (2004): 3–59.
- Jaramillo Alvarado, Pío. *Derecho Público Interno*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953.
- Jèze, Gastón. *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Reus S.A., 1928.

- . *Servicios Públicos y contratos administrativos*. Vol. 3. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007.
- Jiménez Benítez, William Guillermo. “Origen y evolución de las teorías sobre la Responsabilidad Estatal”. *Diálogos de saberes*, n° 38 (junio de 2013): 63–78.
- Kaplan, Marcos. “Intervención del Estado y Empresa Pública en la América Latina contemporánea: los aspectos políticos e institucionales”. *Revista de Estudios Políticos*, n° 4 (1978): 5–32.
- Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, y Richard Stewart. “El surgimiento del derecho administrativo global”. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes* 24 (2010): 4–46.
- Kresalja Roselló, Baldo. “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”. *Themis Revista de Derecho*, n° 39 (1999): 39–98.
- Kresalja Roselló, Baldo, y César Ochoa. *Derecho Constitucional Económico: Lo Esencial del Derecho* 8. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- Laguna de Paz, José Carlos. “Los servicios de interés general en la Unión Europea”. *Revista Derecho PUCP*, n° 76 (2016): 19–50.
- Landa, César. “Constitución y Economía en el constitucionalismo peruano”. En *Constitución y economía: Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 191–209. Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- Lara Núñez, Tatiana de Lourdes, y Luis Alberto Dávila Toro. “La dicotomía de la gestión pública-privada y las transformaciones en la Administración Pública”. *Economía y Negocios* 14, n° 1 (2023): 84–99.
- Linde Paniagua, Enrique. *Fundamentos de derecho administrativo: Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. 4ª ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Colex, 2012.
- Londoño Toro, Beatriz. “Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación”. *Estudios Socio-Jurídicos* 1, n° 2 (1999): 103–31.
- López Calera, Nicolás. “El interés público: entre la ideología y el derecho”. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 123–48.
- López de Castro - Morato, Lucía, y Gaspar Ariño Ortiz. “Estado de Derecho y huida del Derecho”. En *Principios de Derecho Público Económico*, 85–134. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia / Fundación de Estudios de Regulación (Madrid), 2003.

- López Escarcena, Sebastián. “Contextualizando el derecho administrativo global”. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 259–305.
- López Garrido, Diego. “Empresas pública y privatización”. En *Administraciones y Servicios públicos*, 73–78. Madrid: Izquierda Unida, 1993.
- López Sandoval, María Fernanda. “El sistema de planificación y el ordenamiento territorial para Buen Vivir en el Ecuador”. *Geosp-Espaço e Tempo* 19, n° 2 (2015): 296–311.
- Ludeña Saldaña, Luis Humberto. “El rol del Estado en la economía del siglo XXI”. *Cultura*, n° 27 (2013): 99–115.
- Maestro Buelga, Gonzalo. “Acerca del neo-corporativismo”. *Revista de Estudios Políticos*, n° 46-47 (1985): 153-176.
- Mahuad Witt, Jamil. *Así dolarizamos al Ecuador*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A., 2021.
- Mancebo Lozano, Esteban. “El Estado de bienestar y la nueva gestión de los servicios públicos en España y Latinoamérica: innovación en los servicios sociales y sanitarios tras el Covid-19”. *Saber Servir: Revista de la Escuela Nacional de Administración Pública del Perú*, n° 6 (2021): 95–121.
- Mantilla Correa, Andry. “Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”. En *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 383–449. Biblioteca Jurídica Virtual. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2008.
- Maraniello, Patricio, y Néstor Sebastián Parisi. “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino”. *Revista IUS* 10, n° 38 (2016): 119–42.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- Marín Castillo, Juan Carlos, y José Saul Trujillo González. “El Estado Social de Derecho: Un paradigma aún por consolidar”. *Revista Jurídica de Derecho* 3, n° 4 (junio de 2016): 53–70.
- Marín Cortés, Fabián. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis S.A., 2010.
- Marques Nieto, Floriano de Azevedo. “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”. En *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011.

- Martínez - López Muñiz, José Luis. “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”. En *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo*, III:2795–2824. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- Martínez de Vedia, Rodolfo. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- . *Mercados, costos y activos en la renegociación de los servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007.
- Martínez Martínez, Francisco. “El derecho dúctil: ley, derechos y justicia de Gustavo Zagreblesky”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 42, n° 124 (2009): 417–25.
- Martínez Moscoso, Andrés. *El derecho al agua en el Ecuador: Un análisis desde la Ciencia Política y el Derecho Público*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017.
- Masapanta Gallegos, Christian. *Mutación de la Constitución en Ecuador. ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Matés Barco, Juan Manuel. “Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador”. *Revista Empresa y Humanismo* XI, n° 1 (2008): 187–230.
- Matías Camargo, Sergio Roberto. “La teoría del servicio público y las telecomunicaciones”. *Diálogos de saberes* n.º 38 (junio de 2013): 43–62.
- Mayer, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. Vol. IV. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- Mazzucato, Mariana. *El Estado emprendedor: La oposición público vs. privado y sus mitos*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2022.
- Meilán Gil, José Luis. “El servicio público como categoría jurídica”. *Cuadernos de Derecho Público*, n° 2 (1997): 75–93.
- Mejía Matute, Silvia, y Luis Pinos Luzuriaga. “Sostenibilidad de las finanzas públicas en la economía ecuatoriana 2001-2019”. *Boletín de Coyuntura*, n° 25 (2020): 34–40.
- Meny, Yves, y Jean-Claude Thoenig. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 1992.

- Mercado Gazabón, Ana Carolina. *La influencia de León Dugüit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.
- Miranda Londoño, Alfonso, y Carlos Pablo Márquez Escobar. “Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación”. *Vniversitas*, n° 108 (2004): 77–117.
- Moderne, Franck. *Apuntes del Derecho Administrativo Comparado*. Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2002.
- Mogrovejo Jaramillo, Diego F. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 12 (2009): 71–93.
- Molina Betancur, Carlos, y Jaime Vidal Perdomo. *Derecho Administrativo*. 14^a ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2016.
- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Vol. Tomo 1. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. 2^a ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- . *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Montaño Galarza, César. “Concepto y campo problemático del Derecho económico”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 4 (2005): 129–67.
- . “Derecho económico: Teoría y realidad en Ecuador del siglo XXI”. En *El derecho económico en tiempos de crisis*, 71–119. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales, 2020.
- . *Problemas constitucionales de la integración*. Ciudad de México: Editorial Porrúa / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Montúfar, César. *León Febres-Cordero y la reconstrucción neoliberal: Los orígenes del auge y fracaso de la derecha contemporánea en el Ecuador 1984-1988*. 2^a ed. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Abya-Yala, 2011.
- Moraga Klenner, Claudio. “¿Hace falta una Ley de Asociaciones público-privadas en Chile?” En *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, 105–34. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

- Morales, Javier. “Modalidades de prestación de servicios: La privatización del Servicio Público”. En *Administraciones y servicios públicos: ¿Reforma o privatización?*, 105–20. Madrid: Izquierda Unida, 1993.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Moreno, Beatriz. *El Estado social: Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Cívitas, 2004.
- Moreno Márquez, Gorka. “La reformulación del Estado de bienestar: El workfare, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas”. *Zerbitzuan: Revista de servicios sociales*, n° 43 (2008): 143–54.
- Moreno Velásquez, Carolina. “Derecho Administrativo y neoliberalismo: Narrativa de una relación”. En *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo*, 101–18. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes y Editorial Temis S.A., 2016.
- Moreno Yanes, Jorge. “Breves reflexiones sobre el Código Orgánico Administrativo”. En *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, 91–113. Quito: Universidad San Francisco de Quito / Editora Jurídica Cevallos, 2019.
- . “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador: las limitaciones en el marco jurídico”. *Revista Iuris* 1, n° 15 (2016): 103–35.
- Morón Urbina, Juan Carlos. “Redescubriendo una institución escondida: el rescate de las concesiones”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 71–104. Lima: Grijley, 2009.
- Muiños Juncal, Benito. “Neoliberalismo y desigualdad social en Europa y América”. *Scripta Nova: Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Número extraordinario dedicado al I Coloquio Internacional de Geocrítica (actas del coloquio), 3 (1999). <http://www.ub.edu/geocrit/sn-45-9.htm>.
- Muñoz Machado, Santiago. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4ª ed. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . *Servicio Público y Mercado*. Vol. 1. Los Fundamentos. Madrid: Cívitas, 1998.
- Murcia Bareño, Javier Arley. “Protección del consumidor sobre las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios en relación con la defensa de los derechos e intereses de los usuarios durante el periodo 2004-2013”. *Vía Iuris*, n° 17 (2014): 47–61.

- Nallar, Daniel M. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público: Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999.
- Navarro Ruvalcaba, Mario Alfredo. “Modelos y regímenes de bienestar social en una perspectiva comparativa: Europa, Estados Unidos y América Latina”. *Revista Desacatos*, n° 21 (agosto de 2006): 109–34.
- Neira Orellana, Édgar. *La jurisdicción contencioso administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016.
- Nicolini, Matteo. “Modelos económicos neoliberales y cambios constitucionales: La promoción de la mutación jurídica en la perspectiva de la comparación”. *Revista de Derecho Político*, n° 108 (2020): 71–96.
- Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- Núñez Forero, Felipe. *Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Ojeda, Edgar, John Candelo, y Jorge Silva - Ortega. “Perspectivas de comunidades indígenas de La Guajira frente al desarrollo sostenible y el abastecimiento energético”. *Revista Espacios* 38, n° 11 (2017): 35–43.
- Oleas Montalvo, Julio. “Ecuador 1980 - 1990: crisis, ajuste y cambio de régimen de desarrollo”. *América Latina en la historia económica* 24, n° 1 (2017): 210–42.
- Olías de Lima, Blanca. “La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia”. En *Administraciones y servicios públicos: ¿Reforma o privatización?*, 79–90. Madrid: Izquierda Unida, 1993.
- Olivia Blázquez, Francisco. “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”. En *Estado, Derecho y Economía*, 121 — 157. Estudios Jurídicos 35. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- . “A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública”. En *Estado, Derecho y Economía*, 121–57. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- Organización de las Naciones Unidas. “La población mundial llegará a 8000 millones en 2022”. UN. 2022. <https://www.un.org/es/desa-es/la-poblaci%C3%B3n-mundial-llegar%C3%A1-8000-millones-en-2022>.

- Ortiz Crespo, Santiago. "Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional". *Iconos; Revista de Ciencias Sociales*, n° 32 (2008): 13–17.
- Ospina Peralta, Pablo. "Corporativismo, estado y revolución ciudadana: El Ecuador de Rafael Correa". En *Estado, movimientos sociales y gobiernos progresistas*, 85–116. Quito: Instituto de Estudios Ecuatorianos, 2009.
- Palacio García, Luis Alejandro, y Angélica María Zambrano Mantilla. "Regulación económica de los servicios públicos: El papel de las agencias reguladoras". *Revista UIS Humanidades* 40, n° 1 (2012): 101–15.
- Palacios Romeo, Francisco. "Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay". En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 41–65. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Paladines, Carlos. "La odisea de la modernización en el Ecuador: dos momentos de su desarrollo". *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas - INCIHUSA*, n° 9 (2007): 129–40.
- Palomares Lerma, Gustavo. *Relaciones Internacionales en el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo. "El derecho de la integración como nuevo paradigma jurídico y sus implicaciones para el derecho económico". En *Derecho Económico Contemporáneo*, 125–41. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017.
- Parejo Alfonso, Luciano. *El concepto del Derecho Administrativo*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Editorial Jurídica Venezolana, 2009.
- . "La Administración: función pública". En *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, 289–303. Madrid: Fundación BBV / Editorial Civitas S.A., 1997.
- . "Servicios Públicos y Servicios de Interés general: la renovada actualidad de los primeros". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (semestre de 2004): 51–68.
- Patiño Galván, Israel, y J. Jesús Ceja Pizano. "Modernización de los servicios públicos municipales a través de las tic, desde una perspectiva integral". *Revista Gestión Empresarial* 11, n° 2 (2013): 70–88.

- Paz y Miño, Juan J. “Ecuador en la globalización: 1975-2005”. *HAOL*, n° 18 (2009): 25–39.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Peñalosa Londoño, Enrique. “Eficiencia, distribución del ingreso y privatización”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 27–36. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Vol. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- . *Elementos de Derecho Público Económico: La Constitución económica: empresas estatales y servicios públicos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- . “La Administración Pública en el Ecuador en el siglo XX”. En *Homenaje a monseñor Juan Larrea Holguín*. Guayaquil: Edino, 2000.
- Pérez Cornejo, Lorenzo. *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral: Reflexiones jurídico-administrativas sobre el Dominio Público en general y el Demanio Marítimo-Terrestre en particular*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2001.
- Pérez Ordoñez, Diego. “Apuntes sobre la acción de amparo constitucional”. *Iuris Dictio* 1, n° 1 (2000): 30–34.
- Pérez Salgado, Ignacio. “Globalización y Administración Pública”. *Revista Venezolana de Gerencia*, n° 12 (2000): 337–47.
- Perrino, Pablo Esteban. “La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios”. En *Aportes para un Estado eficiente: ponencias del V Congreso Nacional del Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2012.
- Polo Pazmiño, Esteban Javier. “La reforma de la Constitución: Consideraciones conceptuales”. *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE*, 2019, 95–114.
- Ponce Herrero, Gabino. “Futuro imperfecto: las ciudades del mañana en el cine”. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n° 55 (2011): 127–52.
- Pozo Bahamonde, Juan Pablo. *Estado de derechos y el sistema económico, social y solidario en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.
- Pulgarín Arias, Andrés Felipe, y Hernán Carlos Bustamante García. “El interés público y su atomización: bases para fundamentar una tesis en materia de regulación y

- contabilidad y control”. *Contaduría Universidad de Antioquia*, n° 74 (2019): 171–97.
- Quezada Rodríguez, Flavio. “Origen de la noción de servicio público en el derecho francés y su recepción en el derecho español. Un enfoque crítico”. *Revista de Administración Pública*, n° 216 (2021): 141–68.
- Quiñones Alayza, María Teresa, y Verónica Sattler Correa - Rey. “Apuntes sobre el servicio universal en un régimen de concurrencia”. *Revista de Derecho Administrativo*, n° 4 (2008): 35–49.
- Ramió Matas, Carles. “Una administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización”. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 3, n° 2 (2016): 103–22.
- Ramírez Grisales, Richard Steve. *El acceso al agua potable: Un deber estatal. Cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Ramírez Torrado, María Lourdes. “Dinámicas entre el Estado y la administración pública en el marco de la administración liberal, prestacional y garante”. *Revista Prolegómenos*, n° 20 (junio de 2020): 123–36.
- Ramos Zamora, Renato. “Ecuador: el caso de la inversión extranjera directa”. En *Derecho y Economía: regulación y desregulación*, 67–153. Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador / Grupo de Investigación en Derecho Económico, 2019.
- Resico, Marcelo F. *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- Restrepo Salazar, Juan. “Estado y sector privado participan conjuntamente en la prestación de servicios públicos”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 85–95. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Rey B., Alonso, y Ana Julia Mendoza C. “Privatizaciones y concesiones. Por qué sí”. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*, n° 26 (2006): 140–50.
- Ricci, Jean-Claude. *Mémento de la jurisprudence administrative*. París: Hachette, 1998.
- Rivadeneira Frisch, Juan. *Economía Social de Mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984.

- Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Rivero Ortega, Ricardo, y Víctor Granda Aguilar. *Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Robalino Orellana, Javier. “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 13 (2010): 97–108.
- Rodas Garcés, Gonzalo Xavier. “Administración Pública y Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador”. Tesis doctoral, Universidad de la Coruña, 2020.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- . “Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública”. En *Temas selectos de Derecho Administrativo: En homenaje a los cuarenta años del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, 437–73. México: Editorial Porrúa / Facultad de Derecho de la UNAM, 2011.
- . “El derecho a la buena administración entre ciudadanos y administración pública”. En *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, 117–43. Lima: Palestra Editores, 2012.
- . “El tiempo y las concesiones administrativas (especial referencia a la prórroga)”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, 33–69. Lima: Grijley, 2009.
- . *La privatización de la empresa pública*. Madrid: Montecorvo, 1991.
- . “Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo”. *Derecho & Sociedad*, n° 26 (2006): 33–41.
- . “Sobre Las transformaciones del derecho público de León Dugüit”. *Revista de Administración Pública*, n° 190 (2013): 61–100.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 16ª ed. Bogotá D.C.: Temis, 2011.
- Rodríguez Peñaherrera, coord. Carlos. *Administración Pública Ecuatoriana: 10 problemas básicos*. Quito: Presidencia de la República / Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo, 1979.
- Roldán Martín, Áurea. “Los nuevos contornos del servicio público”. En *Derecho Administrativo Económico*, 17–56. Madrid: Lerko Print S.A., 2000.

- Romero Alvarado, Luz Marina. “Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual”. *Derecho y Realidad* 13, n° 25 (2015): 43–62.
- Romero Jarrín, Fabián Alejandro. “Empresas públicas en Ecuador: la búsqueda de la eficiencia económica”. En *El derecho económico en tiempos de crisis*, 283–99. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Legales, 2020.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. “La primera fase histórica del Servicio Público”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 138 (diciembre de 2015): 135–60.
- Rosanvallon, Pierre. *La crisis del Estado providencia*. Madrid: Cívitas, 1995.
- . *La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia*. Buenos Aires: Ediciones Mananthial, 1995.
- Rozas Balbontín, Patricio, y Michael Hantke - Domas. *Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público*. Santiago de Chile: Organización de Naciones Unidas y CEPAL, 2013.
- Safar Díaz, Mónica Sofía. “Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública”. *Revista Derecho del Estado*, n° 23 (2009): 175–90.
- . “Privatización en la Constitución de 1991”. En *Alternativas de privatización para el sector público colombiano*, 47–58. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- . “Supervisión y Control en las asociaciones público-privadas”. En *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, 35–48. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Salgado, Germánico. *Integración económica y desarrollo en América Latina*. Vol. 1. Obras de Germánico Salgado. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Salgado Pesantes, Hernán. “El constitucionalismo social y sus garantías: Influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Ecuador”. En *La Constitución y sus garantías a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, 849–64. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- . *Lecciones de Derecho Constitucional*. 4ª ed. Quito: Ediciones Legales, 2012.
- Salomoni, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: AD-HOC, 2004.

- Sánchez Arteaga, Sonia. “Límites al poder de reforma de la Constitución Política: de las cláusulas pétreas a los límites materiales”. *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* 9, n° 18 (2018): 89–106.
- Sánchez Blanco, Ángel. “Modelos Económicos y Sistema Administrativo: De las instrucciones de Fomento a la Economía Global”. En *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 1239–65. Madrid: La Ley, 2011.
- Sánchez, Jordi. “El Estado de Bienestar”. En *Manual de Ciencia Política*, 2ª ed., 236–59. Madrid: Tecnos, 1999.
- Sánchez Morón, Miguel. “El retorno del derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n° 206 (2018): 37–66.
- Sánchez Vásquez, Rafael. “La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (caso México)”. *Cuestiones constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 27 (2012): 251–309.
- Sant’Ana Pedra, Adriano. “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”. *Derechos y Libertades*, n° 22 (2010): 241–60.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 5 (junio de 2011): 43–86.
- Santos Rodríguez, Jorge. “El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 10 (2013): 21–44.
- Sarmiento García, Jorge H. *Concesión de servicios públicos*. 2ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Sarmiento Palacio, Eduardo. “Privatizaciones, monopolios y regulación en las empresas de Servicios Públicos”. En *Los Servicios Públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, 225–43. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, s. f.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. 2. Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959.
- . *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª ed. Vol. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- Sendín García, Miguel Ángel. “Los servicios públicos en el siglo XIX”. *Anuario de historia del derecho español*, n° 75 (2005): 1037–76.
- Solanes, Miguel. *Servicios Públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*. Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

- Solano, Vicente. “La Constitución de Querétaro de 1917 y la rusa de 1918: sus aportes al constitucionalismo social en Ecuador”. En *Refundación del constitucionalismo social: Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, 45–57. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019.
- Sorace, Doménico. *Estado y servicios públicos*. Lima: Palestra Editores, 2006.
- Sosa Wagner, Francisco. “Servicio Público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 7 (2004): 125–49.
- Sousa Santos, Boaventura de. *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Stiglitz, Joseph E., y Jay K. Rosengard. *La economía del sector público*. 4ª ed. Barcelona: Antoni Bosch editor, 2015.
- Stoessel, Soledad. “Corporativismo y representación política en Ecuador: El Consejo Nacional de Trabajo y Salarios”. *Universitas*, n° 32 (2020): 139–56.
- Storini, Claudia. “Integración y constituciones nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, 285–308. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Strange, Susan. *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Icaria editorial e Intermón Oxfam, 2001.
- Subirats, Joan, y Ricard Gomá. “Gestión Pública y reforma administrativa en los 90: nuevos retos y oportunidades”. En *Administración y Servicios Públicos: ¿Reforma o privatización?*, 63–71. Madrid: Izquierda Unida, 1993.
- Tamames, Ramón. “Servicios públicos y concesionalidad: por una administración eficiente”. *El Ágora: Diario del Agua*, enero de 2021. <https://www.elagoradiario.com/la-mirada-del-agua/servicios-publicos-y-concesionalidad-por-una-administracion-eficiente/>.
- Terán Najas, Rosemarie. “Laicismo y educación pública en el discurso liberal ecuatoriano (1897-1920): una reinterpretación”. *Historia Caribe* XII, n° 30 (2017): 81–105.
- Toledo Cartes, Juan Eduardo. “Reforma y Modernización del Estado: La experiencia chilena”, 1–9. Guadalajara, 2007.
- Troncoso Valdés, José Eduardo. *Economía para Abogados*. Santiago de Chile: Legge Ediciones, 2017.

- Trujillo Vásquez, Julio César. “La Constitución económica, más allá del neoliberalismo”. *Foro: Revista de Derecho*, n° 7 (2007): 111–34.
- . *Panorama del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2019.
- Uckmar, Víctor. “Equilibrio en la fiscalidad entre justo gasto y justo impuesto”. En *Estado, Derecho y Economía*, 13–19. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013.
- Ullauri Donoso, Narcisca. *Modernización y desarrollismo en Ecuador, 1948-1952*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2022.
- Uslenghi, Alejandro. “El servicio público como categoría constitucional”. En *Servicio Público y Policía*. Buenos Aires: Universitas, 2006.
- Vaca Peralta, Andrea. *La figura de la delegación en los servicios públicos y en la economía popular y solidaria de Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.
- Vanossi, Jorge Reinaldo A. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.
- Vásconez Cruz, José Emilio. “Política neoliberal en América Latina e inversión en asociaciones público - privadas para infraestructura”. *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n° 18 (2018): 97–123.
- Vásconez, Mario, Andrea Carrión, Ana María Goetschel, y Nancy Sánchez. *Breve historia de los servicios en la ciudad de Quito*. Quito: Municipio Metropolitano de Quito Dirección de Educación y Cultura, Proyecto Museo de la Ciudad, 1997.
- Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho Administrativo Económico: Sectores regulados, servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.
- . “Una tríada económica y jurídica: recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980 - 2010)”. En *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Liber Amicorum en honor a Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011.
- Viciano Pastor, Roberto. “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 67 / 68 (2009): 91–99.

- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Política, justicia y Constitución*, 157–86. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Vidal Perdomo, Jaime. “Mito y realidad del servicio público”. *Revista Estudios Socio - Jurídicos* 2, n° 2 (1999): 50–67.
- Vignolo Cueva, Orlando. “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano”. En *Teoría de los servicios públicos*. Lima: Grijley, 2009.
- Villar Borda, Luis. “Estado de derecho y Estado social de derecho”. *Revista Derecho del Estado*, n° 20 (2007): 73–96.
- Villar Rojas, Francisco José. “La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos”. *Revista de Derecho Público: Teoría y método* 7 (2023): 7–40.
- Vintimilla Saldaña, Jaime. “La Constitución Económica del Ecuador”. *Iuris Dictio* 17 (2015): 127–48.
- Wanderley, Fernanda. “Acciones colectivas y ciudadanía en Bolivia”. *Temas Sociales* 28 (2008): 219-243.
- Wapshott, Nicholas. *Keynes vs. Hayek*. 3^a ed. Barcelona: Ediciones Deusto, 2013.
- Wieczorek, Tomás. “Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou”. *Agora Filosófica* 2, n.º 20 (2020): 132–66.
- Wilhelmi, Marco. “Derechos: enunciación y principios de aplicación”. En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 19–39. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.
- Witker Velásquez, Jorge. “El derecho económico en períodos de crisis: del derecho económico al análisis económico del derecho”. En *El derecho económico en tiempos de crisis*, 9–20. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Legales, 2020.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Temis S.A., 2016.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 11.^a ed. Madrid: Trotta, 2018.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo*. Guayaquil: Edilex S.A., 2011.

Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A., 2011.

Zibechi, Raúl, y Decio Machado. *El Estado realmente existente: Del Estado de bienestar al Estado para el despojo*. Quito: Alektron, 2022.

Fuentes constitucionales nacionales

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008

———. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

———. *Constitución Política de 1979*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

———. *Constitución Política de 1967*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

———. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

———. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.

———. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906.

———. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 272, 14 de enero de 1897.

Fuentes normativas nacionales

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.

———. *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial 332. Segundo Suplemento, 12 de septiembre de 2012.

———. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.

———. *Ley de Aviación Civil*. Registro Oficial 435, Suplemento, 11 de enero de 2007.

———. *Ley Orgánica de Educación Intercultural*. Registro Oficial 417. Segundo Suplemento, 31 de marzo de 2011.

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2010.
- . *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- . *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, suplemento, 18 de diciembre de 2015.
- . *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*. Registro Oficial 305, Segundo Suplemento, 6 de agosto de 2014.
- . *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial 418, Tercer Suplemento, 16 de enero de 2015.
- . *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Registro Oficial 439, Tercer Suplemento, 18 de febrero de 2015.
- . *Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 398, Suplemento, 7 de agosto de 2008.
- . *Decreto Ejecutivo 1040*. Registro Oficial 786, 29 de junio de 2016.
- . *Decreto Ejecutivo 1056*. Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.
- . *Decreto Ejecutivo 1057*. Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.
- . *Decreto Ejecutivo 1061*. Registro Oficial 225, Suplemento, 16 de junio de 2020.

Fuentes jurisprudenciales

- Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición. “Sentencia n.º 1-12-SIC-CC”. En *Caso no. 8-10-IC*. 5 de enero de 2012.
- . Corte Constitucional, “Sentencia n.º 3-14-SIN-CC”. En *Caso 14-13-IN y acumulados n.º 23-13-IN y 28-13-IN*”. 17 de septiembre de 2014.
- . Corte Constitucional, “Sentencia n.º 232-15-JP/21”. En *Caso 232-15-JP*. 21 de julio de 2021.

Francia “Fallo Terrier”. *SCRIBD*. Accedido 16 de agosto de 2022.
<https://es.scribd.com/doc/277604561/Fallo-Terrier>.

Documentos estatales foráneos

Alemania. *Constitución del Imperio (Reich) alemán*, 11 de agosto de 1919.

———. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, 23 de mayo de 1949.

Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*, 16 de marzo de 1949.

Bolivia. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Gaceta Oficial, 7 de febrero de 2009.

Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 114, 20 de julio de 1991.

———. *Reformas constitucionales de 1936*. Diario Oficial 23.263, 22 de agosto de 1936.

España. *Constitución de la República Española*, 9 de diciembre de 1931.

Francia. *Constitución de la Cuarta República Francesa*, 27 de octubre de 1946.

Italia. *Constitución de la República italiana*, 21 de diciembre de 1947.

México. *Constitución del Estado de Querétaro*, 5 de febrero de 1917.

Perú. *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial, 30 de diciembre de 1993.

Instrumentos internacionales

Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), de 1969.

Carta Andina para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, de 26 de julio de 2002.

Tratado de Lisboa, C306/12 ES Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de diciembre de 2007.

Páginas web

Ecuador Agencia de Regulación y Control del Agua. “Brenchmarking de prestadores públicos de los servicios de agua potable y saneamiento en el Ecuador”. *ARCA*. Accedido 5 de enero de 2024. https://www.regulacionagua.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/12/Boletin-Estadistico-APS_dic21_v02.pdf/.