



Ramón Huapaya Tapia^(*)

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano^{(**)(***)}

Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law

“Todos los conceptos en que se condensa semióticamente un proceso entero escapan a la definición: sólo es definible aquello que no tiene historia”
Friedrich Nietzsche
Genealogía de la Moral

“La creciente intervención del Estado en la economía no conlleva el carácter automáticamente público de esta actuación. La Administración abdica así su papel de Midas y no transforma, de suyo, en Derecho administrativo toda actividad suya en la Economía”
José Luis Villar Palasí
La intervención administrativa en la Industria. Tomo Primero.

-
- (*) Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Egresado de la Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo en la PUCP. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Pacífico. Profesor de Seminario de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesionalmente ejerce como Asociado Senior del área de Derecho Administrativo de Rodrigo, Elías & Medrano. Naturalmente, lo que se sostiene en este trabajo es una visión estrictamente personal y a título académico, y no compromete ni adelante la posición de las entidades y/o de la firma profesional a la cual el autor presta sus servicios.
- (**) A la memoria de don Oscar Francisco Osoreo Miranda, hombre bueno y ejemplar, con estos versos de Jorge Manrique:
*“Así, con tal entender,
todos sentidos humanos
conservados,
cercado de su mujer
y de sus hijos e hermanos
e criados,
dio el alma a quien gela dio
(el cual la ponga en el cielo
en su gloria),
que aunque la vida perdió,
dexónos harto consuelo
su memoria”.*
- (***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 31 de agosto de 2015 y aprobada su publicación el 2 de setiembre del mismo año.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

Resumen: El autor propone una revisión de las diferentes experiencias relativas a los servicios públicos de contenido económico, tanto a nivel nacional como internacional, para luego analizar su concepto y régimen jurídico en el ordenamiento nacional. Para ello, pasa revista a la literatura más reciente sobre la materia, las bases constitucionales y la jurisprudencia más relevante, para así ofrecer su concepto de Estado/Administración garante, vinculado al rol y concepto del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano.

Palabras claves: Servicio Público - Principio de Subsidiariedad - Derecho Administrativo Económico - Regulación Económica - Estado Regulador - Estado Garante

Abstract: The author proposes a review of the different experiences relating to public services of economic content, both nationally and internationally, and then he analyze its concept and legal framework in national law. To this end, he reviews the recent literature on the subject, the constitutional basis and the relevant case law in order to offer his concept of Guarantor State, linked to the role and concept of public service in the peruvian legal system.

Keywords: Public Service - Subsidiarity Principle - Economic Administrative Law - Economic Regulation - Regulatory State - State Guarantor

1. IUS ET VERITAS y sus 50 primeros números

Resulta un honor haber sido invitado a celebrar y participar en el número 50 de IUS ET VERITAS, una de las principales instituciones académicas de la Facultad de Derecho de la PUCP, a cuyo claustro me honro en pertenecer.

Recuerdo especialmente que cuando era estudiante de Derecho, la revisión de las publicaciones de la Facultad de Derecho de la PUCP despertaba el interés de estudiantes de otras facultades, sobre todo por su calidad y los interesantes artículos jurídicos contenidos en ellas. Recuerdo que una vez llegó a mis manos el primer número de aniversario de IEV (el número 10), un grueso tomo verde, con artículos de destacados juristas, que conmemoraban el aniversario de esta joven revista.

Hoy día, varios años después es un orgullo comprobar que la calidad inicial de IUS ET VERITAS no sólo no se ha perdido con

EL SERVICIO PÚBLICO PARA EL PERÚ
ES UNA NOCIÓN CONSTITUCIONAL
Y POR TANTO, ILUMINA NUESTRO
ORDENAMIENTO, Y ADEMÁS ES
UNA IDEA-FUERZA CON UNA GRAN
CARGA POLÍTICA: POR MEDIO DE
LA CREACIÓN Y MANTENIMIENTO
DE SERVICIOS PÚBLICOS EL
ESTADO SE LEGITIMA, Y CUMPLE
CON SU FINALIDAD ESENCIAL DE
GARANTIZAR EL BIENESTAR DE LA
POBLACIÓN

el tiempo, sino que ha sabido ser incrementada, y además mejorada y perfeccionada con el tiempo. La tradición ahora se convierte en modernidad permanente, y el producto estrella de la Asociación se ha convertido en una revista indizada, y asimismo continúa con la tradición de publicar trabajos dirigidos a convertirse en referentes para las diversas ramas del derecho nacional.

En tal sentido, me sumo a estas celebraciones, ofreciendo la elaboración y corrección de unas notas sobre el servicio público económico, concepto caro y central en el derecho administrativo económico, cuyo análisis, fruto de reflexiones de mucho tiempo, ofrezco para este número especial de IEV. ¡Larga vida!

2. Introducción: El servicio público en el derecho administrativo. Un perpetuo devenir.

El servicio público, una de las instituciones más inasibles del derecho administrativo,



Ramón Huapaya Tapia

sobre la cual han corrido y correrán ríos de tinta en el derecho administrativo⁽¹⁾. Ha sido la musa de varios autores relevantes en el derecho público mundial como León Duguit⁽²⁾ o Gaspar Ariño⁽³⁾ por ejemplo, y también sorprende que autores tan relevantes para la ciencia del derecho administrativo económico como Sebastián Martín Retortillo nunca le dedicara un artículo o trabajo monográfico específico⁽⁴⁾.

Por ello, una cuestión que siempre ha circundado a la doctrina en las experiencias comparadas que adoptan el sistema del *droit administratif*, es la relativa a la conceptualización del servicio público. Sobre todo si es que clásicamente se entiende que la idea del servicio público refleja el contenido de una actividad prestacional del Estado, es decir, una

porción de la actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones obligatorias a favor de la ciudadanía, circunstancia que lo vuelve un concepto lábil, difuso y poco posible de ser conceptualizado unitariamente⁽⁵⁾. Por eso, el genio español José Luis Villar Palasí decía que “Como el *Matías Pascal* de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público”⁽⁶⁾.

Tomando la base de un trabajo anterior, que ha sido complementado, reelaborado y ampliado para esta ocasión especial para IUS ET

- (1) El presente trabajo es una re-elaboración y re-construcción, así como una completa revisión, ampliación, añadido de citas, y corrección de un trabajo anterior del autor titulado “Notas sobre el concepto del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. en *Derecho & Sociedad* 36. (Lima, 2011); 93-102, y posteriormente republicado con adiciones en Ramón Huapaya Tapia, *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. 2° ed. (Lima: ARA, 2013). Sin embargo, esta versión, actualizada y remozada por completo se ofrece a este número especial de IUS ET VERITAS, a fin de saldar de mucha mejor manera una deuda pendiente con el servicio público económico en el derecho administrativo peruano, mediante las líneas que siguen.
- (2) El maestro francés del derecho público escogió al servicio público como la piedra angular de su sistema de derecho constitucional y administrativo, habiéndolo recogido tanto en sus obras de derecho constitucional (El *Tratado de Derecho Constitucional* de 5 tomos, editado en francés, así como en su *Manual de Derecho Constitucional* traducido al español en 1926), así como en su capital obra sobre *Las transformaciones del derecho público y privado*, publicada originalmente por separado y editada en forma conjunta por Comares, Granada, 2007, recientemente recordada por el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz. Sobre *las Transformaciones del Derecho Público* de León Duguit, en: *RAP* 190. (Enero-abril, 2013); 61-100.
- (3) Desde “El *Servicio Público como alternativa*” publicado en la *REDA* 23 del año 1979, hasta sus recientes *Lecturas escogidas sobre regulación económica* (Aranzadi–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, en coautoría con Juan Miguel de la Cuétara e Iñigo del Guayo) así como sus *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. (Madrid: Iustel - Fundación de Estudios de Regulación, 2011), pasando por el *Principios de Derecho Público Económico* [tres ediciones, edición peruana, (ARA, 2004)], y los magníficos *El nuevo servicio público* [en coautoría con José Luis Martínez López Muñoz y Juan Miguel de la Cuétara (Madrid: Marcial Pons, 1997)] y *Economía y Estado* (edición española, [Madrid: Marcial Pons, 1993] y edición argentina, [Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994], este autor español ha sido quien más se ha dedicado en vida y obra en Iberoamérica a estudiar el servicio público, su régimen jurídico y sobre todo, su permanencia, bajo el concepto del “Nuevo Servicio Público”.
- (4) Si se compulsa el libro medular de la obra de este jurista español, el volumen I de su *Derecho Administrativo Económico*, (Madrid: La Ley, 1988), no veremos un capítulo específico dedicado al servicio público, sino alusiones generales, en epígrafes específicos, por ejemplo en el capítulo relativo a la libertad de empresa y en el otro relativo a la empresa pública. La razón de ello es que el profesor Martín Retortillo estimaba que la teoría del servicio público debía de abordarse desde la parte especial, desde la regulación específica de cada servicio público, labor que efectuó con sus discípulos mientras fue Catedrático de la Universidad de Barcelona entre los años setenta y ochenta del siglo pasado. Basta para ello consultar las tesis de Javier Salas (sobre el servicio público de la electricidad), Joaquín Tornos (sobre tarifas de servicios públicos), o Luis Cosculluela (sobre los puertos), entre otros trabajos dirigidos por dicho Maestro, para verificar dicho aserto.
- (5) El querido profesor brasileño Alexandre Santos de Aragao, por ello, distingue entre un concepto amplísimo, amplio, restricto y restrictísimo del servicio público. Véase *Curso de Direito Administrativo*, 1° ed., (Río de Janeiro: GEN, 2012), 360-364.
- (6) *Cófer* José Luis Villar Palasí, Prólogo a José Luis Meilán Gil, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, *Instituto de Estudios Administrativos*, (Madrid, 1968), XVI.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

VERITAS, nuestra intención es ofrecer nuestras ideas sobre dicha institución, una de las piedras angulares del derecho administrativo, partiendo desde el concepto clásico que lo identifica con la actividad prestacional administrativa, de cariz europeo, hasta el modelo actual que desde una influencia más liberal - económica, propone una noción objetiva del servicio público, el cual se basa ya no en la titularidad estatal del servicio público (la famosa *publicatio*⁽⁷⁾, concepto acuñado por Villar Palasí), sino en su conceptualización del mismo como un *régimen jurídico aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de especial interés general, sujetas a la libertad de empresa, pero también a la intervención regulatoria del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio.*

En esta noción objetiva se prescinde de los conceptos de titularidad estatal y *publicatio* del servicio público, para pasar a un modelo sustentado en una intervención ordenadora y reguladora del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio, a fin de garantizar que éstos se presten de manera eficiente, cumpliéndose los principios propios de la prestación de los servicios públicos⁽⁸⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que asumir una idea objetiva del servicio público no nos puede alejar de la enorme carga semántica y el peso de su historia en el derecho administrativo. El servicio público para el Perú es una noción constitucional y por tanto, ilumina nuestro ordenamiento, y además es una idea-fuerza con una gran carga política: por medio de la creación y mantenimiento de servicios públicos el Estado se legitima, y cumple con su finalidad esencial de garantizar el bienestar de la población, como lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, norma que señala que uno de los deberes primordiales del Estado es “promover el bienestar

general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. De hecho, mediante el servicio público se realizan los fines de satisfacción de dicho bienestar general sin tener que recurrir a la denostada empresa pública o la propiedad pública de bienes y servicios: *el servicio público es una alternativa⁽⁹⁾ frente a la propiedad pública de bienes y activos, y que facilita la innovación y el trasvase de técnica y especialización desde el sector privado al público, mediante la prestación privada de tales servicios.* Como lo diría Gaspar Ariño, la técnica del servicio público concedido a los particulares, permite utilizar medios privados para obtener fines públicos.

Dicho lo anterior, una tarea primordial de este trabajo será entonces hacer calzar por ejemplo nociones en apariencia antitéticas, como lo son el famoso principio de subsidiariedad económica del Estado contenido en el artículo 60 de la Constitución Política del Estado, con respecto al deber de promover el bienestar general de la población (artículo 44 de la Constitución), de otro lado, la fuerza finalística de los deberes prestacionales del Estado reconocidos en la Constitución (tanto en la parte relativa a los derechos sociales, como en las partes en que la propia Constitución alude a los servicios públicos, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 58), y asimismo, las nuevas ideas que vienen desde el derecho alemán que distinguen entre la Administración prestacional y la Administración de garantía⁽¹⁰⁾.

(7) Para el esclarecimiento de esta noción es obligatorio revisar lo escrito por el profesor José Luis Martínez López Muñoz, “La *publicatio* de recursos y servicios”, en: Luis Cosculluela Montaner (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (Madrid: Civitas, 2003): 687-718.

(8) Tal como lo hace actualmente José Carlos Laguna de Paz en su magna obra *Servicios de Interés Económico General* (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2009).

(9) Frase extraída del seminal artículo de Gaspar Ariño: “El servicio público como alternativa”, en: *REDA 23* (Madrid, 1979). Un resumen del mismo en: Gaspar Ariño. *La Empresa Pública*, en: Fernando Garrido Falla (Coord.): *El modelo económico en la Constitución española*, Vol. II, (Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981), 11-231. Para la idea del servicio público como alternativa a la empresa pública, véanse 110-126.

(10) Sobre esto último, Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo. Parte General*, Traducción española de la 17ª ed. alemana, coordinada por Gabriel Domenech (Madrid: Marcial Pons, 2011), 52 y 53. Recientemente, José Esteve Pardo, *La Administración Garante. Una aproximación*, en: *RAP 197*, (Mayo-agosto 2015), 11-39.



Ramón Huapaya Tapia

En suma, queremos ofrecer una clasificación nueva de las actividades prestacionales del Estado bajo la lógica y la impronta del servicio público, vinculándola a las nuevas ideas relativas a la ordenación jurídica de las tareas del Estado con respecto a las actividades y libertades económicas y el mercado, sin perder de vista la fuerza que este concepto tiene y *debe tener* en nuestro derecho público. Es decir, hacer calzar las ideas de Estado subsidiario, Estado prestador, Estado garante y Estado social, bajo la articulación del servicio público.

Adicionalmente, la tarea de la reconstrucción de una noción objetiva del servicio público es necesaria para entender que este concepto es mucho más que “actividades sujetas a regulación económica por presentar fallas de mercado consistentes en situaciones de monopolio natural o de mercados faltos de libre competencia”, visión errada, estrecha, que peca de economicista y “pan-regulatoria”, que pierde de vista la naturaleza jurídica del fenómeno, y la necesidad de interpretar a las instituciones del servicio público y de la regulación desde bases jurídicas, desde la comprensión jurídica de los fenómenos

técnicos y económicos que subyacen sobre las mismas⁽¹¹⁾.

En tal sentido, el concepto de servicio público es distinto al de “actividad administrativa de regulación económica”, aún cuando es claro que esta última incide y despliega su campo de acción fundamentalmente sobre las actividades económicas que el legislador ha declarado expresamente como sujetas al régimen jurídico de los servicios públicos⁽¹²⁾.

Lo que sucede, y hasta ahora no se entiende en nuestro medio, es que el propio concepto de servicio público refleja un contenido finalista, de garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad, algo que se desprende ciertamente desde los artículos 44⁽¹³⁾, 119⁽¹⁴⁾,

- (11) Esto es algo en lo cual la doctrina más especializada viene insistiendo. Confróntese una de las visiones más completas, en español, en la actualidad sobre el tema de la regulación y el Derecho, el libro de Andrés Betancor: *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, (Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 2010), especialmente 24 y siguientes. Asimismo, ni siquiera los autores más modernos del derecho público actual prescinden de la idea del servicio público y su contenido conceptual. Por el contrario, permanece. Véase por ejemplo: Santiago Muñoz Machado, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, directores, *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo 1, *Fundamentos e instituciones de la Regulación* (Madrid: Iustel, 2009), 64-68; José Esteve Pardo: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tercera edición. (Madrid: Marcial Pons, 2013). Particularmente, véanse la Lección XXI – La actividad administrativa de prestación y de servicio público y la Lección XXII – La actividad de regulación de los servicios de interés general. Y, José Carlos Laguna de Paz, *Servicios de interés económico general*, (Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2009), *in totum*.
- (12) Sobre el tema, especialmente, Santiago Muñoz Machado: “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo IV. *La actividad administrativa*. (Madrid: Iustel, 2011), 562-648. Asimismo, Alberto Bianchi, *La regulación económica*. Tomo I. (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001).
- (13) Constitución Política del Estado:
“Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
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”.
- (14) Constitución Política del Estado:
“Artículo 119.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”.
- (15) Constitución Política del Estado:
“Artículo 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”.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

58 segundo párrafo⁽¹⁵⁾ y 195 numeral 5)⁽¹⁶⁾ de la Constitución de 1993, normas que establecen respectivamente el deber general del Estado de promover el bienestar general de la Nación, el deber del Consejo de Ministros de dirigir y gestionar los servicios públicos, el deber estatal de actuar, en el marco de una economía social de mercado, sobre los servicios públicos y finalmente, hacerse responsable, en el ámbito local, de estos servicios públicos de dicho alcance. Por tanto, si el concepto de regulación proviene de la economía y ciencias sociales, el concepto de servicio público es un concepto jurídico, que es definido desde el derecho administrativo⁽¹⁷⁾, conforme lo señalamos en estas notas que esbozamos a continuación.

Asimismo, la noción que manejaremos de servicio público se debe inscribir dentro de los nuevos conceptos de Estado subsidiario (que propone la Constitución de 1993) y el de Estado garante, que propone la actual doctrina del derecho administrativo⁽¹⁸⁾. Naturalmente, el proceso actual en el que nos encontramos como sociedad y sistema económico, hace que el Estado realice una actividad subsidiaria en lo que respecta a la prestación de los servicios públicos, es decir, que no realiza una actividad prestacional en forma directa. Sin embargo, la vigencia del Estado subsidiario no significa una desaparición de la actividad estatal en los servicios públicos, sino que ésta se transforma, pasa a enfocarse en tres aspectos: en la regulación y ordenación de la prestación del servicio (Estado regulador), en la garantía de los intereses públicos en la prestación privada de tales servicios (Estado garante) y en la obtención de objetivos de bienestar general, cohesión social y calidad en la prestación de tales servicios

(Estado social). Como diría Drexler, en el derecho administrativo, “nada se pierde, todo se transforma”⁽¹⁹⁾.

De tal manera, que aun estando la prestación en mano privada, los servicios públicos continúan siendo responsabilidad, garantía y fin a cargo del Estado regulador, garante y social de Derecho, que es el que tenemos en nuestro país, a resultas de nuestra Constitución y de la vigencia del principio de subsidiariedad.

Con todo, resulta trascendental estudiar los vínculos del modelo de Estado que tenemos, y sus vinculaciones constitucionales y legales con la institución administrativa del servicio público, a fin de hacer las necesarias vinculaciones con los ordenamientos legales sectoriales que fijan las reglas jurídicas para la prestación de esta clase de servicios.

Hay que hacer una salvedad previa, cual es que en el grueso de este trabajo nos referiremos a las tendencias actuales que existen sobre los “grandes” servicios públicos nacionales o de competencia nacional. El tema del servicio público local lo tocaremos en un aparte, porque ahí sí por ejemplo, se mantendría una visión subjetiva del servicio público, distingo sobre el cual volveremos en este mismo trabajo.

(16) Constitución Política del Estado:

“Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad(...).”

(17) Algo en lo cual ya hemos incidido en un trabajo anterior: Ramón Huapaya Tapia, “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la ‘Regulación’”, IUS ET VERITAS 40 (2010): 302-344. Diario *El Derecho* (Argentina), 13 de septiembre de 2010, 1-14.

(18) José Esteve Pardo, “La Administración Garante. Una aproximación”, *RAP* 197 (Mayo-agosto 2015): 11-39. Este nuevo proceso es descrito también por Dolors Canals I Ametller, “Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de comunicaciones electrónicas”, *REDA* 158 (Abril-Junio 2013): 127-155.

(19) Jorge Drexler, “Todo se transforma”, *Eco* (2004).



Ramón Huapaya Tapia

3. La noción clásica del derecho administrativo francés sobre el servicio público

En la teoría general del derecho administrativo, derecho de notoria inspiración francesa⁽²⁰⁾, se ha afirmado que, al margen de ejercer un rol coactivo u ordenador (policía), así como un régimen de estímulo (fomento), el Estado designa con el nombre de actividad de servicio público un rol o función prestacional, garantizando mediante su imperio un sistema de prestaciones dirigidas a la colectividad, a fin de satisfacer necesidades esenciales para la vida en común⁽²¹⁾.

El instituto jurídico del derecho administrativo que se ideó para garantizar este rol prestacional del Estado fue el servicio público, como un título de intervención administrativa en las actividades económicas que se revelaron necesarias para garantizar la idea de un sistema de prestaciones a cargo o de responsabilidad del Estado, bajo la lógica del *service public* en Francia⁽²²⁾ (sistema por cierto, no extraño a otras latitudes europeas, como lo confirma la existencia del sistema de la *daseinsvorsorge* o “procura existencial” alemana, concepto elucubrado a partir de la obra de Ernst Forsthoff y que a diferencia del *service public* francés, se centró en la necesidad de afirmar el rol prestacional del Estado como una tarea consustancial a éste)⁽²³⁾.

Así, el servicio público, concepto de notoria hechura francesa, en su acepción clásica, constituye una técnica administrativa dirigida a establecer mediante ley un rol prestacional del Estado, que asume la responsabilidad de la organización, establecimiento y gestión de la prestación de varias actividades económicas esenciales para la vida en sociedad, que se consideran, en su acepción

clásica, como de titularidad del Estado, bajo un sistema de reserva prestacional a favor del mismo. Esta definición es la que, palabras más, palabras menos, señaló en su día Duguit, quien definió al servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y, porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”⁽²⁴⁾.

Así, se ha dicho que cuando se habla de servicio público, se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, y por tanto la institución del servicio público permite mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico - social de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio y sujetas a reglas preestablecidas⁽²⁵⁾. De esta manera, la doctrina francesa construyó una suerte de caracteres o principios del servicio público, denominados como las “leyes de prestación” del servicio público o “*les lois de Rolland*”, destacado profesor francés, seguidor de Leon Duguit, integrante de la “Escuela de Burdeos”, entre los cuales están la obligatoriedad, la continuidad, la universalidad, la cláusula de progreso tecnológico, la igualdad y la regularidad.

(20) Sobre el tema, es bueno volver a un magnífico y reciente libro de Sabino Cassese, *Derecho administrativo, Historia y futuro* (Madrid: INAP - Global Law Press, 2014), 460.

(21) Prosper Weil, *Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 1986), 66 y 67.

(22) Jaime Rodríguez Arana, “Sobre las Transformaciones del Derecho Público de León Duguit”, *RAP* 190 (Enero-Abril 2013): 61-100.

(23) Sobre el tema y dicho proceso de transformación, Prosper Weil, *El derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 1986), 49-51. Asimismo, recientemente, puede verse: Martín Bullinger, “El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”, *RAP* 166 (Enero-Abril 2005): 29-49.

(24) Leon Duguit, *Manual de Derecho Constitucional*, 73. Citado por Miguel Ángel Sendin García, *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, (Granada: Comares, 2003), 36 y 37.

(25) Esto es un resumen de las construcciones teóricas francesas sobre el servicio público, hecho por Ariño [*Economía y Estado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994)] que son variadas, dispares y enfrentadas. Buenos resúmenes de las teorías francesas clásicas en: Miguel Ángel Sendin García, *Hacia un servicio público europeo: el nuevo Derecho de los servicios públicos*, 27-86; también, Diego Zegarra Valdivia, *El servicio público. Fundamentos* (Lima: Palestra, 2005), 27-125.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

Es Gaspar Ariño, quien mezclando las ideas clásicas del servicio público “a la francesa”, así como las concepciones de diferentes doctrinarios españoles, ha desarrollado un así llamado “concepto clásico” del servicio público. Este es el “servicio público” original, el que se construye bajo la influencia de las ideas originales de Duguít y que concibe al mismo como una responsabilidad directa del Estado, como una “actividad administrativa prestacional”⁽²⁶⁾.

Bajo el *concepto clásico* y técnico del “servicio público a la francesa”, se han señalado las siguientes características básicas:

- El servicio público es una actividad administrativa prestacional de *titularidad estatal*. Implica siempre una limitación o sacrificio de la libertad de empresa: el Estado asume la potestad de ejercer la actividad económica, o de entregarla en concesión a particulares. Nace la idea de la denominada *publicatio* como reserva prestacional al Estado de la actividad calificada como servicio público⁽²⁷⁾.
- En la visión clásica, se señala que la *gestión* del servicio público puede ser pública o privada (esta última excepcionalmente). Pero esencialmente se asume que el Estado debe ser prestador, a través de empresas o establecimientos públicos, aprovechando para ello su reserva prestacional o *publicatio*.
- El Estado somete la gestión del servicio a sus propias normas, al Derecho Público.
- Pese a la idea de la concesión (surgida en el siglo XIX) el servicio público se construye sobre la idea del monopolio estatal sobre la dirección y prestación del servicio, contenido vinculado también a la *reserva prestacional* a favor del Estado.

La doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen

jurídico de la actividad tipificada como tal, las denominadas “leyes de Rolland”⁽²⁸⁾:

- Continuidad: El servicio debe prestarse ininterrumpidamente, cada vez que sea requerido por el usuario, ya que satisface una necesidad esencial.
- Regularidad: El servicio debe prestarse en condiciones de calidad, de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen.
- Igualdad: El servicio debe prestarse en forma igual para todos, sin discriminar entre usuarios (salvo para agruparlos y ofrecerles condiciones comerciales o tarifas sociales - discriminación positiva).
- Universalidad: El servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas y debe cubrir todo el ámbito geográfico de la concesión.
- Progresividad: El servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible

En esa perspectiva, conviene señalar que la doctrina clásica del Derecho Administrativo formuló una distinción interesante, que a mi criterio tiene validez hasta hoy, que diferencia entre:

- a) Servicio Público en sentido *subjetivo*: Este sector doctrinal entiende que el servicio público es una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa.

(26) Gaspar Ariño, *Economía y Estado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993), 331-440.

(27) Concepto acuñado originalmente por José Luis Villar Palasi, *La intervención administrativa en la industria*, Tomo I (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964), 127-136; y recogido por José Luis Martínez López Muñiz, “La publicación de recursos y servicios” en: Luis Cosculluela Montaner, coord., *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Sebastián Martín-Retortillo*. (Madrid: Civitas, 2003), 687-718.

(28) *Cónfer* Egon Bockmann Moreira, *Direito das concessões de serviço publico. Inteligencia da lei 8.987/1995 (Parte geral)* (Sao Paulo: SBDP-Malheiros, 2010), 239-274.



Ramón Huapaya Tapia

- b) Servicio Público en sentido *objetivo*: Se entiende que el servicio público es el régimen jurídico de una actividad económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial.

En esta línea, la conceptualización jurídica originaria del “servicio público” o *service public*, fue básicamente una de tipo *subjetiva*, y proviene precisamente de la experiencia jurídica francesa, particularmente de las ideas de desarrollo teórico trazadas por el profesor francés León Duguit, brillante autor de derecho constitucional y administrativo, líder de lo que se denominó en su momento la “Escuela de Burdeos”, contradicha por la “Escuela de Toulouse” o de la *puissance publique*, encabezada por el destacado profesor Maurice Hauriou (posteriormente con sus notables discípulos entre los cuales se cuenta a los profesores Jean Rivero y Georges Vedel), también administrativista y notable teórico del derecho administrativo.

En un primer momento, Duguit y sus seguidores (destacando entre estos tanto Gastón Jéze, quien tal vez fue el que mejor teorizó el concepto de servicio público como el *criterio que define* el derecho administrativo, así como Roger Bonnard y Louis Rolland) identificaron al servicio público con la entera actividad administrativa, bajo la idea de que el Estado es una gran *cooperativa de servicios públicos*, dado que el eje del desarrollo del Estado era asegurar la convivencia social mediante un sistema de cooperación y de prestaciones, en torno a los servicios públicos impuestos por el Estado. Por influencia de dicha postura, en el derecho y la jurisprudencia francesas se concibió la ecuación amplísima de identificar *servicio público con la totalidad de la acción estatal*, vale decir con el concepto jurídico de función administrativa⁽²⁹⁾. Por otro lado, también cabe mencionar que el criterio del servicio público, alineado en la concepción amplísima teorizada por Duguit, sirvió también, en paralelo, como un concepto jurídico empleado para delimitar los procesos entre la jurisdicción administrativa (institución típicamente francesa, con tribunales ordinarios para los casos de derecho administrativo, con su máximo tribunal, el

Consejo de Estado) y la jurisdicción ordinaria (las cortes de derecho común, encabezadas por la Corte de Casación civil), como ocurrió en el caso “Blanco” (año 1873, decisión del Tribunal de Conflictos francés), muchas veces citado en forma equivocada como el “origen” del concepto jurídico del servicio público como actividad prestacional, cosa errada porque ya a fines del siglo XIX, se empleaba en Francia esa noción amplísima de servicio público que lo identificaba con la función administrativa, y, en la línea de Duguit - y Jéze -, la existencia de un servicio público era el *criterio* del derecho administrativo.

De esta forma, en el *arret Blanco* lo que se decidió fue que la controversia jurídica respecto de la responsabilidad derivada de un daño producido por una camioneta del estanco de tabaco francés, debería ser conocido por los tribunales administrativos, en la medida que se trataba de un daño producido por un agente del *servicio público* de los tabacos (rectius: por un agente estatal o parte del Estado). En tal sentido, muchas veces se suele sobresimplificar la cuestión del caso Blanco y pretender que *ahí nace* el concepto del servicio público, cuando *en realidad, su conceptualización ha estado ligada en la historia del derecho administrativo a la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad, sobre todo en lo que respecta a la necesidad de afirmar una institución del derecho administrativo dirigida a ampliar el espectro de la actuación del Estado más allá de las meras labores de gendarme o policía, mediante la asunción de roles prestación de los servicios esenciales o básicos, a cargo del Estado y dirigidos a cubrir las necesidades básicas de la población*⁽³⁰⁾.

(29) Nótese la influencia de dicha idea en el texto del artículo 119 de la Constitución Política de 1993: “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”.

(30) Para mayores referencias, Martin Bullinguer, “El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”; y también Elisenda Malaret, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP* 145 (Enero-Abril 1998): 49-87.

Posteriormente, dentro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial vinculada a su desarrollo, cabe anotar que el concepto de servicio público en Francia, ha sufrido varias crisis, debido a la inexactitud de sus alcances, y a la amplitud de sus contenidos (por ejemplo, mediante la formulación de la doctrina de “los servicios públicos impropios” o los “servicios públicos industriales o comerciales”, que fue desarrollada por el Consejo de Estado francés en casos como los arrets *le Soleil, des Vosgues* y *Bac d’Eloka*). Por ello se habló de crisis del servicio público (De Corail), y hasta inclusive de la “muerte del servicio público”⁽³¹⁾.

Sin embargo, con sus idas y venidas, con crisis evolutivas y períodos de cuestionamiento conceptual, en Francia se considera que el servicio público es parte innegable y fundamental de la cultura jurídico-administrativa, y ciertamente es una de las piedras fundamentales de la construcción del actual derecho administrativo francés⁽³²⁾. De la misma forma, conviene dejar en claro que el concepto clásico que identificaba al servicio público como actividad estatal (servicio público en sentido subjetivo) se ha sometido a una fuerte revisión, debido al influjo de la legislación comunitaria europea, y la aparición del concepto del “servicio de interés económico general”, aún cuando el concepto del *service public* permanece como básico y elemental para entender el derecho administrativo galo.

Con todo, la experiencia francesa sirve de reflejo de algo importante: pese a los embates de las ideas de desregulación, liberalización y apertura de los mercados, la institución del servicio público, pese a transformaciones y cambios, no ha cedido ni ha desaparecido: permanece, y sobre todo mantiene renovada utilidad en el sistema del derecho público económico.

4. La experiencia comunitaria europea

Por otro lado, cabe señalar que la experiencia jurídica comunitaria europea no ha tomado en estricto el concepto francés del servicio público, pese a la enorme influencia del derecho administrativo de dicho país en cuanto a la formación de la legislación comunitaria⁽³³⁾. Por el contrario, el ordenamiento europeo ha acuñado una categoría de conceptos presentes en la legislación y jurisprudencia comunitaria que sustituyen al viejo *servicio público*, pero que sin duda están inspirados en aquella idea⁽³⁴⁾:

- a) Los servicios de interés general, definidos como “las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público”.
- b) Los servicios de interés económico general, entendidas como aquellas “actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ellos sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público”. Se ha señalado que dicho concepto refleja aquellas actividades que conforman la infraestructura de las actividades económicas (energía,

(31) Proceso descrito en: Sendín García, *Hacia un servicio público europeo: el nuevo Derecho de los servicios públicos*, 71-86. También en: Luis Martín Rebollo, “De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *RAP* 100-102 (1983): 2471 y siguientes.

(32) Para muestra véase, Jacqueline Morand-Deville, *Curso de Derecho Administrativo*, Traducción de la 10ª ed. francesa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009). También Franck Moderne, *Principios generales del derecho público*, Traducción de Alejandro Vergara Blanco (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 201 y siguientes; así como Santiago Muñoz Machado, *Servicio Público y Mercado*, vol. 1, *Los Fundamentos* (Madrid: Civitas, 1998), 31-36.

(33) Proceso descrito en María Yolanda Fernández García, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina-INAP, 2003), 281-301.

(34) *Cónfer* José Luis Martínez López Muñoz, “Nuevo sistema conceptual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 3: 141-149. También, José Carlos Laguna de Paz, *Servicios de interés económico general* (Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2009).



Ramón Huapaya Tapia

telecomunicaciones, correos, transportes) esenciales para el desarrollo de la sociedad.

- c) El servicio universal: Es el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas del sector privado o público que presten servicios de interés general y de interés económico general, para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles. Así, el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la competencia (Carlón Ruiz⁽³⁵⁾).

Ahora bien, las actuales perspectivas del derecho comunitario respecto al servicio público⁽³⁶⁾, derivadas del profundo proceso de liberalización de las actividades económicas y de entrega al mercado de actividades económicas llevado a cabo en la Unión Europea, actualmente, les permite dividir, sobre la base de una profunda división entre Estado y Sociedad, entre servicios públicos de interés general (los clásicos “servicios públicos” de titularidad estatal) y los servicios regulados (los “servicios de interés económico general”⁽³⁷⁾, criterio divisorio, que distingue entre los servicios o actividades prestacionales de titularidad estatal (las “prestaciones públicas”) y los servicios entregados al mercado o al sector privado que son objeto de regulación pública.

Esta interesante división reviste especial interés, ya que permite identificar las radicales diferencias que existirán entre el régimen europeo y los latinoamericanos. En

Europa, la mayoría de poblaciones y países tienen infraestructuras y servicios públicos modernos y de calidad, motivo por el cual la prestación de tales servicios puede ser entregada al mercado sin problema alguno, sujeto a un sistema de regulación pública. Sin embargo, en nuestros países tendremos matices: no sería posible entregar totalmente al mercado la prestación de servicios públicos económicos en la medida que ni siquiera las tres cuartas partes (y en algunos ni siquiera la mitad) del país cuenta con tales servicios públicos e infraestructuras. La solución de apertura al mercado y la prestación privada ha servido muy bien en zonas y centros urbanos, pero la pregunta que permanece es qué hacer con las zonas rurales y los objetivos de servicio universal que pretende el Estado. Por tanto, una liberalización o apertura total a la competencia en nuestro país, sería viable siempre y cuando tengamos una cobertura total de servicios públicos en nuestro país, cosa que todavía no ocurre.

Reservemos estas ideas, para la parte en la cual volveremos sobre el concepto de servicio público en el ordenamiento peruano, así como la clasificación de actividades que haremos sobre los mismos, especialmente para los servicios públicos económicos.

(35) Matilde Carlón Ruiz, *El servicio universal de telecomunicaciones* (Madrid: Thomson-Civitas, 2007).

(36) Excelentes resúmenes de este proceso reciente en Daniel Sarmiento, “La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, (directores), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación* (Madrid: Ediciones Iustel, 2009), 245-291; Luis María Díez-Picazo, “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, (directores), *Derecho de la Regulación Económica*, vol. 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, 409-424; y, Dolores Canals I Amettler, “Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de las comunicaciones electrónicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 158 (Abril-Junio 2013): 127-155. En sede nacional, José Luis Bartolomé Navarro, “El planteamiento de los ‘servicios públicos’ como ‘servicios de interés general’ en la Unión Europea”, en Orlando Vignolo, (coord.), *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 303-356.

(37) Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo 2, 3ª ed. (Madrid: Iustel, 2015), 334-336.

5. La influencia del concepto norteamericano de las “*public utilities*” sobre el del servicio público. Algunos apuntes

Las ideas europeas sobre el servicio público y los “servicios de interés económico general” han ido en un proceso de franca evolución, desde la primera recepción de las ideas francesas, y el influjo de ideas de otras tradiciones (como la alemana y el concepto de *daseinsvorsorge*), hasta el “descubrimiento” de la competencia y la influencia abiertamente norteamericana de las ideas de la regulación, que se ve reflejado en la legislación comunitaria de desregulación y liberalización de los servicios de interés económico general propiciada desde los años 90 del siglo pasado hasta la fecha⁽³⁸⁾.

Cabe mencionar que cruzando el Atlántico, en los EEUU nunca se adoptó un “concepto” o “noción” del servicio público. Tampoco se adoptaron conceptos como la “publicatio” o la “titularidad” del Estado, dado que históricamente, la tradición jurídica norteamericana concibió una amplia libertad de los particulares para establecer todo tipo de negocios, en función de su capacidad de inventiva, con lo cual, en el siglo XIX imperaba la idea de libertad en “búsqueda del bienestar y de la felicidad” como reza la Constitución de 1787⁽³⁹⁾.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, en los EEUU se estableció que ciertas actividades económicas, generalmente monopólicas, que prestaban servicios esenciales para la comunidad debían de ser “especialmente controladas” por el Estado, debido a su incidencia sobre el interés público o general.

Así, como un aporte de la jurisprudencia, a partir del famoso caso “*Munn versus Illinois*” (1876), se generó el concepto de la regulación de las actividades “afectadas a un interés público”, que luego, en la práctica y en la terminología legal se denominaron *public utilities*. La intervención del Estado sobre las denominadas *public utilities* (que siempre fueron actividades privadas) revistió siempre un carácter externo o “regulador”. En este escenario, las empresas y los prestadores de las *public utilities* siempre fueron privados, mientras que el Estado únicamente reguló ciertos aspectos relevantes (tarifas, acceso de terceros a las redes, abusos anticompetitivos, temas de acceso de usuarios)⁽⁴⁰⁾.

Es interesante comprobar respecto de este acápite que el aporte de la experiencia norteamericana es la inexistencia en su derecho administrativo, de conceptos como *reserva de actividades al sector público*, de *titularidad estatal de actividades económicas* o conceptos similares que permitan desconocer la participación privada en actividades económicas. Por el contrario, en el sistema norteamericano rigen criterios mucho más pragmáticos y menos principialistas que en el derecho europeo, dado que en dicha experiencia podemos apreciar que varios servicios públicos son manejados por municipios, por los propios estados federales

(38) Para la descripción de este proceso, véase entre otros: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, (directores), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación* (Madrid: Iustel, 2009). Asimismo, José Esteve Pardo, “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general” en Manuel Rebollo Puig, director, *La Regulación Económica. En especial, la Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* (Madrid: Iustel-Universidad de Córdoba, 2012), 37-63.

(39) *Cónfer* nuestro trabajo, Ramón Huapaya Tapia, “Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano”, *Revista de Derecho Administrativo* 5.

(40) Para una detallada descripción del proceso creativo de la Regulación en Norteamérica, véase: Alberto Bianchi, *La regulación económica*, Tomo 1 (Buenos Aires: Ábaco, 2002). Asimismo, José Esteve Pardo, “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, (directores), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación* (Madrid: Iustel, 2009), 293-347.



Ramón Huapaya Tapia

e inclusive por la Unión (como el servicio postal de los EEUU), mientras que junto a ellos se puede apreciar la existencia de abundantes empresas privadas en procesos competitivos donde sea posible.

Con todo, las mayores influencias de las experiencias norteamericanas de las *public utilities* viene de la comprobación y modelo de un sistema que separa prestación privada de servicios regulados por el Estado, que es el modelo que se va a aplicar en Europa a partir de los vientos de cambio de los 80 y que pasa a Latinoamérica a partir de 1990 en adelante. Dos son las ideas fundamentales: la idea de *regulación* como actividad estatal de control de actividades económicas privadas, y la idea de *public utility* más como régimen jurídico que como *actividad administrativa*. Estas ideas serán utilizadas como influencias y modelos de lo que se instaurará en nuestro país a partir de 1990 en adelante, y lo que dura hasta hoy.

6. La experiencia peruana actual: **el concepto objetivo y finalista de servicio público**

Bajo la influencia de los procesos de cambio ocurridos en la legislación nacional a partir de los años 90 en adelante, gracias a lo que se llama, privatización, liberalización y desregulación, el concepto clásico del servicio público entró en una etapa de cambio, al hilo del cambio acontecido en los marcos sectoriales y en la propia Constitución de 1993.

Cabe referir que en el Perú, la falta clamorosa de una doctrina y jurisprudencia especializada en el derecho administrativo en el siglo XIX e inicios del siglo XX, motivó que apenas se llegase a conocer la *idea* o la *noción* de servicio público, pero nunca se logró determinar un concepto jurídico del servicio público, al menos ni durante el último tercio del siglo XIX ni tampoco durante el primero del siglo XX. Esto ha sido documentado específicamente por el profesor Diego Zegarra⁽⁴¹⁾, quien señala que en el Perú nunca se desarrolló la teoría jurídica del servicio público como si se hizo y conceptualizó en otras experiencias latinoamericanas como en Argentina, Brasil o Colombia, situación de aporía que influyó sin duda sobre la legislación administrativa y los marcos normativos sectoriales

de la época, los cuales nunca desarrollaron cabalmente un concepto o uso normalizado del concepto del servicio público.

Sin embargo, posteriormente, la Constitución de 1979 y antes las reformas del gobierno militar de 1968-1980, utilizaron el concepto de servicio público para justificar la actividad empresarial del Estado (artículo 113 de la Constitución de 1979) así como para establecer reservas totales de actividades “estratégicas” para el Estado (así, en las telecomunicaciones, industria eléctrica, servicio de correos, servicios de transporte). En este contexto es donde se produce la crisis del modelo de Estado empresario peruano en la década de 1980, así como de todo el sistema de prestaciones públicas establecidas en derredor de él.

En tal sentido, luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste de estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992), se tomó en cuenta la necesidad de someter a revisión el régimen de las actividades donde el Estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada. Es así que se decide cambiar totalmente los principales marcos jurídicos de los servicios públicos reservados al Estado, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación fundamentados básicamente en la necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal.

Aquí es donde entra el modelo de cambio que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico la vigencia del principio de subsidiariedad económica o funcional⁽⁴²⁾. Ya antes de la

(41) Diego Zegarra, *El Servicio Público. Fundamentos* (Lima: Palestra, 2005). Prólogo de Juan José Díez Sánchez.

(42) Viejo principio, sobre el cual han escrito, Franck Moderne, *Principios Generales del Derecho Público* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 171-224; y, José Luis Martínez López Muñiz, “El Principio de Subsidiariedad”, en: Juan Alfonso

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

Constitución de 1993 (podemos citar por ejemplo, el Decreto Legislativo 757), encontramos la vigencia de este principio como rector de la política económica del país. Devastado por un estatismo que agobió el sistema económico a partir de las reservas al Estado de actividades económicas, monopolios legales y la pervivencia de abundantes empresas estatales, nuestro país optó por un viro total de las relaciones entre sociedad, economía y Estado, reformulando el mismo a partir del principio de subsidiariedad.

Si bien es cierto, excede las líneas de este trabajo hablar ampliamente del principio de subsidiariedad, lo cierto es que su vigencia, ha supuesto un cambio trascendental en el sistema de actividades económicas y la participación del Estado en el mismo. Aun cuando las formulaciones más radicales proponen que el principio de subsidiariedad signifique una abstención total del Estado respecto de las actividades económicas, lo cierto es que dicha versión no es la que caló finalmente en la Constitución de 1993.

Por el contrario, creemos que a partir de la viga maestra del principio de subsidiariedad recogido en los artículos 58 y 60 de la Constitución de 1993, podemos entender tres tipos o formas jurídicas que explican la posición y vigencia del Estado respecto de las actividades económicas:

- a) Estado Regulador; el que fija las reglas del sistema económico y el desarrollo de las actividades económicas.
- b) Estado Prestacional; el que asume como propias un sistema de prestaciones públicas dirigidas a garantizar prestaciones públicas y/o derechos prestacionales a favor de la población (por ejemplo, en salud, educación, seguridad social, actividades administrativas que se traduzcan en una prestación pública, etcétera).
- c) Estado Garante; el que, asumiendo que el mercado puede proveer semipúblicos, no permanece apartado de dicho proceso sino que lo impulsa y favorece. Si el mercado cubre tales necesidades, el Estado asume un proceso de

regulación y control del mismo, “haciendo que se preste”, vía los sistemas de concesiones, asociaciones público-privadas y en general de promoción de la inversión privada. En caso el mercado no cubra tales necesidades, pese a la promoción, deberá asumir como garante la satisfacción de tales necesidades, acudiendo a la creación de empresas públicas como solución de última ratio (por ejemplo, servicios públicos económicos, telecomunicaciones, gas natural, electricidad, saneamiento y agua, postales, entre otros).

De esta manera, todas las actividades económicas privadas se encuentran bajo el influjo del Estado regulador, mientras que en el caso de los servicios públicos deberemos hacer distinguos: en los servicios públicos sociales, el Estado asume el rol prestacional, aun cuando debe hacerse hincapié en que en tales servicios el Estado concurre con el sector privado en su satisfacción⁽⁴³⁾. De otro lado, en los servicios públicos económicos veremos al Estado Garante en su esplendor, propendiendo y propiciando hacia la prestación privada de los servicios públicos, motivando que la iniciativa privada se oriente a la inversión en los grandes servicios públicos económicos y obras de infraestructura. Claro está, en caso los esquemas de promoción de la inversión privada no resulten, siempre quedará por vía de la subsidiariedad, la posibilidad de crear una empresa pública, siempre como solución de *última ratio*, y sujeta a las reglas específicas restrictivas fijadas en el artículo 60 de la Constitución.

En tal sentido, bajo este esquema, y siempre hablando de los grandes servicios públicos

Santamaría Pastor, (director), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley-Wolters Kluwers, 2010), 1275-1310.

(43) Sobre esta interesante materia, punto de encuentro del derecho constitucional moderno y el derecho administrativo actual, véase, José María Rodríguez de Santiago, *La Administración del Estado social* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 199.



Ramón Huapaya Tapia

económicos, la participación del Estado en tales servicios no es ya la expresión de un rol prestacional, ni de una actividad administrativa económica reservada a éste, sino que se vislumbra como un concepto que parte del reconocimiento de que el Estado debe brindar un régimen jurídico para la regulación de ciertas actividades económicas (los servicios) esenciales para la vida en colectividad, y que además tengan especiales características económicas que aconsejen una intervención estatal correctiva sobre la materia, ideas que surgen de la interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 58 de la Constitución, cuando se señala que bajo el régimen de iniciativa privada libre en el marco de una economía social de mercado, el Estado cumple un rol de intervención sobre varias actividades, entre las cuales destacan los servicios públicos.

Ciertamente, hay que diferenciar este último concepto constitucional del servicio público (como título de intervención, que se asemeja mucho a lo establecido en el numeral 5) del artículo 195 de la Constitución que se refiere a la intervención del Estado en los servicios públicos locales), de la norma establecida en el artículo 119 de la Constitución, la cual no tiene nada que ver con el concepto estricto de servicio público, sino que por el contrario, emplea dicha expresión (ya lo hemos dicho, polisémica) en el sentido de *asuntos públicos* o *asuntos propios del Estado*.

Por tanto, ¿quién y cómo define qué es servicio público económico en nuestro ordenamiento jurídico? Es el legislador, el cual mediante una ley expresa, determinará la aplicación del régimen jurídico del servicio público a una actividad económica, fundamentando dicha decisión en la esencialidad de la misma, así como en la existencia de variables económicas y de mercado que aconsejan la intervención y control del Estado sobre dicha actividad.

Así lo reconoce la más calificada doctrina nacional, la cual señala lo siguiente:

a) El profesor Jorge Danós Ordóñez, señala que:

“La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) de carácter material que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que

debe tratarse de actividades materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) *en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del tribunal Constitucional.*

El carácter esencial es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos. Sólo pueden recibir esta calificación aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país.
(...)

En cuanto al segundo requisito, referido a la formalidad que debe adoptarse para la calificación de una actividad económica como servicio público, existe consenso en nuestro país de que se requiere una declaración por norma legal, condición que viene tácitamente impuesta por la necesidad de que sea el legislador quien determine el carácter esencial o no para la colectividad de una actividad, a la vez que establezca el régimen jurídico específico para cada tipo de servicio público.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que si bien nuestro ordenamiento jurídico “no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales” (servicios públicos), la determinación de qué actividades económicas califican dentro del mismo “resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular”, generando para el Estado una tarea especial de promoción y aseguramiento, lo que a su vez permite

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

apreciar “la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto” (Fundamento No. 37 STC 0034-2004-AI).

La necesidad de que la calificación de servicio público sea declarada por vía legal y la condición se trate de prestaciones esenciales para la colectividad, constituyen requisitos indispensables para que una actividad económica pueda ser caracterizada como servicio público. La carencia de cualquiera de estas notas tipificantes establecidas por la Constitución podría ser cuestionada mediante los mecanismos de control jurisdiccional de la supremacía constitucional (proceso de inconstitucionalidad, etcétera)⁽⁴⁴⁾.”

- b) Por su parte, el reconocido autor nacional Diego Zegarra, señala con claridad en su obra “El Servicio Público. Fundamentos”, que una actividad es considerada como servicio público, cuando el legislador la declara como tal. Así, señala dicho autor que:

“A propósito de que una actividad sea considerada servicio público, como se desprende de la legislación revisada, es el legislador peruano el que establece dicha calidad, dependiendo ello fundamentalmente del interés general, elemento este último cuyo carácter es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio”⁽⁴⁵⁾.

- c) Pero el referido autor nacional no es el único que refiere dicha opinión⁽⁴⁶⁾. Acompaña esta postura el autor nacional Víctor Baca Oneto, quien comparte el razonamiento del profesor español José Luis Martínez López Muñoz, cuando define al servicio público de la siguiente manera:

“En este sentido, suscribimos plenamente la definición propuesta por Martínez López Muñoz, para quien el servicio

público comprende “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”⁽⁴⁷⁾.

- d) De otro lado, el profesor Christian Guzmán Napuri, señala sobre el tema que,

“(…) Debe entenderse que la determinación de una actividad como un servicio público debe estar establecido mediante una Ley, dado que la misma expresa precisamente la decisión de la colectividad en su conjunto. Máxime si la calificación antedicha implica limitación a derechos fundamentales, en particular, libertad de empresa. El principio de legalidad garantiza que la regulación de los servicios públicos se realizará de manera permanente y no se someterá a avatares políticos”⁽⁴⁸⁾.

Tal como puede apreciarse, *la doctrina peruana más relevante que ha escrito sobre el tema, es unánime en establecer claramente que la definición de una actividad económica como servicio público depende del legislador, el cual en base a la “esencialidad” del servicio para la colectividad, lo declarará así como tal.* Con lo cual, no existen servicios públicos

(44) Jorge Danós Ordoñez, “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”, *Themis* 55, 258-259

(45) Diego Zegarra Valdivia, *El servicio público. Fundamentos* (Lima: Palestra, 2005), 351.

(46) Del mismo parecer es Orlando Vignolo Cueva, “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano”, en Orlando Vignolo Cueva, (coord.), *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 151, quien señala que la declaración de una actividad o sector económico como servicio público debe realizarse por una ley formal

(47) Víctor Baca Oneto, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”, en Orlando Vignolo Cueva, (coord.), *Teoría de los Servicios Públicos* (Lima: Grijley, 2009), 363, quien cita a José Luis Martínez López Muñoz, “El sector eléctrico en España”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* 4 (1991), 318 y 319.

(48) *Cónfer* Christian Guzmán Napuri, “Las teorías existentes sobre el servicio público”, *FORO JURIDICO* 1 (2002), 79.



Ramón Huapaya Tapia

“inherentes” o virtuales o “servicios públicos no declarados como tales por el legislador” en nuestro ordenamiento legal.

Sin perjuicio de la claridad de lo señalado por los autores nacionales citados, la gran mayoría de la mejor doctrina internacional a nivel comparado en el derecho administrativo reciente, *es unánime en señalar que para que una actividad económica sea considerada servicio público, debe ser declarada como tal por el legislador*. Basta con citar algunos ejemplos que transcribimos a continuación:

- a) En España, el catedrático español Gaspar Ariño Ortiz, señala lo siguiente⁽⁴⁹⁾:

“Se califican técnicamente como “servicios públicos” un conjunto de actividades que, a la vista de la evolución y circunstancias de la vida de la sociedad, han devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta se apoya necesariamente en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal. La determinación de cuáles sean en concreto estas actividades es una cuestión histórica y contingente, pero en cualquier caso la apreciación de cuando una necesidad se ha colectivizado y constituye una “necesidad pública indispensable” corresponde al Estado. Esta declaración formal de servicio público, por sus trascendentales efectos (que ya veremos), debe ser adoptada mediante *Ley formal* (del Parlamento), que declare servicio público un sector de actividad determinado”.

- b) Por su parte, el catedrático emérito de la Universidad de la Coruña, José Luis Meilán señala claramente que:

“Conviene retener, algo que es importante para la configuración actual del servicio público. *La reserva ha de hacerse por ley; o de otro modo la declaración formal del servicio público debe hacerse por ley*”⁽⁵⁰⁾.

- c) Adicionalmente, el catedrático José María Souviron señala que:

(49) Gaspar Ariño Ortiz, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender* (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007), 188.

(50) José Luis Meilán Gil, “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 9 (2005), 532.

(51) José María Souviron Morenilla, *La actividad de la Administración y el servicio público* (Granada: Comares, 1998), 196-197.

“*La declaración de reserva de un servicio al sector público queda atribuida exclusivamente al legislador cualquiera que sea el ente público beneficiario de la reserva*. Por eso los entes públicos sin potestad legislativa (por ejemplo, los entes locales) precisarán al efecto de una ley previa que atribuya esa reserva a su favor. *Por eso mismo ha de excluirse en todo caso el uso al efecto de la mera potestad reglamentaria*. Deberá efectuarse además a través de una expresa y específica declaración legal que contemple un tipo de servicio o servicios determinados y no una reserva en abstracto. Por ello mismo tampoco sería posible que, aun por ley, se efectúe una habilitación genérica al Ejecutivo para que éste establezca la eventual reserva al sector público de cualesquiera servicios o de servicios no determinados legalmente con carácter previo”⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, en Latinoamérica, conviene citar a calificados autores que han señalado expresamente que el servicio público es determinado por el legislador. Para una muestra significativa, cabe señalar lo que señalan los destacados catedráticos y publicistas argentinos Juan Carlos Cassagne y Alberto Bianchi.

- a) Señala el maestro Cassagne que:

“La concepción tradicional del servicio público ha debido evolucionar a fin de adaptarla a la cambiante realidad económica y social y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la competencia.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

Dicha evolución ha operado principalmente en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al ámbito o extensión de la propia categoría que ahora se restringe a las actividades llevadas a cabo mediante prestaciones de naturaleza económica que satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los ciudadanos *previamente configuradas como tales en la ley*.

De la exigencia de una previa declaración legislativa para configurar el servicio público se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual, tal como se postulaba en la denominada teoría tradicional.

En consecuencia, el criterio material ha desplazado al criterio subjetivo y *la categorización del servicio se produce por obra exclusiva del legislador...*⁽⁵²⁾.

b) Por su parte, Bianchi anota que:

“No puede haber servicio público sin una ley que lo califique como tal. Este es otro requerimiento específico que surge de varias fuentes. En primer lugar, el legislador debe determinar (...) cuáles son las necesidades básicas de la comunidad ante la cual es responsable y representa. Luego, si aquéllas van a estar sometidas a un régimen que supone

la máxima regulación estatal, elementales razones de seguridad jurídica indican que esta calificación se haga por ley.

Veamos ahora la diferencia que existe entre esta noción y la titularidad estatal. No es lo mismo que el Congreso califique una actividad como servicio público a que el Estado se apropie de ella. Va de suyo que, en el primer caso, el Congreso identifica una actividad como servicio público, en tanto que en el segundo la retira de la actividad y sólo la devuelve (delega) temporalmente bajo un régimen contractual. Como ya dije, no creo que la calificación por ley de una actividad como servicio público implique de suyo, o tenga como efecto necesario un retiro o expropiación de esa actividad. Su titular será quien la ejerza, el Estado o los particulares; lo que habrá variado en todo caso, es su régimen jurídico, el cual puede surgir de una ley general o particular y específica para dicha actividad⁽⁵³⁾.

Pero si aún no quedara claro lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

(52) Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, 10° ed., Tomo 2 (Buenos Aires: La Ley, 2011), 182-183.

(53) Alberto Bianchi, “Una noción restringida de servicio público (Aportes para su cuarta etapa)”, *Revista de Derecho Administrativo* (2005): 548-549.

Cabe señalar que este autor, anteriormente ya había señalado su posición clara respecto de que la calificación de una actividad como servicio público depende de la decisión del legislador. *Cófer* Alberto Bianchi, Prólogo a Rodolfo Martínez de Vedía, *La organización en la regulación de servicios públicos* (Buenos Aires: Ábaco, 2003), 10-11; donde señaló que:

“(...) Tengo para mí que, salvo las funciones propias del Estado, todo lo restante, como regla, debe estar librado a la iniciativa privada, sin perjuicio de que aquél pueda llevarlas a cabo también en concurrencia con los particulares, si lo cree necesario o conveniente.

Hecha esta primera división inicial, las actividades privadas por su naturaleza tienen una mayor o menor incidencia en el interés social o general y, por ende, merecen una mayor o menor intensidad en la regulación estatal, manifestada en la determinación de quién puede ejercerlas, dónde, cómo y a qué costos o bajo qué régimen de precios. Pues bien, el máximo grado de intensidad en la regulación se da, en aquellos países que han hecho suya la noción de “servicios públicos”, cuando una actividad ha sido calificada como servicio público. De tal suerte, una actividad comercial o industrial de alto interés social puede recibir esa calificación.

La pregunta, entonces, es quién otorga esa calificación y cuáles son sus efectos. Y es allí donde toda la construcción jurídica sobre los servicios públicos se torna confusa y aparecen las explicaciones divergentes. En mi opinión (pero esto tan sólo es una explicación más, de las muchas que se han dado), una manera sencilla de evitar la confusión en torno a la noción de servicios públicos es admitir que solamente habrá servicio público allí donde la ley (formal del Congreso) haya impuesto tal calificación”.



Ramón Huapaya Tapia

también es clarísima al señalar que la calificación de una actividad como servicio público depende del legislador. La sentencia expediente No. 0034-2004-AI (Sentencia medio pasaje universitario) en su Fundamento 37 es meridianamente clara cuando señala que la determinación de un servicio público depende del legislador.

“37. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.

Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares”.

En tal sentido, la revisión de la mejor doctrina, permite verificar que en nuestro país la calificación de una actividad como servicio público, depende del legislador en base a un fundamento finalista, que es la esencialidad de tales servicios, su relevancia para la colectividad, fundamento que no debe perder de vista las importantes variables económicas que subyacen a la calificación de una actividad como servicio público⁽⁵⁴⁾.

En tal sentido, el concepto de servicio público en nuestro país será uno de corte objetivo: entendido como un régimen jurídico de derecho público para ciertas actividades económicas definidas como esenciales para el colectivo por el legislador, quien deberá efectuar dicha calificación de

manera cuidadosa y caso por caso, cuidando no sacrificar inútilmente la libertad de empresa y los derechos fundamentales económicos de libertad de las personas privadas.

Asimismo, el servicio público económico ya no será pues una actividad materialmente administrativa o una actividad prestacional, sino que será una actividad económica de base o materialmente privada sujeta a control y regulación estatal en un régimen de derecho público en atención a la esencialidad valorada por el legislador de dicha actividad económica. Esto implica además que siendo una actividad económica esencialmente privada, interesa mucho su sometimiento a las reglas de la iniciativa privada y a la competencia⁽⁵⁵⁾.

Por tanto, la misión constitucional del Estado y los servicios públicos permanece, aún con la idea del Estado garante. El Estado verdaderamente subsidiario no se “desentiende” del servicio público, sino que lo promueve, lo impulsa, lo garantiza, busca que sea prestado, “hace que se preste”. Sólo cuando todos sus esfuerzos para que el sector privado desarrolle esta prestación resulten vanos, estará siempre la posibilidad de usar el poder garante desde el punto de vista subsidiario y acudir a la última ratio de las soluciones empresariales públicas. Pero siempre teniendo como norte, la idea de que los medios privados son los más eficientes para cumplir con los fines públicos. Mejor dicho: los fines no cambian, estarán siempre, sólo que los medios pueden cambiar, y mejor si son medios eficientes.

Conviene además dejar claramente establecido que esta teorización del Estado garante calza

(54) Básicamente, en la literatura económica, la existencia de fallas de mercado vinculadas a la competencia, como lo son la existencia de monopolios naturales en los segmentos de las industrias calificadas como servicios públicos, asimetrías informativas y de negociación, y fundamentalmente altos costos hundidos de inversión y presencia de economías de escala. Sobre tales condicionantes económicos véase José Carlos Laguna de Paz, *Servicios de interés económico general* (Madrid: Civitas, 2009).

(55) Sobre el tema véase, Vitor Rhein Schirato, *Libre iniciativa nos servicios públicos* (Belo Horizonte: Forum, 2012).

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

perfectamente con el concepto de servicio público económico propuesto. No calza bien con los servicios sociales, ya que estos se tratan de auténticas actividades administrativas prestacionales, que tienen origen constitucional expreso, a fin de cumplir con deberes de prestación hacia la colectividad, establecidos por la propia Constitución como de cargo de la Administración Pública.

Dicho lo anterior, y volviendo al campo de los servicios públicos económicos, conviene señalar que la doctrina ha señalado que el fundamento de la nueva regulación de los servicios públicos debe partir de la siguiente problemática (en términos descritos por el destacado profesor español Gaspar Ariño)⁽⁵⁶⁾:

- a) La conclusión de que los mercados de servicios públicos son mercados incompletos o imperfectos, donde junto a segmentos competitivos, existen segmentos de la industria en los que no hay competencia sino en muchos, casos monopolios naturales o monopolios multiproducto.
- b) La experiencia mostró la necesidad de introducir competencia en los servicios públicos, conjuntamente con la aplicación de un principio subsidiario de la acción estatal en cuanto a su rol prestacional y dejar que los privados asuman la prestación y formen los mercados, incentivando la competencia.
- c) La necesidad de descartar la idea de la titularidad estatal: lo que importa es garantizar la prestación eficiente del servicio.
- d) Aplicar fórmulas de desintegración vertical de los mercados, segmentar ámbitos competitivos, separándolos de los que no lo son.
- e) Justificar intervenciones regulatorias únicamente por la existencia de fallas de mercado concretas y aplicables a

segmentos específicos de las industrias: Asimetrías informativas, externalidades, internalidades, barreras de acceso.

- f) Quiebra del Estado de Bienestar e introducción de medidas de desregulación, liberalización y de eliminación de reservas de actividades económicas para el Estado.
- g) Deficiencia de las empresas públicas prestadoras de los servicios públicos.

En este contexto, para Gaspar Ariño, la apertura de los servicios públicos tradicionales a la competencia y a las leyes de mercado se caracteriza por las siguientes notas⁽⁵⁷⁾:

- a) *La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Se postula identificar las obligaciones o cargas de servicio público dentro de cada actividad*⁽⁵⁸⁾.
- b) *El abandono del concepto de reserva o titularidad de la actividad a favor del Estado; Mediante la *depublicatio* de la actividad que pasa a ser considerada una actividad privada de interés general, sujeta a regulación estatal, pero derogando el monopolio o reserva legal de prestación a favor del Estado, con lo cual decae el uso del concepto de *publicatio**⁽⁵⁹⁾.

(56) *Cófer* sus *Principios de Derecho Público Económico*, 1° ed. (Lima: ARA, 2004). Lección Decimoséptima. Nuevo Servicio Público y Regulación Económica.

(57) Gaspar Ariño Ortiz, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico" y "La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia", ambos estudios en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)* (Madrid: Iustel, 2009); 722-743 y 744-776, respectivamente.

(58) Sobre el tema de las obligaciones de servicio público (y su subdivisión en obligaciones generales y especiales), véase, María Yolanda Fernández García, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, 499 y siguientes.

(59) *Cófer* La correcta utilización de este término que hace el profesor Víctor Baca Oneto, "Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano", en Orlando Vignolo Cueva, (coord.9, *Teoría de los Servicios Públicos*, (Lima: Grijley, 2009), 359-392.



Ramón Huapaya Tapia

- c) *Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, por un régimen abierto*, en cuanto a la entrada al sector, bajo régimen de autorización cuando sea posible, o de concesiones regladas⁽⁶⁰⁾.
- d) *Se establecen obligaciones de “servicio universal”* mediante la garantía de determinadas prestaciones que se consideran esenciales con una calidad determinada, para todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible⁽⁶¹⁾.

En tal sentido, serán características del “nuevo” servicio público, en un resumen teórico que se alimenta de la construcción formulada por el citado profesor español Gaspar Ariño las siguientes⁽⁶²⁾:

- a) Se trata de una actividad industrial / económica que se someta a un régimen jurídico especial que *garantice* su prestación efectiva e ininterrumpida.
- b) La titularidad estatal no es dato esencial. Puede serlo o no, pero el Estado tiene que procurar mediante su poder regulador que el prestador cumpla con las *obligaciones de servicio público*, las cuales están enfocadas a garantizar el cumplimiento de las viejas y clásicas pero vigentes “leyes de Roland”.
- c) Los marcos legales establecen la segmentación jurídica y empresarial de las actividades económicas integrantes del servicio en: a) competitivas (aplicación de la regulación para la competencia) y b) no competitivas (regulación sustitutiva de la competencia). La *intervención regulatoria de tipo sustitutivo* se justifica únicamente en los segmentos no competitivos, en los demás segmentos se habla de *regulación para la competencia* y llegando al caso, sólo aplicación del régimen general de competencia (como sucede actualmente en algunos segmentos o servicios en las telecomunicaciones).

- d) En materia de retribución del prestador por el servicio brindado, se aplicarán precios libres como regla general, tarifas reguladas como excepción.
- e) El modelo de regulación que se asume es el denominado “regulación para la competencia”, que no la frene.
- f) Abandono de las ideas de reserva estatal y monopolio en el servicio, lo cual implica descartar el concepto jurídico de la publicatio al menos en nuestro régimen legal.
- g) El título para la prestación es la concesión, aún cuando adecuada a las nuevas realidades normativas, bajo la impronta de la desregulación, la privatización y la introducción de competencia entre los operadores de los distintos segmentos de los servicios.
- h) Introducción de las ideas de “obligaciones de servicio público”, fundadas en la consecución de objetivos de eficiencia en la prestación del servicio, así como en la idea del servicio universal.

En todo este contexto, luego de haber analizado ampliamente la base constitucional del rol garante del Estado en materia de servicios públicos, corresponde analizar el marco legal vigente de los grandes servicios públicos económicos en nuestro país (electricidad, telecomunicaciones, saneamiento, gas natural y postales) así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de

(60) Esto último es lo que ha pasado en Perú, en los marcos sectoriales se pasó de un modelo basado en concesiones discrecionales a un modelo de concesiones regladas y contenido determinado previamente por la normativa sectorial.

(61) Sobre el tema Matilde Carlón Ruiz, “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo, directores, *Derecho de la Regulación Económica*, tomo 1, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, 463-535. En el Perú, véase, con provecho, Alberto Cairampoma Arroyo y Guelly Solar, *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones* (Arequipa: Adrug, 2010).

(62) Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, 1° ed. (Lima: ARA, 2004), 611-675.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

servicios públicos (STC Exp. No. 0034-2004-AI/TC, caso “Medio Pasaje”).

Revisadas las normas y la doctrina jurisprudencial señalada, podemos encontrar que las mismas permiten confirmar que nuestro ordenamiento sectorial ha adoptado un *concepto objetivo y finalista de servicio público*, abierto a la competencia y a la libre iniciativa privada, y desligado de la titularidad estatal y del concepto de reserva o publicatio, tal como puede apreciarse de las siguientes citas normativas:

- Decreto Ley 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

a) *El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,*

b) *La transmisión y distribución de electricidad.*

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública”.

- Decreto Supremo 013-93-TCC - TUO de la Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 40.- *Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario.*

Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos”

- Decreto Supremo 042-2005-EM - TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos

“Artículo 79.- *La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público.*

El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades

nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera”.

- Ley 26338: Ley General de Servicios de Saneamiento

“Artículo 3.- *Declárese a los Servicios de Saneamiento* (constituídos por la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural - artículo 2 Ley 26338) *como servicios de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional*, cuya finalidad es proteger la salud de la población y el ambiente”.

- Decreto Legislativo 685: Normas del servicio postal.

“Artículo 2.- Declárase al *servicio postal de necesidad y utilidad públicas y de preferente interés social*. Su fomento y control corresponde al Estado”

Resulta clarísimo: en el proceso de definición de qué es servicio público para cada ordenamiento sectorial, nuestra legislación define de manera objetiva qué prestaciones o qué actividades económicas estarán sometidas al régimen jurídico especial y finalístico del servicio público, sin importar en dicha definición si tales actividades están sometidas o no a la titularidad estatal o privada. Por el contrario, se reafirma la prestación privada, mediante la regulación de un régimen de concesiones regladas o títulos habilitantes predecibles para el acceso a la prestación de tales servicios.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la STC citada, Exp. No. 0034-2004-AI (Caso Medio Pasaje), también es explícita al recoger las ideas del régimen jurídico objetivo y finalístico del servicio público en los siguientes párrafos:



Ramón Huapaya Tapia

“37. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.

Elo en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares.

39. (...)

En ese sentido mientras una actividad económica pueda ser realizada por un particular, el Estado debe respetar su libertad de actuación y determinación económica; contrariamente, - y dado que el fin último es fomentar la competencia-, cuando la oferta privada resulte inexistente o cuando existiendo sea insuficiente, es evidente que no sólo esta habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población. Este es el caso de muchos de los servicios públicos calificados por la legislación y que responden al tipo de monopolios naturales, en cuyo caso, el Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible.

40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención.

De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público

y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

41. Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado.

42. Por ello, aun cuando el Estado -en ejercicio de su libre configuración política-, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población”.

Tal como puede apreciarse, notoriamente en todos los casos, tanto a nivel jurisprudencial

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

como de los marcos legales de los grandes servicios públicos económicos nacionales, nuestro ordenamiento jurídico-administrativo ha adoptado un modelo de servicios públicos (al menos en lo que se refiere a los de alcance nacional) desligado de la titularidad estatal, y de la reserva prestacional a favor del Estado o *publicatio* que tanto se afirma como integrante del concepto de servicio público en la doctrina clásica europea (francesa y española) del derecho administrativo. Por el contrario, *bajo abierta influencia de los marcos regulatorios de modelos inspirados en las experiencias norteamericana (public utilities) y comunitaria (servicios de interés económico general), el Perú ha asumido un concepto objetivo y finalístico de servicio público, como actividades declaradas formalmente como tales por el legislador, el cual las somete a un régimen jurídico de derecho público y de contenido eminentemente regulador, a fin de que se cumplan los principios jurídicos de base de la prestación de estos servicios.*

De esta manera, ofrecemos nuestro concepto constitucional, jurídico-público para la materia que nos ocupa: *los servicios públicos económicos en sentido estricto y objetivo, serán actividades económicas de base privada o entregadas en todo caso a la iniciativa privada, sujetas a regulación económica implementada por el Estado, en orden a cumplir con los objetivos del marco legal del servicio, sin importar si es el Estado por medio de una empresa pública quien lo presta, o de lo contrario, si es que estamos frente a un prestador privado del servicio, con la condición de que se cumpla efectivamente con las diversas normas sectoriales que reflejan las viejas leyes de Roland de la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad en la prestación, en orden a satisfacer necesidades básicas o esenciales de la sociedad en conjunto, y permitir el desarrollo del conjunto de los servicios y actividades económicas que se montan sobre la infraestructura social levantada por medio de los grandes servicios públicos*⁽⁶³⁾. Es decir, que se cumplan con los fines de garantía prestacional establecidos por el Estado como base para la existencia de una infraestructura social que permita el

desarrollo de las personas en comunidad, rol integrador y superador de las desigualdades que permite sustentar constitucionalmente la existencia del servicio público, desde un punto de vista jurídico.

Conviene citar a Esteve Pardo, quien nos describe en qué consiste este rol “garante” del Estado, y con respecto a quién o quiénes se ejerce⁽⁶⁴⁾:

“b. El nuevo concepto marco del Estado garante

Esa actividad tiene así un marcado componente garantista, pero no se trata ya del garantismo tradicional que marcó la construcción misma del Derecho administrativo por el que se dota a los particulares de un completo cuadro de garantías frente a los poderes de la Administración y su ejercicio.

La actividad de regulación responde así a un nuevo garantismo: el de los intereses generales frente a la actividad de unas empresas privadas que operan en régimen de mercado y competencia en unos sectores de una relevancia fundamental para la sociedad y los ciudadanos.

Este garantismo característico de la regulación viene a insertarse en un nuevo concepto de Estado de reciente elaboración: el Estado garante (*Gewahleistungstaat* en Alemania donde esta concepción está ya muy arraigada), un Estado cuyo objetivo no es prestar directamente, o mediante

(63) Definición que se inspira especialmente en el trabajo de Dolores Canals I Ametller, “Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de las comunicaciones electrónicas”, en *REDA* 158 (Abril-Junio 2013): 127-155. Asimismo, las enseñanzas previas de José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3° ed. (Madrid: Marcial Pons, 2013).

(64) José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 464-465. Antes, ya, en José Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis* (Madrid: Marcial Pons, 2013). Ahora, en José Esteve Pardo, “La Administración Garante. Una aproximación”, en *RAP* 197 (Mayo-Abril 2015): 11-39.



Ramón Huapaya Tapia

concesionarios bajo la dirección de la Administración, toda una serie de servicios - objetivo prioritario éste del llamado Estado prestacional, Administración Prestacional (*Leistungsverwaltung*)-, sino garantizar que esas prestaciones básicas se producen de acuerdo con unos principios que garantizan la igualdad de acceso y la atención a los intereses generales cuando son empresas privadas, sin ningún vínculo con la Administración, las que en régimen de mercado y libre competencia ofrecen esas prestaciones.

c. Independencia subjetiva de la regulación.

Pero no sólo se trata de garantizar los intereses generales frente a unos operadores privados que actúan con parámetros de mercado. La regulación debe también guardar distancias frente a los gobiernos y las Administraciones Públicas para evitar dicha promiscuidad e interferencia de objetivos políticos y otros de carácter partidista y electoralista que se han detectado e identificado como una de las causas principales de las disfunciones y crisis del régimen tradicional de los servicios públicos bajo titularidad pública.

Por ello el poder de regulación requiere de una posición independiente y distante, tanto de los operadores privados como del gobierno y de las Administraciones. De ahí la relevancia del elemento subjetivo de la regulación que necesita de instancias, autoridades o agencias independientes en donde ejercerla.

En tal sentido, conviene recordar: los fines permanecen mientras que los medios o la prestación cambia de mano pública hacia mano privada. Pero ello no implica desconocer ni el rol regulador del Estado ni tampoco la eficacia de sus poderes públicos dirigidos hacia el aseguramiento de la prestación y el equilibrio de los intereses privados de los prestadores respecto de los intereses generales.

Asimismo, cabe señalar que por más que se diga lo contrario, el concepto de “regulación económica” no suplanta o sustituye al de servicio público. Por el contrario, el servicio público es un concepto jurídico, finalista, propio del derecho administrativo, que busca explicar una de las finalidades del Estado, la cual es garantizar la existencia de un sistema de prestaciones o actividades económicas prestacionales básicas o primarias,

que permitan el funcionamiento normal de las actividades de los demás sectores de la economía y que además estén dirigidas a obtener el bienestar de la Nación y sus habitantes (ex. artículo 44 de la Constitución), lo que nos remite a la idea de la esencialidad de los servicios públicos, concepto jurídico que expresa el rol de “infraestructura social” que desarrollan los grandes servicios públicos económicos.

Piénsese por ejemplo en el régimen jurídico de la electricidad o de las telecomunicaciones, servicios públicos esenciales que deben existir para que funcionen las industrias y negocios privados (las cuales no funcionan sin electricidad) o por ejemplo toda la pléyade de servicios de la sociedad de la información, que se transmiten a través de los servicios portadores, calificados como públicos, de telecomunicaciones. La economía nacional funciona gracias a estos servicios básicos o esenciales, calificados por el legislador sectorial como servicios públicos, que deben ser prestados, por su *esencialidad*, bajo condiciones reguladas por el derecho administrativo, que permita cumplir con las notas básicas de su régimen de prestación, nuevamente, insistiendo, en las famosas “*lois de Rolland*”. Asimismo, hay que desechar, descartar por completo, la visión economicista que señala que los servicios públicos son meramente “actividades sin competencia o monopolios naturales”, esta situación sólo describe la realidad económica de las industrias que tienen la condición jurídica de servicios públicos, pero eso no suplanta la finalidad de la intervención administrativa.

El Estado, ya lo hemos dicho, interviene con sus herramientas y técnicas jurídico-administrativas sobre los servicios públicos económicos para garantizar su prestación obligatoria, regular, continua, etc. Por lo demás, la regulación económica es un concepto instrumental, que sirve para describir

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano *Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law*

un conjunto de herramientas y técnicas novedosas de ordenación jurídica (y económica) de los sectores calificados como servicios públicos, de tal manera que la “regulación” es un concepto descriptivo que engloba a los instrumentos con los cuales el Estado asegura los fines propios del régimen de los servicios públicos.

De esta manera, el concepto de servicio público económico antecede y prima sobre el concepto de la regulación, el concepto de servicio público es jurídico y finalista, y no puede ser sustituido ni descartado por el de “regulación económica”. Por último, la idea de servicio público, modernamente considerada, ya no implica “monopolio legal”, “reserva prestacional a favor del Estado”, “empresa pública”, o “tradición francesa”, sino que refleja, dentro del rol subsidiario del Estado, un concepto matriz de la intervención del Estado en la economía, que se dirige a garantizar la existencia de una “garantía prestacional” sobre dichas actividades económicas esenciales, con apertura a la competencia⁽⁶⁵⁾, con fomento de la inversión privada en todos sus niveles, con entendimiento de las nuevas ideas de la “regulación para la competencia” o *regulatory antitrust*, entre otras nuevas lindezas de influencia anglosajona que están avanzando imparablemente dentro del derecho administrativo moderno, al menos en lo que se refiere al derecho administrativo económico⁽⁶⁶⁾, circunstancia a la cual hay que darle la bienvenida, pero que ello no signifique adoptar actitudes tráfugas o de abandono del derecho administrativo.

Creo yo que, si ni siquiera Gaspar Ariño, administrativista de fuste⁽⁶⁷⁾, liberal confeso y quien en lengua española, es tal vez el mayor exponente de la doctrina en materia de servicios públicos, ha insinuado siquiera prescindir o promover la sustitución del concepto del servicio público (a lo sumo ha señalado que existe una nueva idea o un “nuevo servicio público” pero que ni siquiera ha afirmado sustituirlo por “la regulación económica”), entonces se hace evidente que carece completamente de sentido que por el mero capricho de aquellos que no entienden o ni siquiera hacen un esfuerzo

por entender las instituciones del derecho administrativo, vayamos a tener que borrar de un plumazo o un nuevo “descubrimiento de la pólvora”, la historia, la fuerza y el peso de una institución fundamental de nuestra disciplina, la cual se entiende solamente en la evolución histórica, jurídica y económica de la misma. Además, no creo que la obra de estudiosos franceses, alemanes y europeos, quienes han teorizado sobre el tema por más de ciento cincuenta años, implique que hayan perdido su tiempo estudiando una institución que “solamente describe actividades de monopolio natural o donde no hay competencia”, afirmación por lo demás, temeraria, irresponsable y formulada desde la ignorancia del Derecho Administrativo, y sus instituciones.

Por lo demás, la competencia, la eficiencia y el “mercado” no son instituciones o becerros de oro a los cuales hay que adorar y adorar sin reparar en sus defectos o fallas. Claro que las tienen, y tampoco son fines en sí mismos. En materia de servicios públicos económicos los fines están dados: son fines públicos, el bienestar de la colectividad y la cohesión e integración social. Los medios, serán privados o eventualmente públicos, y a estos medios se les aplicarán las técnicas de la competencia, la eficiencia, y la regulación económica, pero estas últimas jamás sustituirán a los fines, siendo meros instrumentos de naturaleza contingente.

Sobre esto último hay que hacer hincapié: las instituciones del Derecho Administrativo pueden ser contingentes, su definición puede ser problemática, pero se trata de retos

(65) Sobre el tema, insistimos, Vitor Rhein Schirato, *Libre Iniciativa nos Servicios Públicos* (Belo Horizonte: Forum, 2012).

(66) Tema que ya hemos analizado en Ramón Huapaya Tapia, “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la ‘Regulación’”, IUS ET VERITAS 40 (2010): 302-344.

(67) Quien no solamente ha escrito de servicios públicos, sino también de contratos administrativos, organización administrativa, derecho de aguas y de la energía, entre otras materias.



Ramón Huapaya Tapia

interesantes, de enfrentamientos intelectuales que merecen la pena. Lo que no podemos hacer es sustituir las técnicas jurídicas por materias o técnicas económicas, y pretender que estas ciencias no exactas nos hagan olvidar nuestra pertenencia como abogados y juristas a un sistema jurídico de derecho público.

7. El Tema Puntual de los Servicios Públicos Locales: el Rezago de la Visión Subjetiva del Servicio Público

Debemos reconocer que la teoría tratada explica muy bien a nuestro criterio, la problemática de los servicios públicos económicos e inclusive el tema de su relación con los servicios públicos sociales. Sin embargo, existe un tema que a la fecha no ha sido muy trabajado ni estudiado en nuestro medio, que es el de los servicios públicos locales o de competencia local. La Constitución reconoce su existencia en el artículo 195, numeral 5), precepto que señala lo siguiente:

“Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”.

Bajo este régimen constitucional, los servicios públicos de competencia local son los siguientes, y se encuentran establecidos como tales en el numeral 2) del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades (“LOM”):

“2. Servicios públicos locales

2.1 Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

2.2. Tránsito, circulación y transporte público.

2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.

2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.

2.5. Seguridad ciudadana.

2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.

2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.

2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.

2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.

2.10 Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional⁽⁶⁸⁾.

Precisamente, existe un reparto competencial entre las Municipalidades Provinciales y Locales conforme a la LOM (artículos 79 y siguientes), la cual establece responsabilidades en cada ámbito (provincial y distrital) en materia de tales servicios públicos.

Ahora bien, lo que interesa es que en realidad, en el ámbito de los servicios locales, si existe una reserva prestacional a favor de las Municipalidades, toda vez

(68) Cláusula de residualidad a favor de la competencia prestacional de los Gobiernos Locales, regulada en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

que la propia LOM establece que estos servicios son de responsabilidad de tales instancias de gobierno, con lo cual podría afirmarse que existe una reserva prestacional, en el sentido de “*publicatio*” a favor de los gobiernos locales, quienes inclusive prestan varios de estos servicios en forma directa, percibiendo retribución a través de los arbitrios. Este tema, debería ser estudiado con atención porque son los servicios públicos más cercanos a los ciudadanos y además también tienen una importancia central en materia local. Sin embargo a la fecha no han merecido un estudio atento por parte de la doctrina.

Con todo, lo que interesa aquí es aclarar que la teoría y la legislación que sustentan la idea de lo aquí dicho sobre los grandes servicios públicos nacionales económicos difiere de la idea y la legislación en materia de servicios locales. Precisamente, porque estos últimos tienen un régimen legal basado en la idea de la responsabilidad prestacional a cargo de los gobiernos locales y la existencia de una verdadera *publicatio* y titularidad de tales servicios a cargo de los municipios.

En tal sentido, cuando el numeral 2) del artículo 73 de la LOM hace referencia a los servicios públicos locales, en realidad se está refiriendo a verdaderas actividades prestacionales o administrativas de los Municipios, y no tanto a servicios públicos económicos en mano local.

Por tanto, creo que el tema de los servicios públicos locales, no está tan vinculado a la teoría que se pueda trabajar sobre servicios económicos, aun cuando se les puede aplicar las técnicas concesionales y asimismo, la colaboración público-privada. Sin duda, se trata de un tema que merece una mayor atención y un mayor desarrollo en las futuras líneas que desarrollaremos sobre la materia.

8. Reflexiones conclusivas

Cabe concluir estos apuntes jurídico-administrativos, señalando que el análisis del marco constitucional, la doctrina y teoría jurídica, así como la jurisprudencia y la legislación sectorial nacional, permite darnos cuenta de que en nuestro país, al menos para el ámbito de los servicios públicos económicos y desde la Constitución de 1993 (y antes, desde el Decreto Legislativo 757 y la legislación sectorial modernizada de los grandes servicios

CON TODO, RESULTA TRASCENDENTAL ESTUDIAR LOS VÍNCULOS DEL MODELO DE ESTADO QUE TENEMOS, Y SUS VINCULACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES CON LA INSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO PÚBLICO, A FIN DE HACER LAS NECESARIAS VINCULACIONES CON LOS ORDENAMIENTOS LEGALES SECTORIALES QUE FIJAN LAS REGLAS JURÍDICAS PARA LA PRESTACIÓN DE ESTA CLASE DE SERVICIOS.

públicos), se ha prescindido del “concepto subjetivo” del servicio público como una actividad administrativa, y en realidad *tenemos un concepto objetivo, más técnico, más acercado a la realidad del sspp como régimen jurídico de derecho público que materializa la intervención estatal en ciertas actividades económicas vitales para la vida en sociedad, intervención que se hace con la finalidad de garantizar el bienestar de la población y la cohesión e integración de la sociedad.* En suma, tenemos un concepto jurídico finalista y objetivo del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de haber formulado un concepto jurídico depurado y consistente del servicio público, no deben dejarse de recordar las enseñanzas de don Gaspar Ariño respecto del mismo:



Ramón Huapaya Tapia

“Es éste un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener finalmente, definido y configurado el concepto de “servicio público”, cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un sub-producto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho Administrativo y sus normas no pueden elaborarse, como el Derecho Civil, con un sistema cerrado de conceptos, de contenido racional y permanente, pues su mismo objeto - la Administración y sus instituciones - son esencialmente contingentes y, por tanto, en alguna medida “irracionales”. Irracionales desde el punto de vista de la lógica formal, pero no desde el punto de vista de la experiencia y la constatación histórica que es un modo de lógica material sobre la que esencialmente se basa el Derecho Público. Por ello decía el juez Holmes que en las Ciencias Sociales y en el Derecho Público, una página de historia vale más que un volumen de lógica. ¡Qué gran verdad!”⁽⁶⁹⁾.

En tal sentido, cabe afirmar, luego del análisis realizado, que, en este tiempo y bajo estas circunstancias (que lamentablemente, no son inmutables), lo siguiente:

- Los servicios públicos económicos en nuestro ordenamiento jurídico son siempre calificados como de utilidad pública, necesidad pública o interés nacional.
- Bajo el principio de subsidiariedad hay que distinguir entre actividades prestacionales (servicios públicos sociales) y actividades de garantía estatal (servicio público económico). En este último régimen, el Estado ya no presta directamente, sino que “hacen que se presten” los servicios públicos económicos vía la participación privada, sea a través de concesiones o asociaciones público-privadas. Sólo cuando no es posible incentivar a la inversión privada, será posible recurrir como extrema y ultima ratio a la empresa pública, en materia de servicios públicos económicos.
- Los servicios públicos económicos no son ya de titularidad estatal, sino que son actividades garantizadas por la intervención estatal, que controla su prestación, a título de “garante” del servicio.
- Los servicios públicos económicos son declarados como tales por el legislador, que dispone la aplicación de su régimen jurídico a actividades económicas calificadas como relevantes para la colectividad y su bienestar.
- Los servicios públicos económicos sean prestados por agentes privados o empresas públicas, se prestan bajo un régimen especial de derecho público que garantice su regularidad, continuidad, y universalidad, pero abiertos a la competencia y a la inversión privada.
- El título habilitante en los servicios públicos económicos, pese a la desregulación, continúa siendo la concesión, pero de carácter reglado, y esencialmente que opera como un título habilitante para estabilizar las relaciones jurídicas entre los concesionarios y la Administración responsable o garante del servicio. En todo caso, prima la libertad de empresa.
- Las reglas jurídico-públicas de prestación del servicio público económico no implican que no exista libertad de empresa. Por el contrario, la regulación económica, debe buscar equilibrar la consecución de los objetivos del servicio, y la libertad de empresa de los prestadores.
- La regulación de los servicios públicos económicos busca favorecer la competencia donde sea posible.

(69) Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico*, 614.

Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano
Concept and Legal Regime of Public Service in the Peruvian Public Law

De tal manera que, aún cuando existan servicios públicos de alcance nacional (divididos a su vez en económicos y sociales) y de alcance local en nuestro ordenamiento jurídico (clasificación dada por el reparto competencial existente en nuestro país producto de la descentralización) lo cierto es que las notas características de la legislación sectorial en nuestro país, nos

permiten construir un concepto jurídico genérico del servicio público económico para comprender dentro de él realidades disímiles, hermanadas bajo la idea finalista del servicio público, y del rol de garantía prestacional y el deber de regulación que asume el Estado respecto de tales actividades económicas, necesarias para la construcción de una sociedad mejor, más justa, fraterna e igualitaria, donde todos sean iguales bajo servicios públicos económicos de calidad. 