

El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador

José Aróstegui Hirano*

SUMILLA

En este artículo se desarrolla la relación que existe entre un Servicio Público con la calidad, y continuidad del servicio, así como la función que cumple el Regulador entre el usuario y el operador. Primero, se establece una diferenciación de servicios y la importancia de la calidad de los mismos; luego, se define calidad y se expone el derecho a un servicio de calidad; a continuación, se detallan las obligaciones de los operadores (prestadores de servicio) y los usuarios (destinatarios del servicio). Finalmente, explica sobre la continuidad de los servicios, es decir, el tiempo en que se prestan los servicios y la responsabilidad del proveedor ante algún incumplimiento.

I. Calidad del Servicio Público

1. De la naturaleza del servicio y la importancia de la calidad: enmarcando el concepto de calidad en los servicios

El proceso de liberalización aplicado al Perú supuso la división de los Servicios Públicos en dos grupos que la doctrina española¹ ha distinguido como Servicios Públicos liberalizados y aquellos que se han mantenido bajo titularidad pública en razón de un factor estructural que explicaremos más adelante.

Y es que, la naturaleza del servicio se constituye como un elemento determinante para definir los rasgos propios del usuario y los marcos de protección que se fijan a favor de éste.

Por otro lado, es necesario percibir las características y distinciones que cada Servicio Público posee, ya que ello determinará los niveles de exigencia que algunos elementos en torno al servicio poseen, como la calidad y continuidad, y su relación con el contenido del derecho a recibir el servicio.

En el caso particular del servicio de agua potable, éste posee características propias que "(...) influyen de modo decisivo sobre los alicientes: la dinámica del cambio tecnológico, la función de producción multiproducto y la integración vertical. [Así] la dinámica del cambio tecnológico [no] le resta importancia a los activos específicos (...) del agua, que no está sujeta a grandes cambios tecnológicos. En las telecomunicaciones, una compañía puede ofrecer diversos servicios si recurre a las economías de ámbito, pero eso no puede ocurrir en el caso del agua porque la red de distribución de ésta no permite distribuir ninguna otra cosa del mismo modo, la integración vertical le es común a los sistemas de distribución de agua y recolección de basura, debido a la índole del suministro del insumo básico; solo puede haber competencia si se comparan los distintos distritos (...)”².

Por lo antes expuesto, debemos señalar que la naturaleza del recurso, así como las características económicas de su mercado, es decir "(...) tecnología basada en inversión específica, características de un monopolio natural y productos

* Abogado por la Universidad de Lima y Máster en Gestión de Análisis y Políticas Públicas por la Universidad Carlos III de Madrid. Se ha desempeñado como Gerente General del Congreso de la República, Gerente de Asesoría Jurídica y Gerente General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS. Además, fue Superintendente Nacional de los Registros Públicos – SUNARP y miembro de la Comisión de Especialistas para la Eficiencia, Eficacia y Probidad del Ministerio de Justicia. Es Socio Fundador de Aniya, Arostegui, La Puente, Kohatsu & Asociados.

¹ ESTEVE PARDO, José. Fundamentos e instituciones de la regulación. Tomo I. Iustel, Madrid, 2009, pp. 831-836.

² SPILLER, Pablo T. y SAVEDOFF, William. Agua perdida. Santiago de Chile, BID. 2000, pp. 103 y 104

³ Loc. cit.

consumidos masivamente con demanda poco flexible (...)”³; resultan centrales para comprender los factores normativos y técnicos adecuados para su regulación.

Pero es relevante tomar en cuenta una consideración adicional: la Organización de las Naciones Unidas ha tenido un pronunciamiento directo respecto del agua potable y el derecho de poder acceder a el bajo ciertas condiciones; así “(...) Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (...) [y] Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de asistencia y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos para proporcionar a toda la población un acceso al agua potable y saneamiento”⁴.

Es por ello que, ante el status que dicho derecho tiene y su ejercicio mediante el acceso al servicio público al agua, los elementos como la calidad resultan determinantes pues existen detrás elementos de dignidad, salud y desarrollo que, implícitos, conforman los pilares del derecho.

Finalmente, debemos mencionar que existe un elemento estructural en el servicio de agua potable que obedece a la naturaleza de la demanda del servicio y los costos de su prestación, los mismos que obligan a los gobiernos a realizar una labor de supervisión absoluta, sobre todo en el marco de la calidad y continuidad que decanta finalmente en los procesos de estatización o nacionalización del servicio.

Así, “(...) El Banco Mundial ha demostrado que, en el sector de agua, los activos específicos son tres a cuatro veces mayores que en los otros dos sectores, medidos en función de la proporción de activos necesarios por cada dólar de utilidad anual (...).

La demanda es menos flexible que la de otros Servicios Públicos, lo que obliga a las compañías a aplicar márgenes muy altos sobre los costos marginales y motiva a los gobiernos a ejercer una supervisión más estrecha que en otros sectores. En muchos casos, eso conduce a los gobiernos a

la decisión de suministrar directamente el servicio mediante compañías estatales. Ésta es aún la norma en Perú (...)”⁵.

2. Derecho al servicio y calidad

2.1. Definición de la calidad: conformación normativa de parámetros técnicos

La calidad es un aspecto de la prestación del servicio de exigencia permanente, el mismo que es construido desde indicadores técnicos cuyo cumplimiento conjunto consolidaran la prestación del servicio en condiciones óptimas. Para el caso del agua se han establecido un grupo de parámetros técnicos que deben ser cumplidos y monitoreados permanentemente, pues a través de ellos es posible evaluarlos como indicadores de gestión en las empresas.

Así por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2006-SUNASS-CD, aprobada por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), establece un grupo de indicadores técnicos que en conjunto conforman el óptimo de calidad, tales como la presencia de cloro residual, la presencia de coliformes termotolerantes, turbiedad, continuidad, presión, densidad de reclamos totales y tratamiento de aguas residuales. Aspectos que constituyen un margen de responsabilidad y cumplimiento asumido por la empresa prestadora a través de los procedimientos de supervisión, fiscalización y sanción ejercidos por los Organismos Reguladores, que en el caso del agua es asumido por SUNASS.

2.2. Inherencia entre el derecho al servicio y el concepto de calidad

Ya hemos mencionado cómo es que a partir de la naturaleza del servicio, particularmente en el caso del agua, y del reconocimiento de un status particular del derecho es que la calidad cobra una importancia medular respecto a este servicio.

Y es que dentro de los elementos esenciales que configuran al derecho al agua como tal se encuentra la calidad la misma que supone que este “(...) derecho humano no solo consiste en tener acceso a una determinada cantidad de agua sino que ésta sea adecuada, apta para el consumo humano y el uso doméstico. De allí la

⁴ HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El agua como derecho humano y como servicio público”, En: Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – Universidad ESAN, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos Décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica: Balance y Perspectivas*. Lima: ARA EDITORES, 2010. pp. 892-893.

⁵ SPILLER, Pablo T. y SAVEDOFF, William. Op.cit. p.104. Cita del Banco Mundial

importancia que tiene que no se trate simplemente de tener agua, incluso en cantidades abundantes, sino que se tenga acceso al agua necesaria y con la calidad técnica adecuada (color, olor y sabor), para satisfacer las necesidades básicas de las personas (...)"⁶.

Es decir, el acceso constituye un aspecto base del derecho al servicio que debe ser consolidado con otros elementos relevantes como la calidad y la continuidad. Así la calidad representa un elemento nuclear en el servicio, pues si se hallara carente invalidaría el mero acceso ya que el recurso no podría ser prestado ni aprovechado plenamente; hay consideraciones, como mencionáramos anteriormente, que en el caso del agua suponen la urgencia de preservar la calidad dada su vinculación con el bienestar y la salud.

3. Obligaciones del operador y el usuario en el marco de la calidad

3.1. Obligaciones del operador en la prestación del servicio

De modo general, el operador se ve obligado a la prestación de los servicios dentro de las mejores condiciones de calidad, es decir, bajo las características de servicio desarrolladas contractualmente y cumpliendo con los requisitos y estándares normativos y técnicos preestablecidos.

Pero la obligación no se agota en la sola prestación, sino que debe ser mantenida en el tiempo a través del monitoreo permanente y la solución de reclamos y problemas, en el campo de una suerte de retroalimentación usuario y regulador.

Asimismo, dentro de la integralidad del concepto calidad, existen obligaciones de comunicación permanente para con el usuario que deben ser asumidas por el operador; restando campo a la asimetría de la información y estableciendo claramente las obligaciones y derechos con la finalidad de preservar y mantener la calidad del servicio.

3.2. Obligaciones de colaboración y abstención de los usuarios

Dentro de la prestación del servicio que los operadores realizan es necesario que los usuarios

asuman obligaciones de dos tipos con la finalidad de preservar la calidad en la prestación; no obstaculizándola, a través de obligaciones de colaboración, y no afectándola, a través de obligaciones que podríamos denominar de abstención⁷.

Así por ejemplo, se han establecido dentro de los Servicios Públicos donde el recurso prestado es limitado, obligaciones de uso adecuado y racional de los servicios por parte de los usuarios; por otro lado, en cuanto a la operatividad del servicio se han establecido obligaciones de no manipulación de los sistemas; y, de no prestación sucesiva del servicio toda vez que los estándares de calidad no podrían ser asegurados plenamente.

En el caso del agua existe un grupo de obligaciones particulares vinculadas a facilitar el acceso al predio dado que la lectura de medidores solo puede hacerse desde el interior, de no descarga de residuos sólidos a la red de alcantarillado; y de comunicación para con la empresa en el caso de instalación de equipos adicionales que tengan contacto con el recurso.

4. La integralidad de un concepto: la calidad y sus alcances

4.1. Calidad del servicio propiamente

Es posible abordar calidad del servicio cuando el recurso o bien que compone el servicio cumple con los requisitos establecidos por las normas que rijan los estándares de calidad de cada uno de los servicios. En el caso del agua este recurso debe cumplir con requisitos físicos, químicos y microbiológicos, los mismos que componen la calidad del agua para consumo humano; vale decir que dichos estándares se hallan establecidos en normas emitidas por la Autoridad de Salud, que para el caso de la calidad del agua potable viene a ser regulado por el Decreto Supremo N° 031-2010-SA, Reglamento de Calidad del Agua para Consumo Humano.

Desde las empresas prestadoras existe la obligación mantenimiento y control de la calidad del agua, a través de registros y monitoreo permanente en los procesos de tratamiento y desinfección; dichos procedimientos e información son reportados a

⁶ HERNANDEZ – MENDIBLE, Víctor Rafael. Op. cit. p. 895.

⁷ Véanse: Reglamento de Calidad en la Prestación de Servicios de Saneamiento, Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS- CD y sus modificatorias. Disponible en www.sunass.gob.pe
Reglamento de Calidad de los Servicios, Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTEL. Disponible en www.osiptel.gob.pe

los Organismos Reguladores los mismos que se encuentran sujetos a procedimientos de supervisión que podrían generar responsabilidades y sanciones en caso de su incumplimiento.

4.2. Calidad en la operatividad del servicio

Este aspecto de la calidad en el servicio de agua potable implica el mantenimiento y adecuado uso de la infraestructura con la que se cuenta para prestar el servicio. Asimismo, este aspecto de la calidad supone el desarrollo de un grado de confiabilidad, la misma que es expresada a través de dos aristas importantes: por un lado, el generar, desde el operador o empresa prestadora, la capacidad de respuesta para atender los problemas operativos que se presentan en los sistemas del servicio, y por otro mantener una prestación del servicio uniforme; así respecto del agua, resultan fundamental mantener la continuidad y presión.

La calidad operativa del servicio, está implícitamente relacionada con la operación y mantenimiento adecuado de los sistemas para la prestación de los servicios; lo que supone la implementación de Programas y Planes de Mantenimiento Preventivo y de Respuesta ante contingencias.

4.3. Calidad en la facturación

Mantener la calidad respecto de este elemento tan importante supone tener en cuenta el cumplimiento, por parte de la empresa prestadora, respecto de tres aspectos.

- a) La facturación de los servicios efectivamente prestados.

Es fundamental que en la facturación los márgenes de error tiendan a corregirse considerablemente; de modo que la empresa prestadora o el operador aseguren que aquel monto facturado sea el que refleje con alto grado de veracidad aquello efectivamente consumido por el usuario. Resulta aquí un elemento fundamental, el establecer avances tecnológicos para mejorar la medición y lectura que permitirán determinar con mayor precisión y bajo menos obstáculos físicos y técnicos el volumen de consumo.

- b) La correcta aplicación de los criterios y el procedimiento para determinar el volumen y el importe a facturar.

El desarrollo de criterios y procedimientos de determinación ante circunstancias complejas o donde la determinación del volumen e importe resulta difícil, es un factor relevante para evitar la fijación arbitraria de volúmenes considerados e importes a facturar. A través de reglas predeterminadas será posible asumir en algunos casos bajo circunstancias y facturaciones recurrentes el monto que corresponderá al usuario por consumo.

- c) Cumplir con los contenidos mínimos de recibos de pago y su entrega oportuna.

Al ser el recibo de pago el documento a través del cual la empresa prestadora establece los montos a ser asumidos por el usuario en virtud del consumo, es necesario que estos reúnan una información esencial que deberá ser remitida a los usuarios, estableciendo con claridad conceptos e importes; asimismo, al establecerse en ellos una fecha de vencimiento en el pago es además importante que la empresa prestadora garantice su emisión y remisión oportuna.

4.4. Calidad en la atención del usuario

Es en este aspecto que las empresas prestadoras asumen la correcta atención y evaluación, a través de lineamientos preestablecidos, de los distintos tipos de problemas que los usuarios reportan a propósito del servicio. Resulta interesante mencionar que las empresas prestadoras han asumido plazos legales de respuesta ante las solicitudes presentadas, las que van desde el inicio de acciones de remedio hasta la solución definitiva del problema⁸; cuyo incumplimiento se encuentra sujeto a un marco de responsabilidad y sanción.

Asimismo, es necesario decir que, dada la naturaleza del servicio de agua potable, adicionalmente a las obligaciones de remedio y solución de problemas, se encuentra la obligación de abastecer el servicio en caso de interrupciones, a través de medios alternativos como camiones cisterna; debiéndose cumplir con ello en caso de que la interrupción lleve un tiempo considerable y en virtud de la condición del sujeto afectado.

Finalmente, hay una obligación fundamental de comunicación, de parte de las empresas que prestan los Servicios Públicos, a propósito de interrupciones programadas e imprevistas a través

⁸ Ver artículo 74° Reglamento de Calidad en la Prestación de Servicios de Saneamiento.

de los medios de comunicación, indicando las medidas y plazos de remedio.

Y es que al ser el intercambio frecuente de información uno de los aspectos centrales para lograr la calidad en la atención al usuario, es que las empresas prestadoras se obligan además a mantener informado al usuario respecto de los distintos aspectos en torno a la prestación del servicio; estableciendo para tal fin espacios de comunicación y atención de usuarios que resulten idóneos (módulos, oficinas comerciales, líneas telefónicas, etc.).

II. Continuidad del servicio y responsabilidad del proveedor ante su incumplimiento

Dentro de la importancia en torno a la protección del usuario de Servicios Públicos existe una preocupación central respecto de elementos que definen la prestación, como son la calidad y la continuidad, los mismos que por la naturaleza del recurso poseen relevancia, incluso de orden constitucional, al verse implicados elementos, que escapan del orden técnico y decantan en principios mucho más elevados, como son la dignidad, el ejercicio real de ciudadanía y la democracia.

En relación con la materia que inspira el presente comentario debemos recordar que una cita de TARDIEU rezaba "(...) *la continuité est de l'essence du service public (...)*"⁹; y es que, lejos de las diferencias del idioma la cita resulta ser bastante directa y sobre todo clara al sustentar la relevancia que la continuidad posee respecto del Servicio Público. Si caemos en la cuenta por ejemplo del servicio de agua potable o el de electricidad podemos entender que de la mano con la calidad, y a modo de cabeza de Jano, la continuidad resulta ser una materia central; pues a través de la prestación permanente del servicio y el desarrollo de una confiabilidad en torno a la uniformidad de la prestación se podrá decir que el ejercicio pleno del derecho al servicio está asegurado.

Conforme advierte DANÓS, a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso denominado "medio pasaje"¹⁰, existen elementos

caracterizados e inherentes al servicio público los mismos que determinaran el "entorno normativo y obligacional" del mismo; así "(...) su naturaleza esencial para la comunidad (...) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo (...) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener su estándar mínimo de calidad (...) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad (...) "¹¹.

Existen pues dos parámetros que son contenidos por la continuidad, entendida de modo amplio, el de regularidad del servicio en el tiempo y bajo las condiciones que las normas y el contrato establecen, entendida como uniformidad.

Así, podemos señalar en torno al primer aspecto que debe el operador o empresa prestadora deben asegurar que en el transcurso del tiempo el servicio sea prestado de forma regular y sin interrupciones, salvo que existan causas no imputables a la empresa que supongan un corte del servicio por un lapso de tiempo.

Dicha situación nos hace reflexionar en la necesidad del desarrollo de infraestructura y tecnología que cada prestador en cada servicio específico debe desarrollar para garantizar la continuidad y mantenerla; es decir, si tenemos en cuenta la realidad del servicio de agua la brecha en infraestructura existente y la falta de inversión considerable resultan obstáculos reales para lograr una continuidad consolidada del servicio; así también en aquellos sectores, como el de telecomunicaciones, donde el desarrollo de la continuidad va de la mano con el avance tecnológico resulta fundamental contar con inversión suficiente que garantice el incorporar nuevas y mejores tecnologías.

En relación con la uniformidad del servicio, resulta necesario que el servicio prestado no solo observe una continuidad en el tiempo, sino una permanencia de calidad en la prestación; es decir, sea prestada en atención a los estándares de calidad que la norma y el contrato establecen.

Dadas las diferencias tecnológicas y de mercado presentes en cada Servicio Público es necesario caer

⁹ RIVERO ISERN, Enrique. "La protección del Usuario de los Servicios Públicos". En *Revista de Administración Pública* N° 87, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1978, p. 209. Cita de Tardieu "...la continuidad es la esencia del servicio público...".

¹⁰ Sentencia N° 00034-2004-PI/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html> Fecha de ingreso: 09 de octubre de 2011.

¹¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana". En: Vignolo Cueva, Orlando. *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima. p. 26.

en la cuenta de que optar por una regla general de continuidad no resulta pertinente siendo relevante tomar en consideración el sector regulado; y es que "(...) el principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que éstos últimos ofrecen a los ciudadanos (...)"¹².

Es por ello que, podemos establecer tipos de continuidad, conforme lo antes señalado. Aquella respecto de servicios "(...) que por la necesidad colectiva que satisfacen no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, electricidad (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta (...)"¹³; es decir tal y como consideramos en las primeras líneas del presente comentario existen servicios que dada su naturaleza se vinculan directamente a criterios de necesidad colectiva e interés público, los mismos que, yendo un poco más allá, escapan del ámbito técnico y estacional y se sustentan en valores del Estado mucho más elevados, cuya protección debe ser asegurada.

Por otro lado, "(...) también puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos (...)"¹⁴; los mismos que, si bien resultan importantes, existe un marco de tolerancia en su interrupción dada la naturaleza del servicio y los costos ineficientes de su mantenimiento continuo.

Tomando en consideración ello, podemos mencionar respecto del agua potable que se ha desarrollado una definición que establece los márgenes y consideraciones a ser tomados en cuenta para este servicio así se entiende que "(...) las prestaciones deben ser instantáneas y continuas las veinticuatro horas del día. Solo son aceptables las interrupciones que no se puedan evitar (fuerza mayor), para las cuales deben existir manuales de operación en casos de emergencia o interrupciones parciales. Debidamente informadas a los usuarios, para efectuar faenas de mantenimiento, reposición o ampliación de la infraestructura. La prestación del servicio de agua potable restringido a algunas

horas del día, fomenta un almacenamiento incontrolado y favorece el malgasto y la contaminación. Las obstrucciones que paralizan la prestación del servicio de alcantarillado deben evitarse al máximo (...)"¹⁵.

De esta definición es posible desprender una serie de elementos que son necesarios analizar; y es que si bien se busca que la prestación no se vea amenazada por razones atribuibles a la empresa, en virtud de su ineficiencia o hasta incompetencia, existen situaciones eximentes de responsabilidad y que la normatividad relaciona con la figura jurídica de caso fortuito o fuerza mayor.

Es importante además considerar los problemas colaterales que vienen acompañados de la restricción del derecho una vez incumplida la continuidad en la prestación; así en el caso del agua la falta de continuidad genera que el almacenamiento de agua no solo genere un malgasto del recurso sino un deterioro de la calidad del agua, la misma que además de ser almacenada es recomercializada causando riesgos a la salud y el medio ambiente.

2.1 Hipótesis de responsabilidad y fuerza mayor

Desde los Reguladores¹⁶ existe el desarrollo de condiciones valorativas de hechos en torno a la ruptura de la continuidad, así "(...) se ha reconocido (...) que para comprobar la vulneración del principio de continuidad de servicio, se requiere incurrir en hipótesis previamente definidas y que evidencien una afectación masiva, absoluta o prolongada en determinado tiempo y espacio que amerite apreciar que no se ha dado continuidad al servicio (...)"¹⁷. Es decir, el grado de afectación e interrupción debe comprometer un grupo considerable de usuarios, el mismo que no podrá acceder de modo integral al servicio a través de un período prolongado de tiempo.

Tal y como desarrolláramos en el anterior comentario dichas circunstancias van acompañadas en todos los casos de obligaciones de comunicación permanente con el usuario por parte

¹² RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan. "Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano". En Revista de Derecho Administrativo CDA N° 5, Lima, 2008, p. 46.

¹³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición, Lima, 2005, p. 69.

¹⁴ Loc. cit

¹⁵ ALFARO FERNANDOIS, Raquel. Fomento de la eficiencia de las empresas estatales de agua potable y saneamiento. CEPAL – División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, 2009, p. 25.

¹⁶ En particular en el caso de OSIPTEL y su Reglamento sobre Continuidad del Servicio Telefónico bajo la Modalidad de Teléfonos Públicos en Centros Poblados Rurales.

¹⁷ RIVADENEYRA SANCHEZ, Juan. Op. cit. pp. 46 y 47.

de la empresa prestadora respecto de las causas de interrupción y las actividades y tiempos de remedio; particularmente en el caso de agua potable, dado su carácter esencial, existen obligaciones en torno a la provisión alternativa del servicio.

En torno a la determinación de responsabilidad DROMI ha establecido una serie de recaudos a ser tomados en cuenta; así deben existir "(...) 1) la falta de provisión del servicio en 'forma eficiente'; 2) ausencia de circunstancias de 'excusabilidad' de la prestadora; y 3) la ausencia de dolo o culpa del usuario (...) "¹⁸.

En cuanto a la ausencia de excusabilidad la doctrina ha vinculado dicho extremo con la fuerza mayor; al respecto podemos señalar que conforme al artículo 1315° del Código Civil peruano señala que *"caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

Así es importante indicar que en primer lugar existe una ruptura de relación causal entre la conducta del operador, ya sea activa o pasiva, y la situación causante; es decir los márgenes de responsabilidad se hallan descentrados de las acciones del operador. Asimismo, es necesario que exista una posición previsora y diligente permanente que en la sucesión repentina del hecho otorgue a éste un grado de extraordinariedad e imprevisibilidad relevante. Las medidas de seguridad y previsión tomadas determinaran si el hecho ha sido posible de evitar o no, configurando su irresistibilidad.

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁹ la concurrencia de todos los elementos configuradores es central; así *los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito (...)*". Dicha confirmación de

conurrencia debe ir de la mano con el análisis y ponderación de todos los hechos que rodean el acontecimiento.

2.2 Marco de protección de continuidad (y calidad) en torno al servicio

El nivel de desarrollo de los derechos de los usuarios en el marco de un servicio público parte por generar desde las normas y el sistema regulatorio una concordancia en dos conceptos legales que la regulación de los servicios públicos desarrolla: prestación de servicio, ya sea estatal o privado, y protección de los consumidores²⁰.

La doctrina ha desarrollado un marco de protección, desde la Administración, que tiende a preservar y garantizar dichos derechos, entre los que tenemos relevantes a la continuidad y calidad "...vías procesales eficaces, (...) defensa de la competencia, (...) organización de asociaciones de usuarios, (...) marcos regulatorios, (...) [y] participación de los organismos de control..."²¹.

En suma cuenta la generación de un marco normativo de protección debe obedecer al aseguramiento de un grupo de garantías durante la negociación, fijación y adhesión al contrato; durante la prestación del mismo, a través del respeto y protección de condiciones de calidad y continuidad; y, generándose las vías de reclamación y restitución adecuada del Servicio Público en caso de incumplimiento.

En virtud de lo señalado existe, en el marco de los Servicios Públicos "(...) una doble vía de protección: la primera, está representada por los instrumentos que preservan su autonomía contractual que él puede ejercer para procurarse las prestaciones que mejor se adapten a sus intereses; la segunda, deriva de la aplicación de las reglas específicas establecidas por el Poder Público, que debido a la insuficiencia del ejercicio de la autonomía contractual para llegar a condiciones de transacción aceptables, y teniendo en cuenta la necesidad de la prestación, sustituye la libertad de los contrayentes por prescripciones imperativas, ante las cuales ninguna derogación es admitida (...)"²².

¹⁸ DROMI, Roberto. Op. cit. p. 89.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989. Disponible en www.cortesuprema.gov.co, fecha de ingreso: 27 de setiembre de 2011.

²⁰ Ver el desarrollo de ambos conceptos en SOLANES, Miguel. *Servicios Públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado*, CEPAL – División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, 1999. Disponible en www.eclac.cl, fecha de ingreso: 28 de setiembre de 2011.

²¹ DROMI, Roberto. Op. cit. pp. 75-77.

²² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "Apuntes en torno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios públicos ya la actividad

A partir de ello podemos señalar por un lado, que la autonomía contractual puede ser ejercida bajo ciertas condiciones que resultan necesarias notar.

Así debemos decir que resulta necesario que el estado asimétrico de información sea neutralizado equilibrando el vínculo precontractual y contractual que asuma el usuario, estableciendo las condiciones de prestación obligaciones y derechos de forma adecuada, así como las consideraciones en torno a la calidad y continuidad del servicio.

Asimismo y reconociendo, tal y como lo indicáramos anteriormente, que los Servicios Públicos poseen cada uno condiciones de prestación y negociación distintas; es decir, existen una serie de servicios en donde el margen de negociación no es considerable y es finalmente el usuario quien se adhiere a las condiciones preestablecidas. Cobra allí relevancia el desarrollo de una normatividad clara, que en palabras de MURATORIO busca "(...) tutelar la especial situación en la que se sitúa el usuario o el consumidor final frente al prestador o vendedor, una relación entre lo profano y lo experto (...)"²³; y, un sistema en que los Organismos Reguladores gocen de claras competencias e institucionalidad consolidada.

Dichas condiciones deben ir acompañadas de la generación de espacios para la participación y el dialogo con el usuario y la creación de asociaciones de consumidores que dada la relevancia de los Servicios Públicos se constituyen como base para la mejora de las condiciones del servicio.

Finalmente, es en relación a la continuidad que si bien desde los Reguladores se han establecido normas de control y consignación de ella como indicador de la gestión de la empresa²⁴ y elemento de evaluación para el establecimiento de tarifa, se advierte que "(...) las técnicas de protección de la continuidad son variadas (...) consagradas en marcos legales incluso ajenos al específico de los Servicios Públicos: (...) normas laborales y (...) penales (...)"²⁵; estableciendo en ellas, tal y como notara Danós, elementos propios de protección de la continuidad tales como el desarrollo de una garantía para mantener los servicios esenciales en la huelga o la imposición de penas por el entorpecimiento de la normalidad en el funcionamiento de Servicios Públicos; es decir, asumiendo una coherencia normativa en busca de preservar la continuidad al ser esta, recordando a TARDIEU, la esencia del Servicio Público.

de la Administración reguladora". En: Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 330. Cita de Jorge Muratorio.

²³ *Ibidem*, p. 335.

²⁴ Véase la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2006-SUNASS-CD. Disponible en www.sunass.gob.pe, fecha de ingreso: 8 de octubre de 2011.

²⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.* p. 30.