

El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea

Alberto Cairampoma Arroyo * ** ***

SUMILLA

En el presente trabajo el autor realizará análisis breve respecto del cambio de terminología del concepto de Servicios Públicos a raíz de los procesos de liberalización que se plantearon en la Unión Europea, centrandos los intereses en el servicio universal, dándole un mayor desarrollo al tema respecto del caso del sector eléctrico. Luego de ello, examinará el proceso de liberalización del sector eléctrico peruano e intentará responder la interrogante si, resulta posible, en nuestro país hablar de Servicio Universal en el sector eléctrico.

I. Introducción

Los procesos de liberalización de los Servicios Públicos en la Unión Europea involucraron una serie de medidas regulatorias que causaron efectos en la política y el marco jurídico de los Estados miembros; uno de esos efectos en el campo jurídico fue el replanteamiento de un concepto clave para varios países de la Unión Europea: el Servicio Público. Ciertamente, países como Francia, España e Italia utilizaban el término Servicio Público como una categoría jurídica que implicaba el desarrollo de un régimen jurídico especial para las actividades calificadas como tal, todo ello antes de los procesos de liberalización iniciados en la década de los ochenta del siglo pasado.

El hecho de tener un régimen jurídico especial para los diversos Servicios Públicos (telecomunicaciones, electricidad, gas natural, entre otros) implicaba contar con una serie de derechos y obligaciones para el Estado y los operadores, categorías jurídicas propias de cada actividad (concesiones, autorizaciones, licencias), regulación de aspectos técnicos, de seguridad entre otras disposiciones especiales, incluso la posibilidad de que el Estado intervenga

en el mercado a través de una empresa pública (que muchas veces significaba una prestación en monopolio); por ello, el que una actividad sea considerada Servicio Público resultaba muy importante.

En ese sentido, cuando se iniciaron los procesos de liberalización y se discutieron, para cada caso, una serie de reformas que implicaban la introducción de competencia, replanteamiento del papel del Estado en la economía, privatizaciones, entre otras medidas; se consideró como parte de la discusión cuál debía ser el nuevo rol del Servicio Público, incluso si debía seguir existiendo como concepto vigente o no. Los argumentos a favor y en contra del Servicio Público fueron esbozados en los distintos libros verdes y blancos, en los proyectos de Directivas y Reglamentos de la Unión Europea. Finalmente, las autoridades comunitarias decidieron replantear el concepto de Servicio Público, en la medida que si bien se trataba de una figura jurídica importante para algunos Estados miembros, la misma no había sido difundida en todas las tradiciones jurídicas de los países de la Unión.

Este replanteamiento del esquema conceptual en la Unión Europea, originado en los diversos procesos

* Profesor de Derecho Administrativo de la PUCP y la Universidad ESAN.

** El autor agradece la colaboración en esta investigación de Paul Villegas Vega, alumno del último ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP, miembro del Círculo de Derecho Administrativo.

*** Este artículo está dedicado a Elizabeth Catherine Arias Calderón: mi amiga, mi compañera, mi consejera, mi apoyo, mi motivación.

de liberalización, incorporó nuevos conceptos como los de servicios de interés general, servicio de interés económico general, obligaciones de Servicio Público y servicio universal.

En el presente trabajo haremos un análisis sucinto del cambio de terminología a raíz de los procesos de liberalización que se plantearon en la Unión Europea, centrandó nuestro interés en el servicio universal, especialmente en el caso del sector eléctrico. Luego de ello, analizaremos el proceso de liberalización del sector eléctrico peruano y trataremos de responder si en nuestro país se puede hablar de Servicio Universal en el sector eléctrico.

1. Políticas de liberalización en la Unión Europea¹

La comprensión del papel que desempeña actualmente el Estado en la economía, resulta fundamental para poder sentar las bases que permitan un cabal entendimiento del nuevo rol del Servicio Público. Dicho análisis debe comprender la crisis que presentara el Estado de Bienestar en su momento, el proceso de liberalización llamado a solucionar dicha crisis, el principio de solidaridad y subsidiariedad que les sirven de apoyo, la transformación que ha operado en el concepto de Servicio Público, hasta la aproximación a la conformación actual de un Estado Social de Mercado; todo ello a fin de dar paso a la configuración del nuevo esquema conceptual aplicado en la Unión Europea.

1.1. La liberalización

La liberalización denota la supresión de las trabas que impiden que pueda considerarse que la actividad económica sea libre, por consiguiente, se presenta la supresión de los monopolios y de aquellas actividades nacionalizadas o declaradas Servicios Públicos; en consecuencia, solo los poderes públicos estarían habilitados para desarrollar².

De manera que "(...) el proceso de liberalización aparece como un movimiento de revisión de las

técnicas tradicionales de intervención, en busca de soluciones más eficaces, que permitan un mejor cumplimiento de los objetivos de Servicio Público"³.

De este modo, el contenido central y medular de la liberalización supone devolver a la sociedad civil y a la libre iniciativa económica lo que, en virtud de actos de reserva estatales realizados en el pasado, estaba acotado para la actuación de los poderes públicos, excluyendo al Estado de la actividad prestacional de servicios y actividades⁴.

En consecuencia, se enarbola la bandera del mercado y la libre competencia, en contraposición a la intervención directa del Estado en la economía, de modo que ahora sería la iniciativa privada el medio por el cual se trataría de llevar a cabo una eficiente prestación de los servicios para todos.

Ahora bien, este planteamiento no desconoce que el mercado tiene sus propias reglas y que, en base a ellas, la satisfacción de las necesidades esenciales está sujeta al poder adquisitivo que ostentan las personas que acuden a este nuevo escenario. De ahí que sea imprescindible la participación por parte del Estado, aún a pesar del protagonismo del mercado, para garantizar ampliamente el alcance de dichas necesidades.

En la práctica, la liberalización no solo implica una pura apelación al mercado, a la iniciativa particular y a la competencia, para satisfacer inicialmente la necesidad de bienes y servicios de los particulares; sino que resulta inevitable que se nos presente la preocupación de imponer a la iniciativa privada determinadas obligaciones de calidad, continuidad e incluso de solidaridad, el cual pone de relieve que la liberalización no se vuelve de espaldas a las exigencias del Estado de Bienestar⁵.

En atención a ello, este proceso más que una disminución o atenuación de la intervención administrativa, supone el cambio de carácter de esta última; es decir, disminuye la actuación directa

¹ Para la elaboración de los puntos 1 y 2 del presente trabajo nos hemos basado en: SOLAR ALVAREZ, Guelly y Alberto, CAIRAMPOMA ARROYO. El Régimen Legal del Servicio Universal en Telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL. Editorial: Adrus, Lima, 2010, pp. 521.

² DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. "Constitución y modelo económico liberalizador", Cuadernos de Derecho Público N° 9, enero-abril, 2000, p. 31.

³ SENDÍN, Miguel Ángel. *Hacia un Servicio Público europeo: el nuevo derecho de los Servicios Públicos*. Comares, Granada, 2003, pp. 215-216.

⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Ob. cit., ídem.

⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Ob. cit., pp. 45-46.

de prestación y producción de bienes y aumenta la actividad de regulación y control⁶.

Como bien afirma ARIÑO, “frente a la crisis del Estado del Bienestar, no basta decir: “volvamos al Estado liberal, al Estado mínimo”; sería un simplismo. Frente a la sociedad urbana y compleja en la cual lo colectivo ha sustituido a lo individual, el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la “locura liberal”, que cree que el Estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado (...)”⁷.

En buena cuenta, se trata de un replanteamiento del rol que cumple el Estado dentro de la economía, se busca que el Estado ceda el camino a los particulares para que éstos ejerzan su derecho de libertad de empresa e iniciativa privada. Empero, no es una cesión completa o absoluta porque el Estado debe señalar cuáles son las reglas y obligaciones mínimas que deben de cumplir, a fin de velar por el bienestar del interés general. Cabe resaltar cómo en este contexto, al igual que con las public utilities en los Estados Unidos, el interés público frente al libre mercado requiere de cierto control, a efectos de garantizar el logro del bienestar general.

1.2. El principio de subsidiariedad

Complementariamente a este proceso de reforma del Estado de Bienestar, conviene reparar en el principio que les sirve de trasfondo o, cuando menos, de apoyo pleno al proceso de liberalización: la subsidiariedad⁸.

El accionar del Estado pasa a ser guiado por el principio de subsidiariedad: “esta acción subsidiaria del Estado tiene como presupuesto la insuficiencia o defecto de la iniciativa privada, que con las correcciones de rigor sigue siendo la piedra angular del sistema”⁹, de esta forma, “el sector público queda reconducido a una posición complementaria -subsidiaria- y en clara dependencia y subordinación al sector privado”¹⁰.

Expresado de otra manera, la acción subsidiaria presupone un deslinde de actividades y de responsabilidades entre el Estado y la Administración, y de otro lado, el individuo y la sociedad en su conjunto. De manera que la actuación subsidiaria del Estado, se debe al hecho que, por las razones que sean, quienes en realidad tendrían que actuar -los particulares en ejercicio de la iniciativa privada- no lo hacen; por ello, el Estado subsidiario no es sino el Estado que únicamente interviene cuando los intereses generales no quedan satisfechos por la propia dinámica y desarrollo de las actividades de los particulares¹¹.

De lo dicho hasta aquí y sin olvidar la actualización del papel del Estado en el proceso de liberalización, podemos decir, siguiendo a BARNES¹² que, el principio de subsidiariedad, en general, presenta una doble vertiente o dimensión: una negativa o de prohibición, consistente en impedir una intervención innecesaria del Estado, mientras que la otra, de carácter positivo o de habilitación, en virtud de la cual el Estado puede intervenir para “auxiliar” a los particulares en su propósito de satisfacer las necesidades de los ciudadanos¹³.

Con esta afirmación, volvemos sobre la idea de que el cuestionamiento al desempeño del Estado Social y la consiguiente amplia cabida a la iniciativa privada, se apoya en la regla de la subsidiariedad (dimensión negativa), no obstante, ésta no impide al Estado involucrarse en la consecución de los fines y objetivos de satisfacción de especiales necesidades, que en ciertas circunstancias (situaciones no atendidas por el mercado) resulta imperativo (dimensión positiva).

1.3. El principio de solidaridad

Dentro del contexto que venimos desarrollando, resulta de interés revisar el principio de solidaridad, en la medida que ha cumplido y cumple un rol importante en la justificación de la intervención del Estado en la economía.

⁶ SENDÍN, Miguel Angel. Ob. cit., p. 217.

⁷ ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Ara editores y Ariño Asociados, Lima, 2004, p. 150.

⁸ SENDÍN, Miguel Angel. Ob. cit., p. 231.

⁹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública”. En: Revista de Administración Pública N° 46, enero-abril, 1965, p. 111.

¹⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Derecho Administrativo Económico. Tomo I, Editorial: La Ley, Madrid, 1991, p. 229.

¹¹ FERNANDEZ FARRERES, Germán. “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”. En: Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo. Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 167. El citado autor esboza el comentario bajo referencia, en el pie de página (6).

¹² El autor hace un análisis de la aplicación del principio de subsidiariedad para el caso de la Unión Europea. BARNES, J., “El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas”. En: Revista Andaluza de Administración Pública, N° 18, abril-mayo-junio, 1999, p. 49.

¹³ BARNES, J., “El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht...”, Loc. cit., ídem. También, vid. el artículo G.A.5. (inserto en el título II), segundo párrafo del Tratado de Maastricht.

En efecto, en la tradición del derecho continental, este principio ha cumplido un rol medular dentro de la estructura de todo el sistema jurídico, más aún en el proceso de cambios del rol del Estado, en tanto se ha replanteado su forma de intervención en la economía.

En opinión de REAL, "la solidaridad se manifiesta mediante los Servicios Públicos. El Estado debe asumir determinadas prestaciones colectivas en la medida en que debe garantizar a los ciudadanos tanto su efectiva disponibilidad como su acceso en condiciones de igualdad. El recurso al mercado como único instrumento regulador provocaría la exclusión de quienes no pudieran pagarlos, su reducción a sectores o zonas geográficas rentables, ambas cosas a la vez o, simplemente su desaparición cuando el análisis coste/beneficio no resultara atractivo al sector privado"¹⁴.

En ese sentido, podemos afirmar que existe un primer elemento de coincidencia entre el Servicio Público y los nuevos conceptos comunitarios, que luego analizaremos, en cuanto existe en ambos casos una preocupación por parte del Estado por quienes no pueden acceder a servicios esenciales bajo condiciones de mercado. Sin lugar a dudas, esta preocupación se acrecienta cuando se decide liberar el mercado y son los privados los que actúan en base a intereses distintos a los del Estado.

Para el caso del servicio universal, uno de los nuevos conceptos introducidos por las autoridades comunitarias, su vinculación con el principio de solidaridad queda esgrimida del modo siguiente: "La fórmula "servicio universal" alude a una prestación que por su carácter esencial ha de suministrarse (servicio) a todos los ciudadanos, por encima de las dificultades físicas, geográficas, económicas o sociales que puedan existir para ello (universal). La idea de solidaridad social está, pues, en la base de esta nueva categoría jurídica como lo estaba en el viejo concepto de Servicio Público en la definición dada por L. Duguit, solo que ahora la forma de asegurar la prestación universal del servicio es completamente distinta, pues se trata de servicios prestados en régimen de competencia"¹⁵.

En consecuencia, el principio de solidaridad retoma la importancia que le corresponde dentro de la discusión sobre las políticas liberalizadoras con una valoración positiva del mercado y su relación con el cumplimiento de los intereses públicos.

1.4. Impacto de las políticas de liberalización en los Servicios Públicos : El Servicio Público como concepto funcional en un contexto liberalizado

En atención al desarrollo el cual venimos estudiando, existe una cuestión que no puede dejar de considerarse, en la medida que va a ser determinante para la posterior configuración del nuevo marco normativo en la Unión Europea, nos referimos al rol que debía tener el Servicio Público.

Según SENDIN la discusión no se encuentra en la desaparición de tan importante concepto, sino más bien en una nueva formulación del mismo, donde concluye que el nuevo rol que juega es funcional dejando de constituir una auténtica, y porque no decir única, garantía de prestación¹⁶.

En este sentido, la transformación del Servicio Público se encuentra estrechamente relacionada con el cambio de rol del nuevo Estado en el nuevo contexto de libre mercado. En este nuevo escenario el Estado abandona su rol protagónico en el mercado como prestador, para seguir desempeñando un rol importante pero como regulador, y, paralelamente, se abandona la perspectiva subjetiva que se tenía del Servicio Público, manteniendo la configuración funcional u objetiva.

Confirmando lo señalado, CHINCHILLA sostiene que el resultado de la implementación de las políticas de liberalización no ha sido que el Estado no sea más el titular del servicio, lo que ha cambiado, es su forma de prestación que ha pasado de la gestión directa por la Administración, o indirecta por el concesionario, a la prestación por los particulares en régimen de competencia pero con sometimiento a determinadas obligaciones, entre las que destaca, de forma muy significativa, el Servicio Universal¹⁷.

¹⁴ REAL, G. "La solidaridad en el Derecho administrativo". En: Revista de Administración Pública, Nº 161, mayo-agosto, 2003. Resumen Ejecutivo. Indicadores de Telecomunicaciones de las Américas, UIT, Ginebra, 2000, p. 163.

¹⁵ Comentario que realiza al artículo 21º de la Ley 32/2003, CHINCHILLA, Carmen, en: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Coords.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Editorial: Civitas, Madrid, 2004, p. 368.

¹⁶ SENDIN, Miguel Angel. Ob. cit., pp. 218-219.

¹⁷ CHINCHILLA, Carmen y Matilde, CARLÓN, "Del Servicio Público al servicio universal de las telecomunicaciones o renovación?" En: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 158.

De todo lo mencionado, podemos ir adelantando que el Servicio Público, en el contexto de cambio descrito, fue adaptado como un concepto clave dentro del sistema y, a su vez, el servicio universal, como nuevo concepto se ha tornado en una de las figuras que encarna de mejor forma esa configuración actual del Servicio Público, en un escenario en el cual ya no se cuenta con la titularidad del Estado, sino con el reconocimiento de la libre iniciativa y el establecimiento de la libre competencia.

Tal es la vinculación reconocida entre el servicio universal y el Servicio Público que, importante sector de la doctrina ha llegado a afirmar que se trata de “un servicio que cumple una misión pública y que se presta en un entorno competitivo”¹⁸, el servicio universal es el sucesor del Servicio Público con una asunción de sus objetivos y experiencias de por medio¹⁹ o el servicio universal es el nuevo Servicio Público²⁰.

Por lo dicho, compartimos la tesis acerca de que los nuevos conceptos introducidos en la Unión Europea engloban, hoy en día, los aspectos más esenciales del Servicio Público de ayer, a pesar de los distintos matices que pudieran encontrarse entre uno y otro. Si quisiéramos dotar de un nombre a dicho aspecto esencial, nos parece que se vería reflejado de la mejor manera en el principio de universalidad atribuido al Servicio Público y en otras características que iremos señalando a lo largo del presente trabajo.

2. Nuevo esquema conceptual en el marco normativo de la Unión Europea: Replanteamiento del concepto tradicional del Servicio Público

En principio, debemos precisar que la concepción clásica del Servicio Público, entendido como

publicatio o actividad reservada al poder público²¹, no ha sido adoptada como tal por la normativa de la Unión Europea, sino que se ha adoptado un término distinto: servicio de interés económico general.

Ahora bien, se debe aclarar que si bien la Unión Europea no adoptó el término Servicio Público²², sin embargo, se puede afirmar que sí acogió la esencia del mismo contenido dentro de la denominación servicio de interés general. En ese sentido, Martín REBOLLO afirma que “para la Comisión, Servicio Público supone, sobre todo, una actividad de interés general que conlleva ciertas obligaciones, justamente denominadas “obligaciones de Servicio Público” que pueden imponer las autoridades a escala nacional o regional”²³.

Así, en opinión del referido autor español, hoy podemos entender por servicios de interés general a las actividades –públicas o privadas– que cumplen misiones de interés general y están sometidas, por ello, a obligaciones de Servicio Público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la igualdad, la garantía de un mínimo común de bienestar. Pueden abarcar todos los servicios –de mercado y de no mercado– que las autoridades públicas consideren de interés general²⁴.

En consecuencia, el servicio de interés general es la afirmación del Servicio Público, pero entendido a partir del cumplimiento de ciertas misiones de interés general, las cuales son denominadas obligaciones de Servicio Público.

Al respecto, coincidimos con FERNÁNDEZ cuando señala acertadamente que “la noción de servicio de

¹⁸ MORAL, Leonor. “Servicio universal y telecomunicaciones en el Derecho Comunitario”. En: REDETI, N° 16, enero-abril, 2003, p. 42.
¹⁹ ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y AGUILERA, Lucía. Las telecomunicaciones por cable. Marcial Pons: Madrid, 1996, p. 193. De acuerdo con la presentación del libro citado, este comentario le correspondería a Juan Miguel de la Cuétara.
²⁰ ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y AGUILERA, Lucía. Ob. cit. Ídem.
²¹ CHINCHILLA, Carmen y CARLÓN, Matilde, consideran que el Servicio Público tiene doble consecuencia: por un lado, supone la obligación o responsabilidad de parte del poder público; y, por otra, supone la exclusión de la realización de dicha actividad por los particulares, quienes solo pueden llegar a realizarla a través de las distintas formas de lo que tradicionalmente se ha denominado gestión indirecta. CHINCHILLA, Carmen y CARLÓN, Matilde, “Del Servicio Público al servicio universal de las telecomunicaciones o renovación?...”, Ob.cit., p. 157.
²² En el Anexo I, definición de términos del Libro Blanco de 12 de mayo de 2004 [COM (2004) 374 final] se justifica por qué no se utiliza el término Servicio Público: “Los términos “servicios de interés general” y “servicios de interés económico general” no deben confundirse con la expresión “Servicio Público”, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio. Por esta razón, dicha expresión no se utiliza en el presente documento”.
²³ MARTÍN REBOLLO, Luis, “Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo Servicio Público)”. En: L. COSCULLUELA (Coord.), Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín-Retortillo, Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 640.
²⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis. Loc. cit., ídem.

interés general juega un papel de supraconcepto, que no niega ni excluye la noción de Servicio Público, sino que simplemente lo engloba y lo comprende²⁵.

A partir de lo expuesto, podríamos concluir que cuando nos referimos al concepto de servicio de interés general debemos concentrarnos en cómo ha sido configurado sin tener en cuenta su relación con el viejo concepto de Servicio Público. No obstante ello, consideramos que más allá de la denominación que se utilice y el análisis que se realice al respecto, debe rescatarse que el objetivo que trasciende a la creación del Servicio Público permanece bajo la figura jurídica del servicio de interés general.

Dentro de este escenario, conviene advertir que el tema de las nuevas políticas comunitarias de liberalización, no ha desvirtuado el cumplimiento de misiones de interés general. Por el contrario, han complementado los objetivos a los que atienden estas políticas, tales como: la cohesión territorial, la continuidad, calidad de servicio, su carácter asequible y la protección de los usuarios y consumidores.

Ahora bien, en la normativa europea se concibieron nuevas nociones, tales como: servicios de interés económico general, servicios de interés general, servicio universal, obligaciones de Servicio Público, a través de los cuales las autoridades comunitarias han dado nacimiento a un nuevo marco conceptual comunitario, el cual a su vez representa un factor esencial dentro del sistema jurídico establecido para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

2.1. Servicio de interés general

Como bien se establece en el Libro Verde sobre servicios de interés general, "el término "servicios de interés general" no figura en el Tratado [de Ámsterdam de 1997]. En la práctica comunitaria, deriva de la expresión "servicios de interés económico general", que sí recoge el Tratado"²⁶.

Posteriormente, en el Libro Blanco sobre los servicios de interés general²⁷, con relación a dicho concepto se señala que es más amplio que el de servicios de interés económico general (anunciado

tiempo antes), debido a que abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de Servicio Público.

En ese sentido, siguiendo lo mencionado en el referido Libro Verde sobre los servicios de interés general, se puede afirmar que los mismos incluyen servicios de naturaleza tanto económica como no económica. Asimismo, abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo –desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transportes y telecomunicaciones) hasta sanidad, educación y servicios sociales-; así como, de dimensiones diversas (ámbito local, europeo o incluso mundial) y de diferente naturaleza (dependiendo de su sometimiento o no a la disciplina de mercado).

De otro lado, podemos citar a CHINCHILLA, quien considera que en la noción "servicio de interés general" está la idea de garantizar una prestación esencial de la misma manera que lo estaba en la concepción originaria del Servicio Público, con la diferencia de que ahora la prestación se realiza en un régimen de competencia, por parte de los particulares, quienes en determinadas circunstancias se encuentran sujetos a ciertas obligaciones²⁸.

Cabe hacer notar, que si bien los servicios de interés general pueden ser calificados como una expresión de nuevo cuño dentro de la Unión Europea, cada Estado miembro puede (y así lo hace) configurar diversas formas de estos servicios en atención a los elementos anteriormente detallados.

No obstante ello, las autoridades comunitarias consideran que la legislación comunitaria vigente en materia de servicios de interés general, contiene una serie de elementos comunes que podrían servir de base para la definición de un concepto comunitario. Entre estos elementos destacan los siguientes: servicio universal, continuidad, calidad de servicio, asequibilidad, y protección de los usuarios y los consumidores²⁹.

No podemos dejar de mencionar la existencia de los servicios económicos de interés general, aquellos servicios de mercado a los que se imponen obligaciones de Servicio Público en virtud de, o en atención a, intereses generales y que suelen ser los servicios de red (transportes, energía, comunicaciones, etc.).

²⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 67.

²⁶ Al respecto, vid. el punto 16 del Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003)270 final-Diario Oficial C 76 de 25.3.2004].

²⁷ Libro Blanco sobre los servicios de interés general, [COM (2004) 374 final], Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 12.5.2004, p. 24.

²⁸ CHINCHILLA, Carmen y Matilde, CARLON. Ob. cit., ídem.

²⁹ Al respecto, vid. el punto 49 del Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003)270 final-Diario Oficial C 76 de 25.3.2004].

Finalmente, es del caso precisar que “en la Unión, los servicios de interés general resultan fundamentales para garantizar la cohesión social y territorial, y la competitividad de la economía europea. Los ciudadanos y las empresas tienen legítimas expectativas de acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad en todo el territorio de la Unión Europea. Para los ciudadanos de la Unión, tal acceso constituye parte esencial de la ciudadanía europea, necesario para disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales”³⁰.

2.2. Servicios de interés económico general

Con relación a los servicios de interés económico general, el Libro Blanco los define como aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las telecomunicaciones³¹.

En esa línea, ZEGARRA sostiene que “los servicios de interés económico general constituyen un subconjunto de los servicios de interés general, y comprenden únicamente la actividad de carácter económico prestada a título oneroso y que los poderes públicos se ocupan de promover en pro del interés general”³².

Por su parte SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, respecto de los mismos servicios, considera que “la titularidad corresponde a los sujetos privados, reservándose para el Estado la potestad de imponer toda una serie de obligaciones sobre los operadores para preservar los fines de interés general”³³.

De lo señalado se desprende, que los servicios de interés económico general se caracterizan por encontrarse vinculados a las obligaciones de Servicio Público, en tanto requieren de ciertas exigencias que permitan resguardar el interés de los usuarios debido a que son prestados en un entorno competitivo. En efecto, a entender de CARLON “se trata de servicios “económicos” – lo que implica que se prestan en régimen de libre competencia – que se cualifican por concurrir en su garantía un “interés general” derivado de su carácter esencial para los ciudadanos, al menos en un nivel de prestación básico”³⁴.

Finalmente, cabe anotar lo indicado por CARLON respecto a la relación del término bajo análisis y el Servicio Público: “El concepto de servicios de interés económico general tiene, evidentemente, la ventaja, frente al concepto de “Servicio Público”, de ser genuinamente europeo – al menos a efectos terminológicos – y de conectar más directamente con las ideas del mercado, de la competencia, de su carácter económico, de las que es excepción consentida en aras a finalidades de interés general. Lo que no quiere decir que, por debajo de la terminología, haya necesariamente diferencias sustanciales”³⁵.

2.3. Obligaciones de Servicio Público

Respecto de este término en el Libro Verde sobre los servicios de interés general se establece lo siguiente: “alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria”³⁶.

³⁰ Al respecto, vid. el Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM (2004) 374 final, Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 12.5.2004, p. 5.

³¹ Libro Blanco sobre los servicios de interés general, [COM (2004) 374 final], Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 12.5.2004, pág. 24. En el Anexo I, definición de términos se señala: “La expresión “servicios de interés económico general”, utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86º del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término a aquellos servicios de naturaleza económica respecto de los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de Servicio Público”.

³² ZEGARRA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos.... Ob. cit., p. 235.

³³ SÁNCHEZ, Antonio, “Servicio universal ante la reforma del régimen jurídico de las telecomunicaciones”. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos (05/07/2005).

³⁴ CARLON, Matilde. El servicio universal de Telecomunicaciones. Editorial: Aranzadi, Navarra, 2007, p. 39.

³⁵ CARLÓN RUIZ, Matilde. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del Servicio Público al servicio universal”. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José, ESTEVE PARDO (Directores), Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Tomo I, Iustel, Madrid, 2010, p. 513.

³⁶ Al respecto, vid. el punto 20 del Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003)270 final-Diario Oficial C 76 de 25.3.2004].

Para CARLON, dentro del proceso de liberalización de los Servicios Públicos, donde la actividad queda abierta a la libre competencia, resulta necesario evitar el riesgo de que el desenvolvimiento del mercado no garantice el nivel mínimo de servicio a todos los ciudadanos, surge además el mecanismo de las obligaciones de Servicio Público como cargas que se imponen, en su perspectiva prestacional, a determinados operadores de forma suplementaria a las que derivan del estatuto ordinario de un operador, con el fin que presten el servicio al margen de criterios meramente comerciales, en buenas condiciones de coste y calidad; donde estos operadores serán compensados en la medida que ello les suponga un perjuicio competitivo no justificable³⁷.

Por otra parte para CARRASCO y MENDOZA estas "obligaciones del Servicio Público" son una categoría específica y distinta a la de los clásicos "Servicios Públicos"³⁸. De acuerdo con los autores mencionados, la lógica de estas obligaciones obedece a buscar la consecución de determinados objetivos, como: la promoción del acceso a los nuevos servicios de telecomunicaciones en situaciones de igualdad, el impulso de la cohesión territorial, económica y social; la defensa de los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad; o la protección de los grupos sociales con necesidades especiales, como las personas con discapacidad³⁹.

En ese sentido, se puede afirmar que este tipo de obligaciones son "cargas reguladas, con carácter subsidiario, por las normas de gestión indirecta de los Servicios Públicos tradicionales, en el marco de un sistema de libre competencia"⁴⁰. El objeto de estas cargas es garantizar la provisión de servicios esenciales, de adecuada calidad y precios asequibles a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las

circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado⁴¹.

Dentro de este contexto se ha previsto para este tipo de obligaciones el cumplimiento de un rol de principios, los que en su mayoría han sido tomados de los que se aplicaban en el Servicio Público tradicional: no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia⁴².

2.4. Servicio universal

Dentro del desarrollo que se presenta, toma importancia la noción de servicio universal, como un concepto que se enmarca dentro del ámbito de aplicación de las nuevas políticas comunitarias. Específicamente, dentro de los sectores de energía, telecomunicaciones y postales.

De lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que en la normativa del derecho comunitario el contenido esencial de la noción de Servicio Público ha sido recogido en el término servicio de interés general. Paralelamente, se ha establecido el "servicio universal" como un nuevo concepto definido como un conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que prestan actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles⁴³.

Cabe resaltar que dentro del proceso de liberalización progresiva establecido en la Unión Europea, las autoridades comunitarias pusieron desde el inicio énfasis en la importancia que revestía garantizar el acceso a todas las personas a un mínimo determinado de servicios, lo cual resulta factible a través de la aplicación de la técnica de servicio universal.

Para las autoridades comunitarias, la obligación de servicio universal no se considera anticompetitiva per se con la condición de que sea administrada de manera transparente y no discriminatoria y

³⁷ CARLÓN, Matilde. El servicio universal..., Ob. cit., pp. 66-67. La autora española agrega: "la imposición a determinados operadores de obligaciones suplementarias de Servicio Público y, en particular, de servicio universal no resultará, per se, anticompetitiva, siempre y cuando – y así lo recuerda [el considerando 3] la Directiva 2002/22/CE, por referencia a los compromisos asumidos en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) – estas obligaciones "sean administradas de manera transparente y no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido".

³⁸ CARRASCO, Ángel (Coord.). Estudios sobre Telecomunicaciones y derecho de consumo. Editorial: Aranzadi, Navarra, 2005, p. 107.

³⁹ Loc. cit. ídem.

⁴⁰ Loc. cit., ídem.

⁴¹ Loc. cit., ídem.

⁴² CARRASCO, Ángel (Coord.), Estudios sobre Telecomunicaciones y derecho de consumo..., Ob. cit., pp. 111 y 113.

⁴³ MARTIN REBOLLO, Luis, "Sociedad, economía y estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo Servicio Público)...", Ob. cit., p. 641.

con neutralidad en la competencia y no sea más gravosa de lo necesario⁴⁴.

3. Liberalización del sector eléctrico en la Unión Europea

Como en el caso de otras industrias de red consideradas servicios de interés económico general, tales como las telecomunicaciones o gas natural, la electricidad atravesó por un proceso de liberalización que implicó partir de la premisa que partía del Reino Unido: “nadie quiere volver a los tiempos anteriores a la competencia. Por aquel entonces, existían en el Reino Unido monopolios de gas y electricidad caros, ineficientes e indiferentes a los consumidores, cuyas necesidades no cubrían”⁴⁵.

Dentro de ese contexto se buscaba como objetivo la creación de un mercado único de energía el cual suministrara electricidad, hidrocarburos y combustibles sólidos al precio más bajo posible, bajo condiciones de seguridad del suministro y calidad del servicio⁴⁶. En ese sentido, este objetivo resultaba alcanzable si se mejoraba la competitividad de la industria comunitaria lo cual tendría como efecto aumentar el bienestar de los consumidores y usuarios a través de la disminución del coste de acceso a la energía, sin dejar de tener en cuenta la seguridad del aprovisionamiento y la protección del medio ambiente⁴⁷.

Ahora bien, no obstante tener claro el objetivo que se deseaba conseguir, la situación de los sectores de la electricidad y el gas natural era problemática (a diferencia por ejemplo de las telecomunicaciones) “porque la propia naturaleza de estos productos energéticos, su transporte y distribución por redes especiales (redes de alta tensión en el caso de la electricidad y gasoductos en el transporte del gas), y la consideración de Servicios Públicos dificultaban la introducción de medidas de competencia y liberalización”⁴⁸.

En efecto, MUÑOZ MACHADO señala: “Los Tratados fundacionales de la comunidad Europea no contenían

ninguna mención directa a la política energética, que no empezó a aparecer en los documentos comunitarios hasta después de la aprobación del Acta Única Europea. Las primeras referencias contemplan el sector organizado de acuerdo con las pautas tradicionales: una fuerte integración de las compañías productoras y distribuidoras, monopolios naturales y ninguna posibilidad de competencia en el mercado, que por la propia estructura del sector, las características de la propia energía eléctrica y las peculiaridades de las empresas, se considera impracticable. Los primeros documentos se refieren a la mejora de la seguridad del abastecimiento, la reducción de los costes y, en último término, el reforzamiento de la competitividad (Documento de la Comisión sobre la política energética de 28 de mayo de 1985, resoluciones del consejo de 16 de septiembre de 1986 y 2 de junio de 1987)”⁴⁹.

Adicionalmente, se debía tener en cuenta las características estructurales y regulatorias de cada Estado miembro, en la medida que implicaban un obstáculo para el establecimiento de un marco normativo homogéneo.

La suma de estos factores, obligó que las autoridades comunitarias emprendieran un proceso progresivo y lento de liberalización para las actividades energéticas de los Estados miembro, en tal sentido, “La liberalización debía ser gradual y respetuosa en la medida de los posibles de los objetivos nacionales de interés general como la utilización de combustibles autóctonos y la diversificación de fuentes de energía. Por tanto, resultaba adecuado configurar el mercado de la energía en varias etapas, e introducir elementos de flexibilización en las medidas de liberalización, de forma que el proceso se ajustara a las características particulares de cada Estado”⁵⁰.

Dentro de este contexto, GARCÍA MEZQUITA considera que la consecución de un mercado interior de la energía y la liberalización del sector energético europeo se centran en dos factores a resaltar: “Por un lado, los argumentos que desde la

⁴⁴ Al respecto, vid. el tercer considerando de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y el derecho de los usuarios en relación con las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal).

⁴⁵ ASHER, Allan, “La protección de los consumidores en un mercado energético liberalizado lecciones de la experiencia británica”, en: GARCÍA DELGADO, José, El Sector Energético ante un nuevo escenario, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 133.

⁴⁶ GARCÍA MEZQUITA, Yolanda. “El Mercado de energía en la Unión Europea”. En: ECONOMÍAunam, Volumen 3, número 9, 2006, p. 90. Disponible en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2886> (Visitado: 06.04.12).

⁴⁷ Loc. cit. ídem.

⁴⁸ GARCÍA MEZQUITA, Yolanda, Ob. cit. pp. 90-91.

⁴⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.), Derecho de la Regulación Económica, Sector Energético, Tomo I, Iustel, Comisión Nacional de Energía, 2009, Madrid, p. 26.

⁵⁰ GARCÍA MEZQUITA, Yolanda, Ob. cit., pp. 90-91.

Comisión Europea se han esgrimido para impulsar el establecimiento del mercado interior de los productos energéticos (KLOM; 997). Y por otro, se señalan razones de tipo económico que han favorecido la puesta en operación de medidas liberalizadoras y desreguladoras de las actividades económicas, y que se han extendido a las actividades energéticas, afectando tanto al sector eléctrico como a los hidrocarburos líquidos y gaseosos (DE QUINTO y GARCÍA MEZQUITA; 2000)⁵¹.

De este modo, desde una perspectiva normativa se puede afirmar, como ha sucedido con otras actividades consideradas servicios de interés económico general, las Directivas que se han emitido han servido para construir un mercado energético interior comunitario, en la medida que se han armonizado los principios de regulación y competencia de las actividades energéticas, lo cual ha implicado la apertura de mercados nacionales; así como, la integración y articulación de infraestructuras. Todo ello ha implicado que las reglas de funcionamiento de mercado se flexibilicen, garantizando gradualmente la libertad de elección que tienen los usuarios y la creación de organismos reguladores (autoridades independientes) encargadas de supervisar el correcto funcionamiento de estos nuevos mercados⁵².

4. El servicio universal en la regulación del sector eléctrico en la Unión Europea

Habiendo llegado a este punto, debemos advertir que en la Unión Europea, la electricidad es considerada un servicio de interés económico general, el cual ha merecido por parte de las autoridades comunitarias el desarrollo de un proceso progresivo de liberalización el cual ha implicado la adopción de una serie de medidas, entre las cuales se encuentra la regulación del servicio universal, la cual analizaremos en los puntos siguientes, centrándonos en los tres paquetes de Directivas más importantes para el sector eléctrico.

4.1 El Servicio Universal en el primer paquete: Directiva 96/92/CE

Una de las normas comunitarias decisivas para la liberalización y competencia del sector eléctrico fue la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre

de 1996, del Parlamento y del consejo, sobre el Mercado interior de la electricidad, la cual fue objeto de un largo proceso de elaboración que tiene como fecha de inicio el año 1990⁵³.

En la exposición de motivos de la Directiva 96/92/CE se puede leer algunos fundamentos sobre la apertura del mercado: “la introducción de la competencia en un sector debe resultar de la separación de las funciones de transporte y las demás actividades que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente; también la imposición de la separación de las actividades de producción y de distribución, al menos a nivel contable; y, en fin la mayor transparencia posible en todo las empresas que actúan en el sector”.

El profesor MUÑOZ señala además: “La innovadora Directiva de 1996 no dejaba de considerar la necesaria compatibilidad de la implantación del mercado interior de la electricidad con las obligaciones de Servicio Público. La resistencia a la apertura de los mercados se había basado, en buena medida, en la supuesta incompatibilidad de la competencia libre y la función del Servicio Público”⁵⁴.

En efecto, la Directiva enfatiza de manera reiterada en la compatibilidad entre ambos objetivos: “el apartado 9 del preámbulo afirmaba que “las empresas del sector deben poder funcionar en el mercado interior sin perjuicio del respeto de las obligaciones de Servicio Público con miras a un mercado competitivo de la electricidad”. Y los apartados 13 y siguientes continúan diciendo que la norma reconoce que “para garantizar la seguridad del suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de Servicio Público, puesto que, en su opinión, la libre competencia por sí misma no las garantiza”⁵⁵. Debiendo de tener claro “que para que exista compatibilidad entre la libre competencia y las “obligaciones de Servicio Público”, éstas deben ser claramente definidas, transparentes, no discriminatorias y controlables”⁵⁶.

Podemos apreciar claramente que desde un inicio, tal como sucedió en el caso de los procesos de liberalización de las telecomunicaciones, el objetivo era abrir los mercados a la competencia

⁵¹ GARCÍA MEZQUITA, Yolanda, Ob. cit. p. 91.

⁵² Ob. cit. p. 111.

⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Ob. cit., p. 28.

⁵⁴ Ob. cit., pp. 29 - 30.

⁵⁵ Loc. cit. Ídem.

⁵⁶ Loc. cit. Ídem.

sin descuidar aquellas obligaciones de Servicio Público que implica que el Estado garantice la prestación de los servicios considerados de interés general a todos los ciudadanos, utilizando las herramientas jurídicas idóneas.

En lo señalado podemos identificar los aspectos que caracterizan al servicio universal, no obstante debemos señalar que no se hacía mención expresa del concepto, en la medida que esto se produciría más adelante, como lo veremos en los siguientes puntos. No obstante no debemos dejar de considerar que en la Directiva bajo análisis, la apertura de la competencia se centró en los siguientes puntos: i) Medidas de separación entre la función de transporte y las demás actividades que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente; ii) Separación de las actividades de producción y distribución de las empresas verticalmente integradas; iii) Transparencia de contabilidades; iv) Vigilancia de la competencia para evitar abusos de posición dominante⁵⁷.

4.2. El Servicio Universal en el segundo paquete: Directiva 2003/54/CE

Esta Directiva se emite después de varios años después de la primera que inició el proceso de liberalización, dentro de las principales medidas tenemos que se regulan medidas de protección al consumidor, particularmente para proteger a los pequeños clientes y clientes vulnerables (término

muy importante para el caso de la regulación del servicio universal)⁵⁸, y se exige mayor información sobre las fuentes de energía para la producción de electricidad incluida en las facturas o junto a éstas⁵⁹.

En efecto, es en esta Directiva que se introduce la regulación del servicio universal, la cual se incluye como parte de las obligaciones de Servicio Público. En la norma comunitaria se considera el servicio universal “como derecho de recibir el suministro eléctrico de calidad dentro del territorio y a precios razonables y transparentes, nombrando en su caso un suministrador de último recurso. Este concepto de servicio universal se extiende a todos los consumidores domésticos, y si los Estados lo consideran apropiado, a las pequeñas empresas (...)”⁶⁰.

Mediante esta directiva se propone acelerar y ahondar en la liberalización y la creación del mercado interior de la electricidad. La idea es alcanzar de manera progresiva pero total, la liberalización de los mercados de energía.

Ello, sin dejar de tener en cuenta que la liberalización de los mercados no solo implica abrir los mercados nacionales mediante normas, sino también la aplicación de un sistema tarifario nacional⁶¹, lo cual involucra contar con obligaciones de Servicio Público que garanticen la seguridad de suministro y la existencia de tarifas razonables⁶².

⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Ob. cit., p. 30.

⁵⁸ Por consumidor vulnerable “Se debería referir en un sentido amplio a aquellos colectivos de consumidores residenciales que por diversos factores no puedan beneficiarse de los potenciales efectos positivos que se deriven del funcionamiento de un mercado minorista liberalizado o en su cara contraria, que puedan resultar especialmente afectados por fallas de dicho mercado”. Como se ha señalado, identificar el ámbito de aplicación puede resultar complejo en la medida que pueden existir distintas variables, así por ejemplo: i) La incapacidad para entender el funcionamiento de un mercado liberalizado y sus efectos para el consumidor; ii) La incapacidad o dificultad para acceder a la información sobre ofertas de servicios energéticos y precios del mercado; iii) La imposibilidad de beneficiarse de las ofertas competitivas del mercado (muy bajos consumos, zonas rurales, aisladas, etc.); iv) La incapacidad para ejercer sus derechos a partir del instrumento de la reclamación. Estas situaciones estarían asociadas a colectivos de consumidores con bajo nivel cultural o personas de edad avanzada. Y adicionalmente, aquella otra que contemplara: i) Las condiciones especiales exigibles a la continuidad del suministro (conexión o disposición de equipos médicos) para colectivos con especiales necesidades asistenciales de salud; ii) Una baja renta económica que ante fluctuaciones de los precios y aumento de la factura energética, derivara en una excesiva dedicación de los ingresos al pago de la misma, o cuyo impago de la misma, o cuyo impago de la factura y la exposición a interrupciones del servicio o reducción del mismo hasta niveles precarios pudiese comprometer su existencia. Estas situaciones estarían asociadas a colectivos de consumidores con bajo nivel de renta económica. Más notorio en algunos países europeos, es la constatación de que una baja renta económica coincide normalmente con una baja eficiencia y ahorro energético en las viviendas y que unido a situaciones de elevación del precio de la energía, constituye de hecho el círculo de la pobreza energética. La consideración de estos colectivos de consumidores vulnerables, singulares expuestos a un escenario de mercados liberalizados, y ante las situaciones antes descritas, requiere una política o medidas de protección igualmente singulares”. Rafael Durbán, “El Suministro de energía y protección del consumidor. La liberalización del suministro energético”, en: *Perspectivas de la Regulación Energética en Iberoamérica*, Comisión Nacional de Energía, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 203.

⁵⁹ GARCÍA MEZQUITA, Yolanda, Ob. cit., p. 97.

⁶⁰ Loc. cit. ídem.

⁶¹ SALINAS DE LA CASTA, Eduardo. “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de cambios de Suministrador”. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Derecho de la Regulación Económica, Sector Energético*, Tomo II, Iustel, Comisión Nacional de Energía, 2009, Madrid, p. 788.

⁶² Loc. cit. ídem.

De acuerdo con SALINAS LA CASTA: “En suma, la Directiva exige un servicio universal para los clientes domésticos definido como el “derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes”, y permite que se establezca igualmente para las pequeñas empresa (de menos de 50 trabajadores y 10 millones de euros de volumen de negocios) a las que potestativamente los Estados Miembros pueden también atribuir tal derecho”⁶³.

4.3. El Servicio Universal en el tercer paquete: Directiva 2009/72/CE

Después de la Directiva 2003/54/CE que fue la que introdujo el concepto de Servicio Universal, se emitió la Directiva 2009/72/CE en la que cabe resaltar la discusión de la pobreza energética como uno de los ejes de debate del Parlamento Europeo.

Si algo cabe resaltar sobre el servicio universal es que resulta ponerse de acuerdo en una definición homogénea para un territorio tan amplio como Europa, no cabe dudas que cada Estado miembro cuenta con sus peculiaridades, en ese sentido, en la Directiva sobre electricidad se señala: “Los Estados Miembros asegurarán el suministro de energía necesario a los consumidores vulnerables”, ello en clara alusión a la regulación del servicio universal.

Al respecto, RANCI advierte que lo señalado en la Directiva resulta una “declaración suficientemente vaga para permitir cualquier interpretación”. Y ello habría resultado así, aunque debe de tenerse en cuenta que “se propusieron declaraciones más precisas pero fueron descartadas porque no se encontraba una redacción común que fuera válida para condiciones climáticas, sociales y económicas diferentes. La directiva afirma que cada Estado Miembro definirá el concepto de consumidores vulnerables que puede referir a la pobreza energética”⁶⁴.

En ese sentido, ahora tenemos que en la Unión Europea cada Estado miembro regula el régimen

del servicio universal considerando los lineamientos generales que se han establecido en las Directivas sobre electricidad.

De este modo, para DE LA QUADRA-SALCEDO, el servicio universal busca garantizar, porque el mercado por sí mismo no lo asegura, que todos los ciudadanos, sea cual fuere el lugar en que se encontraran, tengan acceso a un servicio u suministro esencial, como es la electricidad. En el caso de las normas españolas, prescindiendo en buena parte de la perspectiva territorial, buscan que los clientes domésticos y las pequeñas empresas tengan garantizado el derecho de un “servicio universal” a la electricidad⁶⁵.

5. El servicio universal en la regulación del sector eléctrico en el Perú

En atención a los conceptos previamente aludidos, debemos comenzar por afirmar que la regulación del sector eléctrico en el Perú no cuenta con una referencia directa al servicio o acceso universal, no obstante también se haya pasado por un proceso de privatización. Ello se evidencia de la revisión de la Ley de Concesiones Eléctricas – Decreto Ley N° 25844, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas – Decreto Supremo N° 009-93-EM, la Ley General de Electrificación Rural – Ley N° 28749 y el Reglamento de la Ley de Electrificación Rural – Decreto Supremo N° 025-2007-EM; las cuales no realizan ningún tipo de referencia al servicio universal.

Si bien ello demuestra que en el Perú, el servicio universal no ha sido aludido en la normativa del sector eléctrico, ello no significa que no se ha hablado del servicio universal en la doctrina peruana. En ese sentido, QUINTANILLA afirma que “no se cuenta con una legislación expresa que defina las Obligaciones de Servicio Universal (OSU) de manera taxativa”⁶⁶.

En ese sentido, QUINTANILLA nos permite realizar dos reflexiones: la primera, en el sector eléctrico no se ha avanzado respecto de las Obligaciones de Servicio Universal que deben reconocerse para

⁶³ SALINAS DE LA CASTA, Ob. cit., p. 790. El mencionado autor agrega: “A partir de aquí, caben diversas interpretaciones sobre el alcance y límites del referido servicio universal, de manera que podemos preguntarnos si es o no compatible con la Directiva un sistema dual de tarifas y mercado libre y la coexistencia de ambos sistemas incluso tras haberse liberalizado totalmente los mercados el 1 de julio de 2007 de acuerdo con la Directiva Europea, o un sistema de tarifas de último recurso destinado a un conjunto de clientes más amplio que el recogido en la Directiva (obligatorio para los clientes domésticos y potestativo para las pymes allí específicamente definidas)”.

⁶⁴ RANCI, Pippo. “Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea”. En: GARCÍA DELGADO, José (Director), El Sector Energético ante un nuevo escenario. Editorial: Aranzadi, Navarra, 2010, p. 99.

⁶⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, “Constitución y modelo económico liberalizador”, Cuadernos de Derecho Público N° 9, enero-abril, 2000.

⁶⁶ QUINTANILLA, Edwin, “La reforma del sector electricidad y el servicio universal 1992-2007,” en: Más allá del Mercado. Las Políticas de Servicio Universal en América Latina. Fundación CIDOB. p. 9.

el servicio de electricidad, considerando que el mismo resulta ser un Servicio Público; y la segunda, si bien en el Perú no se cuenta con normativa que nos refiera al servicio universal, sí hemos comenzado con la realización de estudios que alerten la ausencia del concepto, y la necesidad de incluirlo en nuestro ordenamiento.

Ahora bien, debemos llamar la atención sobre la escasa doctrina realizada sobre el servicio universal en el Perú, pero como se realiza la crítica, también debemos reconocer las publicaciones que, en efecto señalan la relevancia del concepto de servicio universal como lo hace BONIFAZ al referirse a los costos de operación y mantenimiento en el análisis de los procedimientos de determinación de costos para la regulación por tasa de retorno, al señalar que “El regulador se enfrenta al (sic) problema de determinar el grado y nivel de eficiencia con el que realizan los costos de operación y mantenimiento, y compararlos con los de empresas similares. Al hacer esto, debe tener en cuenta si el servicio es proveído con un cierto nivel de calidad especificado y/o si existe obligación de servicio universal, es decir, si existen obligaciones que implicarían mayores gastos”⁶⁷.

Entonces, al no contar con un desarrollo ni normativo ni doctrinario respecto del servicio universal, la búsqueda sobre algún reconocimiento del acceso universal declarado por alguna Entidad de la Administración Pública, nos lleva a buscar el mismo, en el Plan Nacional de Electrificación Rural para el Período 2012 – 2021, elaborado por la Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas.

En efecto, el Plan Nacional de Electrificación Rural para el Período 2012 – 2021, “su elaboración se ha realizado en concordancia con la gran transformación que impulsa el Gobierno actual, y que se guía en los objetivos del Milenio de las Naciones Unidas cuya meta a mediano plazo es el incremento del acceso de los hogares rurales al valor del 85% y se aspira alcanzar el acceso universal a la electricidad de todos los peruanos a fines del bicentenario de nuestra independencia”⁶⁸.

De la cita previa, se observa que el Ministerio de Energía y Minas ha recogido el concepto de acceso universal para señalar que el servicio de electricidad, un Servicio Público, siendo un servicio

de carácter esencial para la población, el mismo no puede ser excluido respecto de algunas personas, reconociéndose así que la nueva concepción de Servicio Público de ninguna manera puede apartarse del concepto del servicio universal.

Finalmente, el ordenamiento jurídico peruano no tiene referencia directa al concepto de servicio o acceso universal, lo cual supone una laguna jurídica que perjudica a los ciudadanos que deberían verse beneficiados, accediendo al servicio eléctrico. No obstante, tomando en consideración la doctrina aplicable, tanto de carácter nacional e internacional, y el Plan Nacional de Electrificación Rural para el Período 2012 – 2021, se reconoce que el servicio universal sí se encuentra reconocido en el Servicio Público de electricidad.

6. Conclusiones

Del análisis realizado, se puede advertir que los procesos de liberalización en la Unión Europea implicaron la reconceptualización de conceptos esenciales en cada Estado miembro, y ello no fue indiferente en el caso del Servicio Público.

La introducción de nuevos conceptos en la Unión Europea obedeció al objetivo general de contar con un lenguaje jurídico homogéneo para todos los Estados miembros, lo cual no implicó desconocer el contenido de categorías jurídicas arraigadas a las diversas tradiciones jurídicas, como es el caso del Servicio Público.

Además, los nuevos conceptos introducidos en el ordenamiento jurídico comunitario, tales como servicio de interés general, servicio de interés económico general, obligaciones de Servicio Público y servicio universal, son la afirmación del Servicio Público, pero entendido a partir del cumplimiento de ciertas misiones de interés general. En ese sentido, resulta coherente afirmar que la noción de servicio de interés general juega un papel de supraconcepto, que no niega ni excluye la noción de Servicio Público, sino que simplemente lo engloba y lo comprende⁶⁹.

Lo señalado implica que los países con tradición jurídica de Servicio Público, como el caso de Francia, España e Italia, pueden compatibilizar su ordenamiento jurídico con los nuevos conceptos jurídicos comunitarios de servicios de interés

⁶⁷ BONIFAZ, José Luis, “Distribución eléctrica en el Perú: regulación y eficiencia”, Lima, 2011, p. 145.

⁶⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, “Plan Nacional de Electrificación Rural para el Período 2012 - 2021”, p. 3.

⁶⁹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Del Servicio Público a la liberalización...”. Ob. cit., p. 67.

general; sin que ello implique abandonar los fines y aspiraciones que se buscaban con la regulación del Servicio Público.

En el caso del sector eléctrico peruano se advierte que no se ha recogido el concepto de servicio universal y menos aún regulado un régimen jurídico especial como en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, no obstante ello se ha comenzado a mencionar el término acceso universal y en los planes sobre electrificación rural se han identificado los principales elementos que lo caracterizan, tales como la lejanía y poca accesibilidad, el consumo unitario reducido, poblaciones y viviendas dispersas, bajo poder adquisitivo de los habitantes (Plan Nacional de

Electrificación Rural, periodo 2012-2021), no obstante ello resulta insuficiente para los objetivos que se desean conseguir.

De tal manera que, el sector eléctrico peruano, el cual pasó por un proceso de privatización, no realizó una referencia directa al concepto de servicio universal; no obstante, el concepto de Servicio Público, aplicado en nuestro ordenamiento, engloba al del servicio universal, por lo cual, una referencia directa al mismo en las normas es necesario para que, esquemas como el de la Electrificación Rural y el FOSE, de ser realmente una herramienta del servicio universal, cuenten con un sustento directo para su aplicación.