

Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal*

Ramón Huapaya Tapia**

“El autor desarrolla un breve repaso sobre los giros que ha dado el concepto de “servicio público” en la historia, para llegar finalmente a la concepción adoptada por el ordenamiento peruano.”

Introducción

Una cuestión que siempre ha circundado a la doctrina en las experiencias comparadas que adoptan el sistema del *droit administratif*, es la relativa a la conceptualización del servicio público. Sobre todo si clásicamente se entiende que la idea del servicio público refleja el contenido de una actividad prestacional del Estado, es decir, una porción de la actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones obligatorias a favor de la ciudadanía, circunstancia que lo vuelve un concepto lábil, difuso y poco posible de ser conceptualizado unitariamente. Por eso Villar Palasí decía que “como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público”¹.

Nuestra intención es ofrecer algunas breves notas introductorias respecto de la evolución conceptual del servicio público, desde el concepto clásico que lo identifica con la actividad prestacional administrativa, de cariz europeo, hacia el modelo actual que desde una influencia más liberal, propone una noción objetiva del servicio público, el cual se basa ya no en la titularidad estatal del servicio público (la famosa *publicatio*², concepto acuñado por Villar Palasí), sino en su conceptualización del mismo como un régimen jurídico aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de interés general, que se sustentan en la libertad de empresa, pero que también están sujetas a la intervención regulatoria

del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio. En esta noción objetiva se prescinde de los conceptos de titularidad estatal y *publicatio*, para pasar a un modelo sustentado en una intervención ordenadora y reguladora del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio, a fin de garantizar que éstos se presten de manera eficiente, cumpliéndose los principios propios de la prestación de los servicios públicos. Adicionalmente, consideramos necesario que se entienda que el servicio público es algo más que “actividades sujetas a regulación económica por presentar fallas de mercado consistentes en situaciones de monopolio natural o de mercados faltos de libre competencia”, visión economicista y “pan-regulatoria” que pierde de vista la naturaleza jurídica del fenómeno, y la necesidad de interpretar a las instituciones del servicio público y de la regulación desde bases jurídicas, desde la comprensión jurídica de los fenómenos técnicos y económicos que subyacen sobre las mismas³. En tal sentido, el concepto jurídico del servicio público es uno distinto al de actividad administrativa de regulación económica, aún cuando es claro que esta última incide y despliega su campo de acción fundamentalmente sobre las actividades económicas que el legislador ha declarado expresamente como sujetas al régimen jurídico de los servicios públicos.

Lo que sucede es que el propio concepto de servicio público refleja un contenido finalista, de garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad, algo

* A mi querido amigo, el profesor Guido Santiago Tawil.

** Abogado “*summa cum laude*” por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, de Régimen de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en la Academia de la Magistratura.

1 Cfr. VILLAR PALASÍ, José Luis: Prólogo a MEILÁN GIL, José Luis: La cláusula de progreso en los servicios públicos. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968. Página XVI.

2 Para el esclarecimiento de esta noción es obligatorio revisar lo escrito por el profesor José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ: La *publicatio* de recursos y servicios. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coordinador): Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Editorial Civitas. Madrid, 2003. Páginas 687-718.

3 Una de las visiones más completas, en español, en la actualidad sobre el tema de la regulación y el Derecho, el libro de Andrés BETANCOR: Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. Editorial Civitas – Thomson Reuters. Navarra, 2010. Especialmente, página 24 y ss.

que se desprende ciertamente desde los artículos 44^o, 58^o segundo párrafo⁴ y 195^o numeral 5)⁶ de la Constitución de 1993, normas que establecen respectivamente el deber general del Estado de promover el bienestar general de la Nación, de actuar sobre los servicios públicos y finalmente, hacerse responsable, en el ámbito local, de estos servicios públicos de dicho alcance. Por tanto, si el concepto de regulación proviene de la economía y ciencias sociales, el concepto de servicio público es un concepto jurídico, que es definido desde el derecho administrativo⁷, conforme lo señalamos en estas notas que esbozamos a continuación.

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

La Noción Clásica del Derecho Administrativo Francés sobre el Servicio Público

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

El instituto jurídico del derecho administrativo que se ideó para garantizar este rol prestacional del Estado fue el servicio público, como un título de intervención administrativa en las actividades económicas que se revelaron necesarias para garantizar la idea de un sistema de prestaciones a cargo o de responsabilidad del Estado, bajo la lógica del *service public* en Francia (sistema por cierto, no extraño a otras latitudes europeas, como lo confirma la existencia del sistema de la *daseinsvorsorge* o “procura existencial” alemana, concepto elucubrado a partir de la obra de Ernst Forsthoff y que a diferencia del *service public* francés, se centró en la necesidad de afirmar el rol prestacional del Estado como una tarea consustancial a éste)⁸.

Así, el servicio público, concepto de notoria hechura francesa, en su acepción clásica, constituye una técnica

administrativa dirigida a establecer mediante ley un rol prestacional del Estado, que asume la responsabilidad de la organización, establecimiento y gestión de la prestación de varias actividades económicas esenciales para la vida en sociedad, que se consideran, en su acepción clásica, como de titularidad del Estado, bajo un sistema de reserva prestacional a favor del mismo. Así, se ha dicho que cuando se habla de servicio público, se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, y por tanto la institución del servicio público permite mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico – social de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio y sujetas a reglas preestablecidas. Así, se señala habitualmente que son caracteres o principios del servicio público la obligatoriedad, la continuidad, la universalidad, la cláusula de progreso tecnológico, la igualdad y la regularidad (las llamadas “leyes de prestación” del servicio público o “les lois de Rolland”, destacado profesor francés, seguidor de Leon Duguit, integrante de la “Escuela de Burdeos”, quien teorizó a inicios del siglo XX sobre los principios esenciales de la prestación del servicio público).

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

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

4 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

5 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.
Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

6 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.
Son competentes para:
(...)
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
(...)

7 Algo en lo cual ya hemos incidido en un trabajo anterior: HUAPAYA TAPIA, Ramón: Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. Publicado en: Revista Ius et Veritas. Año XX, N° 40. Lima, 2010. Páginas 302-344. También en el Diario El Derecho (Argentina). N° 12.585. Año XLVIII. Buenos Aires, lunes 13 de septiembre de 2010. Páginas 1-14.

8 Sobre el tema, recientemente, puede verse: BULLINGER, Martín: El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. En: RAP, N° 166. Enero-abril 2005. Páginas 29-49.

monopolio estatal sobre la dirección y prestación del servicio, contenido vinculado también a la reserva prestacional a favor del Estado.

La doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen jurídico de la actividad tipificada como tal, y que han sido conocidas como las “leyes de Roland”

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

En esa perspectiva, conviene señalar que la doctrina clásica del Derecho Administrativo (sobre todo en Francia e Italia) formuló una distinción interesante, que a mi criterio tiene validez hasta hoy, que diferencia entre:

- **Servicio Público en sentido “subjetivo”:** Este sector doctrinal entiende que el servicio público es una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa.
- **Servicio Público en sentido “objetivo”:** Se entiende que el servicio público es el régimen jurídico de una actividad económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial.

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

(destacando entre estos tanto Gastón Jéze – tal vez quien mejor teorizó el concepto de servicio público como el criterio que define el derecho administrativo, Roger Bonnard y Louis Rolland, quienes influenciaron a posteriores luminarias como André de Laubadere y Pierre Delvolvé) identificaron al servicio público con la entera actividad administrativa, bajo la idea de que el Estado es una gran “cooperativa de servicios públicos”, dado que el eje del desarrollo del Estado era asegurar la convivencia social mediante un sistema de cooperación y de prestaciones, en torno a los servicios públicos impuestos por el Estado. Por influencia de dicha postura, en el derecho y la jurisprudencia francesa se concibió la ecuación amplísima de identificar servicio público con la totalidad de la acción estatal, vale decir con el concepto jurídico de función administrativa. Por otro lado, también cabe mencionar que el criterio del servicio público, alineado en la concepción amplísima teorizada por Duguit, sirvió también, en paralelo, como un concepto jurídico empleado para delimitar los procesos entre la jurisdicción administrativa (institución típicamente francesa, con tribunales ordinarios para los casos de derecho administrativo, con su máximo tribunal, el Consejo de Estado) y la jurisdicción ordinaria (las cortes de derecho común, encabezadas por la Corte de Casación), como ocurrió en el caso “Blanco” (año 1873, decisión del Tribunal de Conflictos francés), muchas veces citado en forma equivocada como el “origen” del concepto jurídico del servicio público como actividad prestacional, cosa errada porque a fines del siglo XIX, se empleaba en Francia esa noción amplísima de servicio público que lo identificaba con la función administrativa, y, en la línea de Duguit – y Jéze- la existencia de un servicio público era el criterio que definía al derecho administrativo. De esta forma, en el arret Blanco lo que se decidió fue que la controversia jurídica respecto de la responsabilidad derivada de un daño producido por una camioneta del estanco de tabaco francés, debería ser conocido por los tribunales administrativos, en la medida que se trataba de un daño producido por un agente del “servicio público” de los tabacos (rectius: por un agente estatal o parte del Estado). En tal sentido, muchas veces se suele sobreesimplificar la cuestión del caso Blanco y pretender que “ahí nace” el concepto del servicio público, cuando en realidad, la conceptualización de éste ha estado ligada a la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad, sobre todo en lo que respecta a la necesidad de afirmar una institución del derecho administrativo dirigida a ampliar el espectro de la actuación del Estado más allá de las meras labores de gendarme o policía, mediante la asunción de roles prestación de los servicios esenciales o básicos, a cargo del Estado y dirigidos a cubrir las necesidades básicas de la población⁹.

Posteriormente, dentro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial vinculada a su desarrollo, cabe anotar que el concepto de servicio público en Francia, ha sufrido varias crisis, debido a la inexactitud de sus alcances, y a la amplitud de sus contenidos (por ejemplo, mediante la formulación de la doctrina de “los servicios públicos impropios” o los “servicios públicos industriales

9 Para mayores referencias, BULLINGER, Martin: El service... Op. Cit.; y también, MALARET, Elisenda: Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto. En: RAP, N° 145. Enero-abril, 1998. CEPC. Madrid, 1998. Páginas 49-87.

o comerciales”, que fue desarrollada por el Consejo de Estado francés en casos como los arrets le Soleil, des Vosgues y, Bac d’Eloka). Por ello se habló de crisis del servicio público (DE CORAIL), y hasta inclusive de la “muerte del servicio público”.

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

La Experiencia Comunitaria Europea

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

- a) **Los servicios de interés general**, definidos como “las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público”.
- b) **Los servicios de interés económico general**, entendidas como aquellas “actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ellos sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público”. Se ha señalado que dicho concepto refleja aquellas actividades que conforman la infraestructura de las actividades económicas (energía, telecomunicaciones, correos, transportes) esenciales para el desarrollo de la sociedad.
- c) **El servicio universal**: Es el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas del sector privado o público que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles. Así, el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción

del interés público con la apertura de determinadas actividades a la competencia (SENDIN¹⁰).

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

La influencia norteamericana del concepto norteamericano de las “public utilities” sobre la noción europea del servicio público:

Cabe mencionar que cruzando el Atlántico, en los EEUU nunca se adoptó un “concepto” o “noción” del servicio público. Tampoco se adoptaron conceptos como la “publicatio” o la “titularidad” del Estado, dado que históricamente, la tradición jurídica norteamericana concibió una amplia libertad de los particulares para establecer todo tipo de negocios, en función de su capacidad de inventiva, con lo cual, en el siglo XIX imperaba la idea de libertad en “búsqueda del bienestar y de la felicidad” como reza la Constitución de 1787¹¹.

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

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

4. La Experiencia Peruana Actual: el Concepto Objetivo de Servicio Público

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

10 Cfr. SENDIN GARCIA, Miguel Ángel: Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos. Editorial Comares. Granada, 2003.

11 Cfr. Nuestro trabajo, HUAPAYA TAPIA, Ramón: Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las public utilities y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 5.

Cabe referir que en el Perú, la falta clamorosa de una doctrina y jurisprudencia especializada en el derecho administrativo en el siglo XIX e inicios del siglo XX, motivó que apenas se llegue a conocer la “idea” o la “noción” de servicio público, pero nunca se logró determinar un concepto jurídico del servicio público, al menos ni durante el último tercio del siglo XIX ni tampoco durante el primero del siglo XX. Esto ha sido documentado específicamente por el profesor Diego Zegarra (autor de la obra “El Servicio Público. Fundamentos”. Palestra Editores. Lima, 2005. Prólogo de Juan José Díez Sánchez), quien señala que en el Perú nunca se desarrolló la teoría jurídica del servicio público como si se hizo y conceptualizó en otras experiencias latinoamericanas como en Argentina o Colombia, situación de aporía que influyó sin duda sobre la legislación administrativa y los marcos normativos sectoriales de la época, los cuales nunca desarrollaron cabalmente un concepto o uso normalizado del concepto del servicio público.

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

En tal sentido, luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste de estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992), se tomó en cuenta la necesidad de reajustar el régimen de las actividades donde el Estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada. Es así que se decide cambiar totalmente los principales marcos jurídicos de los servicios públicos reservados al Estado, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación fundamentados básicamente en la necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal. Posteriormente, las líneas del modelo de cambio encuentran reflejo en la Constitución de 1993, donde el servicio público ya no es expresión de un rol prestacional asignado exclusivamente al Estado, ni de una actividad reservada a éste, sino que es un concepto que parte del reconocimiento de que el Estado debe brindar un régimen jurídico para la regulación de ciertas actividades económicas (los servicios) esenciales para la vida en colectividad, y que además tengan especiales características económicas que aconsejen una intervención estatal correctiva sobre la materia, ideas que surgen de la interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 58° de la Constitución, cuando se señala que bajo el régimen de iniciativa privada libre en el marco de una economía social de

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

Dicho lo anterior, conviene señalar que la doctrina ha señalado que el fundamento de la nueva regulación de los servicios públicos parte de la siguiente problemática (en términos descritos por el destacado profesor español Gaspar ARINO¹², uno de los autores más importantes y prolíficos en la doctrina española de los servicios públicos):

- a. La conclusión de que los mercados de servicios públicos son mercados incompletos o imperfectos, donde junto a segmentos competitivos, existen segmentos de la industria en los que no hay competencia sino en muchos, casos monopolios naturales o monopolios multiproducto.
- b. La experiencia mostró la necesidad de introducir competencia en los servicios públicos, conjuntamente con la aplicación de un principio subsidiario de la acción estatal en cuanto a su rol prestacional y dejar que los privados asuman la prestación y formen los mercados, incentivando la competencia.
- c. La necesidad de descartar la idea de la titularidad estatal: lo que importa es garantizar la prestación eficiente del servicio.
- d. Aplicar fórmulas de desintegración vertical de los mercados, segmentar ámbitos competitivos, separándolos de los que no lo son.
- e. Justificar intervenciones regulatorias únicamente por la existencia de fallas de mercado concretas y aplicables a segmentos específicos de las industrias: asimetrías informativas, externalidades, internalidades, barreras de acceso.
- f. Quiebra del Estado de Bienestar e introducción de medidas de desregulación, liberalización y de eliminación de reservas de actividades económicas para el Estado.
- g. Deficiencia de las empresas públicas prestadoras de los servicios públicos.

En este contexto, la apertura de los servicios públicos tradicionales a la competencia y a las leyes de mercado, en concreto en el derecho peruano a partir de los años 90, se caracteriza por las siguientes notas:

- a. La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Se postula identificar las obligaciones o cargas de servicio público dentro de cada actividad.

12 Fundamentalmente en sus obras: Principios de Derecho Público Económico. 1ª edición peruana. ARA Editores. Lima, 2004; y, antes, en: Economía y Estado. Marcial Pons. Madrid, 1993.

- b. El abandono del concepto de reserva o titularidad de la actividad a favor del Estado mediante la publicatio de la actividad que pasa a ser considerada una actividad privada de interés general, sujeta a regulación estatal, pero derogando el monopolio o reserva legal de prestación a favor del Estado, con lo cual decae el uso del concepto de publicatio. Esto puede observarse claramente en los marcos de los grandes servicios públicos nacionales (electricidad, gas, telecomunicaciones, postales, entre otros) donde ya no se usan conceptos como reserva de actividades al Estado, publicatio o titularidad estatal, sino que se asume un concepto objetivo desligado de cualquier tipo de vinculación obligatoria o exclusiva del Estado a la prestación del servicio.
- c. Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, por un régimen abierto, en cuanto a la entrada al sector, bajo régimen de autorización cuando sea posible, o de concesiones regladas.
- d. Se establecen obligaciones de "servicio universal" mediante la garantía de determinadas prestaciones que se consideran esenciales con una calidad determinada, para todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible.

En tal sentido, serán características del "nuevo" servicio público, en un resumen teórico que se alimenta de la construcción teórica formulada por el citado profesor español Gaspar ARIÑO las siguientes:

1. Se trata de una actividad industrial / económica que se someta a un régimen jurídico especial que garantice su prestación efectiva e ininterrumpida.
2. La titularidad estatal no es un dato esencial. Puede serlo o no, pero el Estado tiene que procurar mediante su poder regulador que el prestador cumpla con las obligaciones de servicio público, las cuales están enfocadas a garantizar el cumplimiento de las viejas y clásicas pero vigentes "leyes de Roland".
3. Los marcos legales establecen la segmentación jurídica y empresarial de las actividades económicas integrantes del servicio en: a) competitivas (aplicación de la regulación para la competencia) y b) no competitivas (regulación sustitutiva de la competencia). La intervención regulatoria de tipo sustitutivo se justifica únicamente en los segmentos no competitivos, en los demás segmentos se habla de regulación para la competencia y llegando al caso, sólo aplicación del régimen general de competencia (como sucede actualmente en algunos segmentos o servicios en las telecomunicaciones).
4. En materia de retribución del prestador por el servicio brindado, se aplicarán precios libres como regla general, tarifas reguladas como excepción.
5. El modelo de regulación que se asume es el denominado "regulación para la competencia", que no la frene.
6. Abandono de las ideas de reserva estatal y monopolio en el servicio, lo cual implica descartar el concepto jurídico de la publicatio al menos en nuestro régimen legal.
7. El título para la prestación es la concesión, aún cuando adecuada a las nuevas realidades normativas, bajo

la impronta de la desregulación, la privatización y la introducción de competencia entre los operadores de los distintos segmentos de los servicios.

8. Introducción de las ideas de "obligaciones de servicio público", fundadas en la consecución de objetivos de eficiencia en la prestación del servicio, así como en la idea del servicio universal.

En todo este contexto, corresponde señalar que el marco legal vigente de los grandes servicios públicos en nuestro país (electricidad, telecomunicaciones, saneamiento, gas natural y postales) así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de servicios públicos (STC Exp. N° 0034-2004-AI/TC, caso "Medio Pasaje"), han adoptado un concepto objetivo de servicio público, desligado de la titularidad estatal y del concepto de reserva o publicatio, tal como puede apreciarse de las siguientes citas normativas:

D. Ley 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas

"Artículo 2º.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a) *El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,*
- b) *La transmisión y distribución de electricidad.*

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública".

D.S. 013-93-TCC – TUO de la Ley de Telecomunicaciones

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

Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos"

D.S. 042-2005-EM: TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos

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

El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera".

Ley 26338: Ley General de Servicios de Saneamiento

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

Decreto Legislativo 685: Normas del servicio postal.

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

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la STC citada, Exp. N° 0034-2004-AI (Caso “Medio Pasaje”), señala lo siguiente sobre el particular:

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

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

39. (...)

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

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

De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*

c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.

d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

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

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

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

“(…) nuestro ordenamiento ha adoptado un modelo de servicios públicos (al menos en lo que se refiere a los de alcance nacional) desligado de la titularidad estatal, y de la reserva prestacional a favor del Estado o publicatio que tanto se afirma como integrante del concepto de servicio público en la doctrina clásica europea del derecho administrativo”.

en la doctrina clásica europea del derecho administrativo”.

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

Asimismo, cabe señalar que por más que se diga lo contrario, el concepto de “regulación económica” no suplanta o sustituye al de servicio público. Por el contrario, el servicio público es un concepto jurídico, finalista, propio del derecho administrativo, que busca explicar una de las finalidades del Estado, la cual es garantizar la existencia de un sistema de prestaciones o actividades económicas prestacionales básicas o primarias, que permitan el funcionamiento normal de las actividades de los demás sectores de la economía, lo que nos remite a la idea de la esencialidad de los servicios públicos, concepto jurídico que expresa el rol de “infraestructura social” que desarrollan los grandes servicios públicos económicos. Piénsese por ejemplo en el régimen jurídico de la electricidad o de las telecomunicaciones, servicios públicos esenciales que deben existir para que funcionen las industrias y negocios privados (las cuales no funcionan sin electricidad) o por ejemplo toda la pléyade de servicios de la sociedad de la información, que se transmiten a través de los servicios portadores, calificados como públicos, de telecomunicaciones. La economía nacional funciona gracias a estos servicios básicos o esenciales, calificados por el legislador sectorial como servicios públicos, que deben ser prestados, por su esencialidad, bajo condiciones reguladas por el derecho administrativo, que permita cumplir con las notas básicas de su régimen de prestación, nuevamente, insistiendo, en las famosas “lois de Rolland”. Asimismo, hay que descartar por completo la visión economicista que señala que los servicios públicos son meramente “actividades sin competencia o monopolios naturales”, esta situación sólo describe la realidad económica de las industrias que tienen la condición jurídica de servicios públicos, pero eso no suplanta la finalidad de la intervención administrativa. El Estado, ya lo hemos

dicho, interviene sobre los servicios públicos para garantizar su prestación obligatoria, regular, continua, etc. Por lo demás, la regulación económica es un concepto instrumental, que sirve para describir un conjunto de herramientas de ordenación jurídica de los sectores calificados como servicios públicos, de tal manera que la “regulación” es un concepto descriptivo que engloba a los instrumentos con los cuales el Estado asegura los fines propios del régimen de los servicios públicos. Así, el concepto de servicio público antecede y prima sobre el concepto de la regulación, el concepto de servicio público es jurídico y finalista, y no puede ser sustituido ni descartado por el de “regulación económica”. Por último, la idea de servicio público, modernamente considerada, ya no implica “monopolio legal”, “reserva prestacional a favor del Estado”, “empresa pública”, o “tradicción francesa”, sino que refleja, dentro del rol subsidiario del Estado, un concepto matriz de la intervención del Estado en la economía, que se dirige a garantizar la existencia de una “garantía prestacional” sobre dichas actividades económicas esenciales, con apertura a la competencia, con fomento de la inversión privada en todos sus niveles, con entendimiento de las nuevas ideas de la “regulación para la competencia” o *regulatory antitrust*, entre otras nuevas lindezas de influencia anglosajona que están avanzando imparable dentro del derecho administrativo moderno, al menos en lo que se refiere al derecho administrativo económico, circunstancia a la cual hay que darle la bienvenida, pero que ello no signifique adoptar actitudes tráfugas o de abandono del derecho administrativo.

“Así, el concepto de servicio público antecede y prima sobre el concepto de la regulación, el concepto de servicio público es jurídico y finalista, y no puede ser sustituido ni descartado por el de “regulación económica”.

Creo yo que, si ni siquiera Gaspar ARIÑO, administrativista de fuste (quien no solamente ha escrito de servicios públicos, sino también de contratos administrativos, organización administrativa, derecho de aguas y de la energía, entre otras materias), liberal confeso y quien en lengua española, es tal vez el mayor exponente de la doctrina en materia de servicios públicos, ha insinuado siquiera prescindir o promover la sustitución del concepto del servicio público (a lo sumo ha señalado que existe una nueva idea o un “nuevo servicio público” pero, ni siquiera ha afirmado sustituirlo por “la regulación económica”), entonces se hace evidente que carece completamente de sentido que por el mero capricho de algunos que no entienden las instituciones del derecho administrativo, vayamos a tener que borrar de un plumazo o un “descubrimiento de la pólvora”, la historia, la fuerza y el peso de una institución fundamental de nuestra disciplina, la cual se entiende en la evolución histórica, jurídica y económica de la misma. Además, no creo que la obra de estudiosos franceses, alemanes y europeos, quienes han

teorizado sobre el tema por más de ciento cincuenta años, hayan perdido su tiempo estudiando una institución que “solamente describe actividades de monopolio natural o donde no hay competencia”, afirmación por lo demás, temeraria, irresponsable y formulada desde la ignorancia del Derecho Administrativo.

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

Un tema que a la fecha no ha sido muy trabajado ni estudiado en nuestro medio, es el de los servicios públicos locales o de competencia local. La Constitución reconoce su existencia en el artículo 195º, numeral 5), precepto que posteriormente ha sido desarrollado en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades vigente.

Los servicios públicos de competencia local son los siguientes, y se encuentran establecidos como tales en el numeral 2) del artículo 73º de la Ley Orgánica de Municipalidades:

- (...) 2. Servicios públicos locales*
- 2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud.*
 - 2.2. Tránsito, circulación y transporte público.*
 - 2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.*
 - 2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.*
 - 2.5. Seguridad ciudadana.*
 - 2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.*
 - 2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.*
 - 2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.*
 - 2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.*
 - 2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional (Cláusula de residualidad a favor de los Gobiernos Locales, regulada en el art. 87º LOM)."*

Precisamente, existe un reparto competencial entre las Municipalidades Provinciales y Locales conforme a la LOM (art. 79º y siguientes), la cual establece responsabilidades en cada ámbito (provincial y distrital) en materia de tales servicios públicos. Ahora bien, lo que interesa es que en realidad, en el ámbito de los servicios locales, si existe una reserva prestacional a favor de las Municipalidades, toda vez que la propia LOM establece que estos servicios son de responsabilidad de tales instancias de gobierno, con lo cual podría afirmarse que existe una reserva prestacional, en el sentido de “publicatio” a favor de los gobiernos locales, quienes inclusive prestan varios de estos servicios a través de los arbitrios. Este tema, debería ser estudiado con atención porque son los servicios públicos más cercanos a los ciudadanos y además también tienen una importancia central en materia local. Sin embargo a la fecha no han merecido un estudio atento por parte de la doctrina.

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

6. Paréntesis Conclusivo

Cabe concluir estas notas, primarias y escritas con algo de urgencia, señalando que el análisis de la legislación sectorial nacional permite darnos cuenta de que, al menos para el ámbito de los grandes servicios públicos nacionales (electricidad, gas, telecomunicaciones, saneamiento, postales) se ha prescindido del “concepto subjetivo” del servicio público como una actividad administrativa, y al analizar dichos marcos sectoriales, encontramos que en nuestro medio tenemos un concepto objetivo, más técnico, más acercado a la realidad del servicio público como régimen jurídico de derecho público que materializa la intervención estatal en ciertas actividades económicas vitales para la vida en sociedad.

En tal sentido, cabe afirmar que:

- Los servicios públicos en nuestro ordenamiento jurídico son siempre calificados como de utilidad pública, necesidad pública o interés nacional.
- Los servicios públicos se prestan bajo un régimen especial de derecho público que garantice su regularidad, continuidad, y universalidad, pero abiertos a la competencia y a la inversión privada.
- El título habilitante, pese a la desregulación, continúa siendo la concesión, pero de carácter reglado, y esencialmente que opera como un título habilitante para estabilizar las relaciones jurídicas entre los concesionarios y la Administración responsable o garante del servicio. En todo caso, prima la libertad de empresa.
- Las reglas de prestación del servicio no implican que no exista libertad de empresa. Por el contrario, la regulación económica, debe buscar equilibrar la consecución de los objetivos del servicio, y la libertad de empresa de los prestadores.
- La regulación de los servicios busca favorecer la competencia donde sea posible.

De tal manera que, aún cuando existan diferencias trascendentales entre los servicios públicos de alcance nacional y de alcance local en nuestro ordenamiento jurídico (clasificación dada por el reparto competencial existente en nuestro país producto de la descentralización) lo cierto es que las notas características de la legislación sectorial en nuestro país, nos permiten construir un concepto jurídico específico para el ámbito de los grandes servicios nacionales, asociado al rol de garantía prestacional y el deber de regulación que asume el Estado. Quedan en el tintero varios aportes e ideas

servicio público, así como la distinción entre servicios públicos sociales y económicos), pero al menos hemos podido pergeñar un apretadísimo resumen y notas

sobre la conceptualización correcta de los servicios públicos de alcance nacional en nuestro ordenamiento jurídico positivo 📄