

# Están Desapareciendo los Servicios Públicos?<sup>1</sup>

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ

## I. INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos, entendidos como aquellos que se requieren continuamente para satisfacer una necesidad imprescindible de la generalidad de sujetos, no sólo han sido objeto de diversas teorías y críticas, sino que desde algunos años atrás constituyen uno de los motivos de mayor preocupación en la política gubernamental de muchos países.

Durante las décadas pasadas el intervencionismo estatal en la economía se vio incrementado de forma creciente, como producto de la ideología de la época. Uno de los aspectos donde tuvo mayor impacto tal intervención fue la actividad empresarial del estado. Entre los campos productivos cuya explotación asumió directamente se encuentra la prestación de servicios públicos; muchas veces a través de la nacionalización previa de las empresas privadas dedicadas a tales actividades y en base a su posterior declaración como servicios de exclusiva gestión pública.

A raíz de tal situación, el sistema jurídico hizo de los servicios públicos una de las columnas del Derecho Administrativo clásico, creando un régimen especial para regularlos de forma que contaran con una serie de condiciones privilegiadas, tales como la posibilidad de nacionalización, la facultad de prestación exclusiva, la imposibilidad de huelga en el sector, etc. Sin embargo, el problema surgió cuando se extendió el concepto de servicio público a toda actividad realizada por el estado, puesto que se confundieron sus funciones inherentes (como la seguridad interna y externa o la administración de justicia) con la prestación de servicios (como el suministro de electricidad o de agua potable).

Posteriormente, tal concepto fue matizado en diversos grados hasta que empezó a producirse la denominada «crisis del servicio público», debido a la erosión paulatina que sufrió la actividad empresarial del estado, ya sea por la poca eficiencia que demostró, por la variación de ideologías o por las ventajas que se encontró en las políticas de privatización, que tuvieron su primera aplicación en Inglaterra pero que rápidamente extendieron sus efectos a otros países, últimamente en Latinoamérica.

El presente artículo tiene como objetivo revisar y comentar el tratamiento de los servicios públicos tanto a nivel teórico como legal. Las hipótesis principales que se plantean son dos: primero que es necesario modificar la terminología usada para denominar a los servicios públicos, cambio que no sólo sería formal sino de contenido, priorizando la satisfacción de usuario; en segundo lugar, que el sistema normativo peruano no guarda coherencia interna ni conceptualmente ni respecto de los criterios adoptados para desregular los servicios.

En la primera sección del presente trabajo se expondrán las características propias de los servicios públicos desde dos puntos de vista; tanto de su aspecto estructural (elementos comunes y clasificaciones), como de acuerdo a su aspecto operativo, es decir por las características de la prestación (existencia de monopolios naturales, modalidades en que puede presentarse y situación del usuario); finalmente se plantearán algunas apreciaciones al respecto. La segunda sección estará dedicada al análisis de las normas legales peruanas, a nivel general y también en cuanto a las disposiciones sectoriales que regulan algunos servicios considerados como públicos, para concluir con una interpretación crítica sobre su situación.

---

1. A mis padres, por su constante apoyo y confianza.

## II. ASPECTO ESTRUCTURAL

### 2.1. Caracteres Distintivos

Uno de los primeros problemas que se enfrentan al abordar el tema de los servicios públicos es el de su definición. En tal sentido, se ha tendido a identificarlos de acuerdo a sus caracteres distintivos, es decir, a los elementos que se encuentran siempre presentes cuando se presenta un servicio público; preliminarmente esta aproximación resulta la más adecuada si se tiene en cuenta que existen tantas definiciones como autores han escrito sobre el tema. A continuación se presentan de forma resumida los caracteres distintivos de los servicios públicos.

En primer lugar se les identifica por su **generalidad**, ya que se trata de servicios para una masa indiferenciada de usuarios que tienen el derecho a su prestación cumpliendo con el pago y los requisitos mínimos establecidos por las leyes o por la empresa que los presta. También se les caracteriza por la prestación en condiciones de **igualdad**, ya que el servicio debe ser uniforme para todos los sujetos, sin distinciones de calidad, precio o cantidad, salvo que existan clases o categorías en la prestación del servicio, pero aun así, dentro de cada clase debe ofrecerse un servicio sin distinciones.

Igualmente, se establece como un requisito imprescindible que los servicios públicos sean prestados con carácter de **continuidad**, ya que la necesidad que satisfacen es demasiado importante como para que se permita la suspensión arbitraria del servicio. Al respecto, debe existir la seguridad de que la prestación sea ininterrumpida, salvo que satisfaga una necesidad de tipo ocasional (los tratadistas clásicos presentaban como ejemplo el servicio de bomberos), caso en el cual el servicio podría ser de prestación intermitente, pero aún así, cuando se requiera y durante el período que fuera necesario tal servicio debería ser prestado de forma continua.

Por último, se plantea como otro rasgo distintivo el carácter de **regularidad**, diferenciándolo de la continuidad; en el sentido de que la regularidad implica el funcionamiento adecuado del servicio (calidad, eficiencia, reparaciones, etc.).

### 2.2. Bienes Semipúblicos

Una clasificación económica de los bienes (dentro de lo que se incluyen productos y servicios) los divide en públicos, privados y semipúblicos o mixtos. Los bienes públicos, tales como la defensa nacional, el servicio de justicia y la seguridad interior, se caracterizan porque brindan un servicio colectivo cuya demanda es indivisible, su consumo individual no excluye a terceras personas de beneficiarse del mismo bien a la vez y deben ser financiados por el Estado a través de la imposición de tributos; estas características hacen necesario que el estado sea quien se ocupe de prestar estos bienes porque no existe ningún incentivo económico para que lo hagan los particulares. Los bienes privados, cuyo intercambio se rige totalmente por las reglas de mercado, se caracterizan porque satisfacen una demanda individual claramente divisible, su consumo excluye la posibilidad de que otros se beneficien del mismo bien y sólo pueden ser consumidos por quienes pagan por ellos.

Entre ambas categorías existen ciertos bienes denominados semipúblicos, a los que las normas legales comúnmente denominan servicios públicos (suministro de agua, energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.). Se caracterizan por satisfacer una demanda masiva que, a pesar de ser individual y posiblemente divisible, se diluye en una preferencia casi colectiva, además en su consumo puede aplicarse la exclusión de terceros pero ello no garantiza que así se mejore la satisfacción de aquellos que los consumen. Por último, son ofrecidos a cambio de una contraprestación pagada por quien los consume, pero puede suceder que no se aplique plenamente al principio de la oferta y la demanda sobre todo porque su provisión registra una baja elasticidad precio-demanda debido a la preferencia masiva y por la existencia de subsidios cruzados (por ejemplo cuando los usuarios del servicio de una zona comercial de la ciudad pagan más que los de zonas residenciales).<sup>2</sup>

---

2. Al respecto pueden consultarse: C. Morbelli y R. Wolanski, «El monopolio natural del estado en la prestación de los servicios públicos», En: Administración de Empresas, T. XX, oct-nov. (Argentina, 1989) p. 533 y 548; Joseph E. Stiglitz, La economía del sector público (Barcelona, Antoni Bosch, editor, S.A., 1988), p. 123-154; igualmente, Economía para todos, texto guía de consulta (Lima, Editorial Bruño-Instituto Apoyo, 1997).

En tal sentido, es unánimemente aceptado que los bienes públicos no podrían ser prestados por particulares, en un sistema de libre competencia, sin exclusiones y fines de lucro; por otro lado, respecto de los bienes semipúblicos, si bien pueden ser provistos por empresas privadas, generalmente la particularidad de sus caracteres moviliza la intervención directa o indirecta (vía regulación) del sector públi-

co, ya que el mecanismo de libre mercado no garantiza por sí solo el suministro.

En años pasados el marco legal de muchos países daba un tratamiento muy similar a los bienes públicos y semipúblicos, sobre todo respecto de los servicios, debido a las características especiales antes descritas; fue el derecho administrativo francés el que confundió lo que era función pública (administración de justicia, defensa de la soberanía, seguridad interior, etc.) con lo que se vino a denominar servicios públicos (que constituyen lo que se ha definido como bienes semipúblicos), posteriormente la doctrina italiana corrigió el error.<sup>3</sup> De esa forma la noción de servicio público sirvió como columna vertebral del derecho administrativo clásico, recibiendo un régimen jurídico especial dentro de la actividad pública. Dicho régimen de excepción se apoyó en los siguientes tres elementos: (i) el fin que cumple el servicio (satisfacer una necesidad pública), (ii) la organización que lo presta (la administración pública directa o indirectamente vía concesión), (iii) la forma o régimen jurídico que lo regula

3. En tal sentido ya hace bastantes años atrás Rafael Bielsa, contraponiéndose a la corriente citada, planteaba que era necesario restringir el término «servicio público» a aquella actividad donde el Estado brindara efectivamente un servicio, citado por Benjamín Villegas, *Derecho Administrativo T. III*, primera parte (Buenos Aires, Tipográfica, Editora Argentina, 1951), p. 5-6. Por su parte, Villegas definió los servicios públicos como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto fuera la satisfacción de necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público, es decir, mantenía la definición que los relacionaba con la actividad estatal (*Ibíd.*, p. 49).

(régimen especial de precio y pago, además de la eventual posibilidad de monopolización, nacionalización, etc.).<sup>4</sup>

---

*“Los bienes públicos se caracterizan porque brindan un servicio colectivo cuya demanda es indivisible, su consumo individual no excluye a terceros del beneficio y deben ser financiados por el Estado...”*

---

En la actualidad el tratamiento jurídico de los servicios semipúblicos (a los que en adelante se denominara servicios esenciales) ya no los identifica explícitamente con una actividad estatal, reconociendo la capacidad de entidades privadas para prestarlos, pero

planteando la necesidad de regulación de los sectores involucrados cuando los servicios no son prestados directamente por el estado.

### 2.3. Clasificaciones

Sobre este aspecto también existe divergencias de opiniones, sin embargo a manera de consolidación de las posiciones se pueden observar dos corrientes bien definidas. Existe una interpretación positiva o clásica, con distintos matices, que identifica los servicios públicos con la actuación estatal (prestación directa o indirecta y regulación administrativa); por otro lado, se encuentra la interpretación negativa que plantea la crisis y la extinción de la noción de servicio público.<sup>5</sup>

La interpretación positiva, a su vez, incluye los siguientes tres subtipos: (i) servicio público como toda actividad del estado, cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los gobernantes, (ii) servicio público como toda actividad de la administración sujeta a un procedimiento especial del derecho público, (iii) servicio público como una parte de la actividad de la administración donde se preste efectivamente un servicio.

4. Gaspar Ariño, *Economía y estado, crisis y reforma del sector público* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1993), p. 277-278. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo económico. T. II* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985), p. 83-86.

5. Dromi, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 81-82.

Por su parte, la tendencia que plantea la crisis de la noción del servicio público se apoya en las siguientes razones:<sup>6</sup>

~ El cambio de ideologías, por el decaimiento de la ola nacionalizadora y la primacía de la desregulación y privatización;

~ Las nuevas tecnologías que han limitado o eliminado la existencia de monopolios naturales (término que se explica más adelante) en la prestación de servicios esenciales, debido a que han originado una gran reducción de costos fijos, facilitando así el acceso de nuevas empresas a dichos mercados;

~ El criterio de eficiencia, que ha sido la base principal de la crítica contra la actividad empresarial del estado;

~ El incentivo para la privatización de empresas públicas, producto de la mejoría que se observa en las finanzas estatales con la ejecución de tal medida;

~ El populismo, que en varios casos ha llevado al estado a distribuir el accionariado entre los trabajadores de las empresas de su propiedad; y,

~ La fortaleza de los sindicatos al interior de las empresas estatales que impedía muchas veces su normal funcionamiento.

Una forma de armonizar ambas tendencias, aparentemente contradictorias, es determinando el contenido del fin del estado, al que comúnmente se denomina «la utilidad pública». Al respecto, el estado tiene fines exclusivos inherentes a su función y fines concurrentes en los que prima el principio de subsidiariedad, que consiste en que los poderes públicos apoyen y complementen las iniciativas privadas, sin absorberlas, marginarlas o destruirlas. En tal sentido, los servicios esenciales se encuentran dentro de los fines concurrentes del estado y por ello no deben tener un régimen especial sino regularse como parte de la función pública común (no deben gozar de prerrogativas especiales, como la facultad de monopolización o nacionalización, la imposibilidad de huelga, etc.). En este sentido, Roberto Dromi expresa:

«Los llamados servicios públicos, de los cuales se pretende sin éxito un particular régimen jurídico,

están inmersos dentro de las funciones estatales, de ejecución exclusiva y/o concurrente. Esto último, en instancia final, implica una decisión de rango político, de normativa supralegal, constitucional, definidora del obrar estatal directo (por sí), o indirecto (por subsidiariedad), sujeta, además, a las merituaciones del realismo de la prudencia y el circunstancialismo político. No siempre existirá armonía entre fines (servicios públicos) y medios (regulación normativa).»<sup>7</sup>

De acuerdo a lo referido, los servicios esenciales pueden clasificarse por el carácter de la empresa y el título jurídico que les legitima para prestarlos:

a) Servicio público en estricto o nacionalización del servicio: servicio respecto de los cuales se establece un monopolio en favor de la administración que asume su titularidad vía reserva legal, normalmente a través del traspaso de la propiedad de manos privadas al estado. Es decir, el estado no solo es el *dominus* de la actividad sino también su dueño y gestor director.

b) Servicio público concurrente o en mano privada: actividades en las que el estado asume la titularidad pero sin establecer un monopolio en su favor vía reserva legal, son gestionados vía concesión por particulares (por razones económicas o de buen servicio) y se establece una regulación interna que puede llegar incluso a tener poderes de dirección y control de la empresa para asegurar determinadas prestaciones.

c) Servicio privado de interés público o actividad reglamentada: servicios que se consideran de titularidad privada y respecto de los cuales el estado sólo puede establecer una detallada regulación externa del servicio por la trascendencia social y económica del sector, pero no un poder de dirección o de control interno de la empresa, dichas facultades estatales se ejercen a través de la imposición de cargas especiales, como autorizaciones con carácter constitutivo o un poder tarifario y de control.<sup>8</sup>

6. Un balance bastante completo en Ramón Martín Mateo, «La crisis del servicio público»; En: Corcuera y García (editores), Derecho y economía en el estado social (Madrid, Tecnos S.A., 1988), p. 137-147.

7. Dromi, Derecho Administrativo..., op. cit., p. 92-93.

8. Ariño, Economía y estado..., op. cit., p. 267. José Bermejo Vera, Derecho Administrativo, parte especial (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994), p. 56-59 y 714-718.

### III. ASPECTO OPERATIVO

#### 3.1. Monopolio Natural

Los servicios esenciales han sido calificados tradicionalmente como un supuesto de monopolio natural. Esta situación se da cuando existe una sola entidad oferente en el mercado debido a que registra importantes economías de escala (a mayor producción menor costo unitario). De esta forma, es recomendable la operación de una sola empresa para satisfacer las necesidades de los usuarios, debido a las características de la inversión en un mercado de monopolio natural, al respecto, se requiere de una gran inversión en infraestructura (costos fijos) y el período de recuperación de la misma es bastante largo, un ejemplo claro es el de las tuberías que conforman la red de distribución de agua potable en las zonas urbanas.

En tal sentido, el ingreso de potenciales competidores al mercado se ve notoriamente reducido por las siguientes razones: el acceso de tales empresas al mercado se daría a un costo de producción por unidad mayor que el precio de mercado por la duplicación innecesaria de costos fijos (la instalación de una segunda red de tuberías de agua para abastecer una misma zona, por ejemplo) y, consecuentemente, la rentabilidad del negocio no constituiría un incentivo suficiente, además de la baja expectativa de recuperar la inversión en el corto plazo.<sup>9</sup>

En tales circunstancias, la empresa que detenta el monopolio natural se encuentra en una situación demasiado propicia para cometer abuso en la prestación de servicios, por esta razón, el estado tiende a regular su actividad apoyado en el carácter necesario del servicio y en la posible incompatibilidad entre inversión inmovilizada y objetivos de lucro. Sin embargo, la intervención estatal también puede estar orientada por razones políticas tales como la búsqueda de eficiencia asignativa (que los precios respondan estrictamente a los costos), de efectos redistributivos (precios subvencionados) o de efec-

tos sobre la estructura productiva; en tal sentido, la ineficiencia del estado para lograr efectos redistributivos a través de la regulación de estos servicios, entre otros hechos, ha provocado que algunos autores sostengan una teoría económica del despilfarro público.<sup>10</sup>

Sin embargo, en la actualidad, los avances tecnológicos han permitido que el supuesto de hecho del monopolio natural (altos costos fijos de lenta recuperación) vaya quedando desvirtuado paulatinamente, debido a la reducción de los mismos generada por el uso de nuevas tecnologías como ha sucedido, por ejemplo, en el campo de las telecomunicaciones. Esto se une a la corriente de pensamiento que plantea la desregulación de la economía y el establecimiento de políticas de competencia claras.

#### 3.2. Formas de Prestación

Como se expresó anteriormente, existen tres modalidades genéricas de prestación de servicios esenciales, de acuerdo a la titularidad del derecho y a la forma de explotación del mismo. Es decir, el estado puede ser el titular del derecho de explotación y prestar el servicio directamente o, sino, indirectamente vía concesión a un particular, también puede suceder que la titularidad del derecho se encuentre en manos privadas pero exista una regulación administrativa.

##### A) Administración por el Estado

Sobre este punto, lo primero que debe aclararse es que la necesidad de intervención del estado en la economía no es negada por los sistemas políticos contemporáneos, por el contrario, lo que proponen son diferentes grados de intervención, pasando desde la participación exclusiva del estado en la actividad productiva a una intervención como árbitro y defensor de las reglas de mercado. Al respecto, la necesaria introducción de los planteamientos sobre la constitución económica, como principios esenciales para ordenar las actividades productivas de un país, ha sido reconocida por todos los estados

9. Apoyo Comunicaciones S.A., «Los monopolios en el Perú»; En: Perú Económico, Vol. XVIII, No. 7 (Lima, Apoyo S.A., 1995), pp.12 Morbelli y Wolanski, «El monopolio natural...», op.cit.,pp. 535-536. Stiglitz, La economía del sector... op. cit., p. 201-203.

10. Morbelli y Wolanski, «El monopolio natural...», op.cit., p. 537-538. Sobre la teoría citada ver H. Recktenwald y G. Sandler, «La teoría económica del despilfarro público: la ineficiencia del Estado»; En: Administración de Empresas, T. XX, oct-nov. (Argentina, 1989) p. 521-532.

contemporáneos y, en todo caso, el nivel de participación del estado en la economía es una cuestión que responde a decisiones políticas. Los partidarios de la intervención activa del estado plantean que las empresas privadas persiguen objetivos no compatibles con el interés colectivo. Por su parte, quienes critican la actividad empresarial del estado se dirigen contra su menor eficiencia.

En los casos donde el estado asume directamente el manejo de una actividad empresarial, normalmente se establece a nivel constitucional una reserva en su favor, de tal forma que presta el servicio en situación de monopolio legal. Si la empresa que presta el servicio esencial es pública no existe necesidad de regulación normativa de sus actos, puesto que, en tal caso, el poder público sólo necesita tomar decisiones (en aspectos como inversión, fijación de tarifas, extensión del servicio, etc.) y asumir las responsabilidades por su aplicación, es decir, el posible déficit que produzcan, los daños a terceros y la responsabilidad política por mala gestión.<sup>11</sup>

En tal sentido, entre las razones que promovieron la existencia de empresas públicas se pueden citar las siguientes: existen monopolios naturales que el estado debe explotar directamente para evitar abusos; la empresa pública permite alcanzar objetivos sociales que los mecanismos del mercado ignorarían o que el sector privado descuidaría; existe la necesidad de garantizar la soberanía nacional y la decisión autónoma del estado en sectores estratégicos; se debe evitar la fuga de capitales obtenidos en la explotación de un servicio público.<sup>12</sup>

Por otro lado, la principal crítica a este tipo de prestación de los servicios esenciales es la ineficiencia del estado como empresario, las causas que generalmente se argumentan son las siguientes: la empresa pública no tiene incentivos para enfrentar la amenaza de quiebra ya que puede confiar en la subvención económica; la inexistencia de los beneficios propios de la competencia del monopolio estatal; las restricciones en la estructura salarial de las empresas públicas que impiden incrementos de acuerdo a la rentabilidad; la intervención política en el manejo empresarial; la imposibilidad de que el

destinatario final de los servicios influya en la gestión de la empresa para mejorar la calidad de las prestaciones.<sup>13</sup>

No obstante lo antes expresado, debe indicarse que no es necesario que toda empresa pública sea rentable, ya que mientras que la eficiencia se refiere al aspecto operativo de la empresa, la rentabilidad implica un beneficio económico. En tal sentido, el problema no se encuentra en que la empresa tenga o no pérdidas, ya que en conjunto todas las empresas públicas podrían tener un superávit, lo que si importa es que las pérdidas de una empresa no sean superiores a la ganancia de otras. Por ello, en la empresa estatal debe primar la eficiencia y no la rentabilidad, es decir, el cumplimiento efectivo de los fines que justificaron la intervención estatal.<sup>14</sup>

### B) Concesión y Regulación de Tarifas.

Otra forma de prestación de los servicios esenciales es aquella donde el estado, es titular del derecho de explotación pero gestiona indirectamente el servicio a través de empresas privadas cuya actividad regula. La gestión privada se ejerce bajo título de concesión, reglamentada legal y contractualmente con la finalidad que el estado detente amplios poderes discrecionales.

Al respecto, es conveniente aclarar que la facultad de control debe recaer exclusivamente sobre áreas vinculadas directamente con la prestación del servicio, sino se vulneraría el principio básico de libertad de empresa reconocido constitucionalmente, es decir, la gestión comercial debe ser entregada por completo al concesionario.

Los poderes de control se dirigen a: regular tarifas y controlar el beneficio del concesionario; fijar condiciones y estándares técnicos para cada tipo de servicio garantizando la seguridad y uniformidad; controlar los bienes afectos al servicio; controlar la adecuación y eficiencia de equipos o plantas de producción; determinar el área de extensión del servi-

---

13. Settembrino, «La privatización de las empresas...», op. cit., pp.514-515. Stiglitz, *La economía del sector...*, op. cit., p. 212-216.

14. Liliana López Laurente, *La actividad empresarial del Estado y su rol interventor* (Tesis para optar el grado de bachiller en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989) p. 45 y 47.

11. Ariño, *Economía y estado ...*, op. cit., p. 259.

12. Hugo Settembrino, «La privatización de las empresas públicas»; En: *Administración de Empresas*, T. XX, oct-nov. (Argentina, 1989), p. 513-520.

cio; controlar la identidad y titularidad de la empresa encargada del servicio; entre otros aspectos.<sup>15</sup>

Respecto de las tarifas, aspecto central de la regulación administrativa de los servicios esenciales, debe expresarse que se denomina tarifa a la contraprestación que el usuario paga por el servicio, es decir, no se trata ni de una tasa ni de un impuesto, sino de un precio público fijado administrativamente.<sup>16</sup> También cabe diferenciar entre el precio privado y público, ya que el primero se fija según las reglas del mercado, siguiendo criterios de conveniencia económica y con el fin de obtener una ganancia, el segundo tiene como trasfondo la satisfacción de una necesidad colectiva y no el afán de lucro, por ello el ingreso global que reditúa es igual al costo total de la producción del servicio que es distribuido entre cada usuario con criterios sociales, por medio de tarifas múltiples o precios discriminados.<sup>17</sup>

Además, sobre los problemas que ha enfrentado el estado para regular dichos servicios, Gaspar Ariño sostiene:

«Las sucesivas críticas hacia los mecanismos de regulación (the revolving door, el entendimiento que a veces se produce entre reguladores y regulados, el apriorismo del que se parte en muchas de sus afirmaciones, la dictadura que de hecho ejercen, tanto unos como otros, sobre el usuario, etc.) han hecho perder la confianza en el sistema de regulación clásico y han llevado a las empresas -y al regulador- a intentar 'reconstruir' en la medida de lo posible el mercado, al mismo tiempo que al establecimiento de un sistema de incentivos a la eficiencia empresarial basado en la fijación de unos estándares o precios de referencia contra los que el empresario debe luchar. La principal -y esencial- característica de este cambio, iniciado a comienzos de los ochenta, es la apertura a la competencia siempre que ello sea posible.»<sup>18</sup>

En tal sentido, es necesario indicar que la libertad de empresa que existe para la explotación de los servicios esenciales vía concesión queda limitada en dos de sus aspectos, esto es, en cuanto a la liber-

tad de acceso al mercado (por la formalidad del proceso de concesión del derecho de explotación) y en cuanto a la libertad de cesación en el ejercicio (por la temporalidad característica de la concesión que se encuentra determinada por un plazo fijo), quedando así como único aspecto de libre desenvolvimiento el de la administración de la empresa, tal como se ha mencionado al principio. En todo caso, se ha planteado que la temporalidad de las concesiones de servicios esenciales es muy conveniente desde el punto de vista del mercado, ya que no puede haber competencia en la prestación, al menos cada cierto tiempo puede haber **competencia para la prestación**, es decir en el proceso de convocatoria para el otorgamiento de una nueva concesión.<sup>19</sup>

Finalmente, es conveniente expresar que la apertura a competencia de aquellos aspectos del servicio donde no existe un monopolio natural (por ejemplo la generación y transmisión de energía eléctrica o el servicio de larga distancia en las telecomunicaciones) Es un síntoma del interés por devolver al mercado dichas actividades creando un campo mayor para la libertad de empresa y para una mejor satisfacción del usuario.

### C) Prestación Privada (Privatización)

Sobre esta forma de prestación de los servicios esenciales, resulta conveniente diferenciar previamente las políticas de desregulación, de privatización y la de introducción de competencia en la economía, que se confunden porque muchas veces han sido aplicadas conjuntamente por los estados.

En primer lugar, la desregulación es la política por la que los estados eliminan o reducen considerablemente su intervención en el desarrollo de las actividades productivas, es decir que desregulación se entiende como el fenómeno por el que se suprimen la mayor parte de disposiciones legales existentes con el objeto de que se incremente el tráfico económico originado en la iniciativa privada sin la interferencia estatal.

Por su parte, la privatización implica la transferencia de propiedad de las empresas o activos del estado, incluyendo el control del gobierno, a inversionistas privados; aunque el término privatización también incluye la emisión y venta o distri-

15. Ariño, Economía y estado..., op.cit, p. 355.

16. *Ibid.* pp. 333-334.

17. Consuelo Martínez, Los precios públicos (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993), pp.21-22.

18. Ariño, Economía y estado..., op.cit, p. 339-340.

19. *Ibid.*, p. 344 y 354.

bución directa de acciones al público en general (por ejemplo la entrega de participaciones a trabajadores y usuarios de las empresas British Telecom y British Gas en Inglaterra), así como la contratación de la gestión de actividades estatales por entidades privadas (por ejemplo, la administración de cárceles en Estados Unidos o la operación de aduanas en Indonesia). El origen de la privatización se encuentra en la reconocida ineficiencia del estado como entidad prestadora de servicios públicos y la necesidad de que los mismos continúen siendo prestados de forma mantenida.<sup>20</sup>

Respecto de la desregulación se debe indicar que la introducción de un esquema de competencia no requiere que se eliminen o supriman las normas existentes sino que se modifique o que se creen nuevas disposiciones legales, situación diversa a la desregulación tal como se ha definido anteriormente; por esta razón, normalmente se utiliza el término «liberalización» para identificar la introducción de normas sobre competencia. Frente a la privatización, un esquema de libre competencia puede funcionar con éxito sin que se privaticen las empresas estatales, pero siempre y cuando se establezca una total separación entre los reguladores y operadores de las mismas, se de un trato igualitario a la iniciativa privada como pública y se garantice la transparencia de las relaciones financieras entre las empresas estatales y los poderes públicos.

Una de las características esenciales de esta forma de prestación es que la titularidad de la explotación recae en manos privadas y normalmente existe un esquema de libre competencia dentro de la acti-

vidad. Igualmente, la contraprestación que recibe la empresa prestataria puede estar sujeta a control tarifario, si así lo exige el interés público, aunque también puede tratarse de precios regidos por el libre mercado. En tal sentido, uno de los principios de la privatización es plantear mecanismos que eviten el simple paso de un monopolio estatal a uno

privado, por lo cual se plantea la necesidad de crear incentivos para facilitar el acceso al mercado e incrementar la competencia potencial.

Finalmente, se puede afirmar que la privatización tiene un doble objetivo: alcanzar un cierto grado de eficiencia y disminuir

el tamaño del estado y el gasto público, liberando recursos humanos y materiales para otros fines.<sup>21</sup>

### 3.3 Perspectiva del Usuario

Así como los servicios esenciales pueden ser prestados en formas diferentes y bajos títulos de explotación distintos, la otra cara de la moneda está constituida por el efecto de prestación sobre el usuario, ya que éste se encuentra en estado necesidad frente al suministro, lo que provoca que más allá de tener el derecho a recibirlo, en muchos casos, deba estar agradecido de haber podido acceder a él.<sup>22</sup>

21. Se debe anotar, sin embargo, que no todas las opiniones se encuentran de acuerdo con la aplicación de las políticas de privatización, ya que algunos la consideran un sistema e ideología extranjeros no acordes con la realidad de todos los países, en tal sentido ver, por ejemplo, José Soriano, Desregulación, privatización y derecho administrativo (Bolonia, Studia Albornotiana, 1993), p. 4-18.

22. Como ejemplo pueden tomarse los servicios telefónicos, al respecto, antes de la privatización de la Compañía Peruana de Teléfonos, en el Perú sólo existían 2,94 líneas por cada 100 habitantes, el tiempo promedio de espera para la instalación de un teléfono era de 118 meses y sólo llegaban a completarse entre el 35-40% de los intentos de llamada; datos tomados de Semana Económica, año 13, N° 561, 23 de febrero (Lima, Apoyo Comunicaciones S.A., 1997), p. 16. En el mismo sentido, pueden citarse como casos anecdóticos, que demuestran lo dramático de la situación, las quejas publicadas en un periódico de la ciudad de México que había

20. R.S. Khemani y D.M. Shapiro, Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia (Banco Mundial-OECD, 1996), p. 50. Setembrino, «La privatización de las empresas...», op. cit., p. 516-517. Tribunal de Defensa de la Competencia (España), «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» (Barcelona, CEGE Creaciones Gráficas S.A., 1993), p. 16-22 y 31-32.



En tal sentido la vida en sociedad ha ido incrementando paulatinamente las necesidades de los individuos, la satisfacción de las mismas asumida en primer momento por cada persona fue convirtiéndose en la responsabilidad estatal de asegurar un nivel de vida razonable como parte de su finalidad de bienestar social. Si se toma en cuenta que el habitante de las grandes ciudades no puede elegir con libertad sino que necesariamente debe apoyar su existencia en una vivienda, en el suministro eléctrico, en el uso de agua potable, en el transporte público, muy probablemente también en los servicios de telefonía, se puede apreciar que en la mayoría de casos el hombre se encuentra «**capturado por los servicios**», y si bien desde el punto de vista jurídico abstracto presta su consentimiento para recibir el servicio, en el plano práctico no elige libremente ya que la no utilización del mismo supondría la renuncia a los beneficios indispensables que reporta.<sup>23</sup>

Por otro lado, por el principio de igualdad en el acceso al servicio, toda persona tiene derecho al suministro cumpliendo los requisitos mínimos (por ejemplo, el pago del valor y la instalación del medidor de luz eléctrica), sin embargo tal derecho es exigible cuando el servicio se encuentra establecido, de no ser así, el principio antes citado se relativiza y sólo existe una expectativa razonable de recibirlo (así sucede cuando las redes de distribución de energía aún no han sido instaladas en pueblos jóvenes recientemente surgidos dentro del perímetro urbano).

Finalmente, si bien es usual la existencia de una legislación especial para regular diversos aspectos de la prestación del servicio, entre los que se encuentran los vinculados con el usuario, en este tipo de mercados la asimetría de información entre aquel y la empresa que presta el servicio es muy grande.

---

creado una subsección de «teléfonos descompuestos», allí aparecieron con fecha 4 de octubre de 1989 los siguientes mensajes: «Pagado, reportado, suplicado, que más podemos hacer? 26 días.», el otro más conmovedor aún, «Totalmente muerto, la necesidad del servicio es importantísima. Suscriptor muy anciano. Urge. Gracias. Zona Cuauhtémoc.». Citados en G. Martínez y G. Farber, *Desregulación económica* (1989-1993) (México, Fondo de Cultura Económica, 1994), p. 200-201.

23. Ariño, *Economía y estado...*, op.cit. pp.263. Martínez, *Los precios...*, op.cit. p. 57-58. La expresión entrecomillada es del primer autor.

Al respecto, se debe indicar que el comportamiento de los usuarios de los servicios esenciales deben ser analizado según el criterio del «consumidor promedio», según el cual no están obligados a conocer la información técnica que rodea el suministro o que se aplica para determinar las tarifas; por otro lado, aunque tal asimetría ha tratado de reducirse a través de una detallada regulación legal, los resultados han sido infructuosos debido a que la misma sigue resultando muy especializada para el común de las personas.

### 3.4. Visión Crítica

Tomando en cuenta las diversas características de los servicios esenciales reseñadas anteriormente, puede concluirse que desde el punto de vista jurídico no existe una razón objetiva, fuera de la decisión política, que explique el monopolio estatal; desde el punto de vista económico, la actividad empresarial del Estado ha sido ampliamente criticada por su ineficiencia; y, desde el punto de vista de la política económica preponderante, tales servicios han sido abiertos a un esquema de libre competencia debilitándose así su carácter de servicio exclusivamente estatal. También ha podido apreciarse lo sensible que resulta para el usuario del servicio un suministro continuo y efectivo, por la mínima capacidad de defensa que tiene frente a conductas abusivas de parte de la empresa, ya que en condiciones normales de mercado no existe un sustituto adecuado de los servicios esenciales ni se ha podido reducir la asimetría de información a través del marco normativo.

En tal sentido, resulta conveniente que toda regulación de los servicios tenga como punto de referencia la satisfacción del usuario (calidad y continuidad a precios razonables) definiéndose de acuerdo a ella la forma de prestación y el título bajo el que se explota la actividad. Igualmente, es necesaria una variación de la terminología empleada para hacer referencia al tipo de servicios que desde una perspectiva económica se denomina semipúblicos. En la actualidad, la indebida utilización del término servicio público (desde que se le definía como toda función estatal, pasando por la nacionalización de las empresas privadas y luego por la monopolización de las actividades), así como las connotaciones de ineficiencia que lo rodean, indican la conveniencia de establecer una denominación más acorde con la

finalidad propia de dichos servicios, que es la satisfacción adecuada de una necesidad indispensable para el usuario. Por ello, la denominación que proponemos es la que se ha utilizado en el presente trabajo, es decir, la de **servicio esencial**.<sup>24</sup>

Esta variación no solo supondría un cambio de términos sino una nueva conceptualización jurídica, que no identifique la prestación del servicio con la actividad estatal sino con la satisfacción de una necesidad imperiosa del individuo; que produzca una regulación legal que garantice los derechos del usuario y no solo el control del estado (puesto que esta facultad puede desbocarse hacia otros aspectos como ya ha sucedido antes con los denominados sectores estratégicos); y, finalmente, que promueva, en la medida de lo posible, la apertura de dichas actividades a un esquema de libre competencia, donde prime el principio de soberanía del consumidor y sea el usuario del servicio quien defina las reglas.

Por último, coincidimos con la opinión de Ariño en el sentido de que el concepto de servicio público debe restringirse a su mínima expresión para que mantenga una existencia coherente y continúe siendo útil en el campo del derecho; es decir, debe limitarse a la prestación de un servicio con carácter monopólico cuya titularidad este reservada al estado mediante una disposición constitucional.<sup>25</sup> Por esta razón, creemos que debe responderse positivamente a la interrogante que dio inicio al presente artículo, en el sentido de que si se mantiene una posición consecuente con la actual corriente de pensamiento y las políticas de competencia son implementadas con mayor intensidad, los servicios públicos, tal como los acabamos de definir, serán cada vez más escasos.

#### IV. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ

La presente sección tiene por finalidad analizar el tratamiento legal que han recibido los servicios esenciales en el sistema legal peruano, aplicando

24. Al respecto, debe indicarse que tanto la legislación como la doctrina referida a este tema presentan variadas denominaciones tales como servicios públicos básicos, servicios de necesidad o utilidad pública y servicios de interés nacional, sin embargo, nosotros hemos preferido un término que indique el carácter imprescindible del servicio.

25. Ariño, *Economía y estado...*, op.cit., p.305.

los conceptos que han sido planteados en las secciones anteriores y sobre todo las propuestas que se han presentado. Para tal efecto, se pasará revista a las principales normas que se ocupan del tema, reseñando sus aspectos estructurales y operativos.

Al respecto, resulta conveniente expresar que en 1965 solo existían 20 empresas estatales, sin embargo, para 1990, el número había crecido a 226, incluyéndose entre ellas a las que prestaban servicios esenciales con carácter de monopolio (Sedapal, Electroperú, Compañía Peruana de Teléfonos, Enatru, etc.); al año siguiente, las pérdidas conjuntas de todas estas empresas ascendieron a US \$ 400 millones. Ante tal circunstancia, el Estado peruano decidió implementar un sistema de privatización de las principales empresas públicas, limitando su actividad a sus funciones inherentes, tales como la seguridad, educación, salud y justicia.<sup>26</sup> Esta situación es el antecedente de la mayoría de normas que se analizarán a continuación.

#### 4.1. La Constitución y otras Normas Legales

La Constitución Política vigente establece que el principio rector de la economía es la libre iniciativa privada, restringiéndose la actividad del estado, principalmente, a las áreas de promoción del empleo, salud, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Sin embargo, no se establece la libertad del estado para participar en la actividad económica sino que, por el contrario, se dispone que sólo autorizado por ley expresa podrá realizar actividad empresarial de manera subsidiaria a la iniciativa privada y únicamente por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.

26. J. Rey y A. Rey, «Privatización de empresas estatales», En: B. Boza (editora), *Invirtiendo en el Perú* (Lima, Apoyo S.A., 1994), p. 109-111. El propio estado reconoció la ineficiencia con que se habían administrado las empresas públicas, en tal sentido, el segundo considerando de la Ley de Promoción de la Inversión Privada en conjunto, resultados económicos o financieros satisfactorios, lo que, de un lado, había impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ellos en los inadecuados precios con que ofrecía sus bienes y servicios a la población y, de otro lado, había contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario.

La Constitución fue coherente con el sistema que venía desarrollándose desde 1991, en el sentido de que mantenía vigente el principio establecido por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, donde se dispuso que los precios de bienes y servicios se regían por la oferta y demanda, con la única excepción de los precios de los servicios públicos que podían ser fijados administrativamente.<sup>27</sup> Por otro lado, esta norma derogó toda reserva a favor del estado para realizar actividades económicas o explotar recursos y estableció que el estado aseguraba la prestación de servicios públicos básicos, promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios.

De acuerdo a los dispositivos citados se deduce que el marco legal dirige la actividad del estado primordialmente hacia el cumplimiento de sus fines inherentes (seguridad, salud, educación, etc.), restringiendo su actividad empresarial a un plano subsidiario frente a la iniciativa privada, solo en casos excepcionales y siempre en condición de igualdad; sin embargo, a la vez, lo obliga a asegurar la prestación de «servicios públicos básicos» de preferencia por el sector privado (en el entendimiento de que ello mejorara la calidad de los mismos). En tal sentido, se ha establecido que los únicos precios que pueden ser fijados administrativamente son los de servicios públicos, como una forma de regulación de la actividad privada, lo que indica que los actos del estado relacionados con los servicios públicos deben ser únicamente de tipo regulatorio.

Por otro lado, se debe indicar que el sistema normativo vigente reconoce el carácter imprescindible de los servicios esenciales, regulando su necesaria continuidad en diversos aspectos. Por ejemplo, respecto del pago de la tarifa, la Ley de Protección al Consumidor establece que las empresas que prestan servicios públicos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios al pago previo del monto facturado por el servicio.<sup>28</sup>

27. El artículo 4 del Decreto Legislativo 757 estableció lo siguiente: «La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República».

28. Dicha norma es el Decreto Legislativo No. 716, y la disposición citada se sustentaba en la práctica habitual que se había impuesto en las empresas de exigir el pago previo

Igualmente, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo<sup>29</sup> dispone que si las huelgas afectan servicios públicos esenciales, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal indispensable para impedir la interrupción total y asegurar la continuidad de las actividades. Por otro lado, las normas que regulan la concesión de la explotación de obras de servicios públicos a empresas privadas también reconocen no sólo la necesaria continuidad y regularidad del servicio<sup>30</sup>, sino también el carácter de igualdad del mismo.<sup>31</sup>

Sin embargo, las normas mencionadas no han llegado a establecer un régimen legal coherente sobre los servicios esenciales, porque ninguna contiene una definición legal de los mismos, ni siquiera basada en sus caracteres distintivos; además, tampoco existe en la actualidad una clara enumeración de aquellos servicios que deben ser considerados como tales. Esta situación crea un problema respecto de las actividades donde puede existir regulación administrativa, en aplicación del principio establecido por el Decreto Legislativo 757, ya que no se puede decidir cuales son los servicios esenciales ni desde un nivel conceptual ni de forma cuantitativa, lo cual no solo demuestra la falta de orden del sistema sino que produce inseguridad jurídica sobre los sectores sujetos a regulación y, de estar incluido entre ellos, sobre los criterios de regulación que se adoptan para cada servicio esencial.

Como muestra de lo antes expresado, debe citarse, en primer lugar, la Ley sobre Normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos,<sup>32</sup> la cual estableció que, para los efectos de esta ley el concepto de

del recibo para realizar cualquier reclamo, con el riesgo de corte del suministro.

29. Decreto Ley 25593.

30. En tal sentido, el artículo 31-b del Decreto Legislativo No. 758 establece que la prestación del servicio se hará en forma continua facilitando la absoluta normalidad, eliminando las causas de molestias o riesgos excesivos y garantizando la prestación ininterrumpida. El artículo 41, incs. e y f del Decreto Supremo 189-92-PCM y el artículo 37 del Decreto Supremo 059-96-PCM, establecen la obligación del concesionario en los mismos términos.

31. Por ejemplo, respecto del cobro de tarifas por los servicios prestados, en las tres normas citadas en la nota anterior se establece que ni el concesionario ni el organismo concedente podrán establecer excepciones o exenciones a favor de ningún usuario.

32. Decreto Legislativo 728.

servicios públicos comprendía, entre otros, transporte público, saneamiento, telecomunicaciones, alumbrado público, así como servicios de educación, salud y recreación. En dicha norma es notoria la confusión entre los conceptos de funciones inherentes al estado y servicios esenciales, puesto que los hace equivalentes dentro del conjunto de objetivos estatales.

Dicha confusión se mantuvo en el Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos,<sup>33</sup> donde se hizo una enumeración de los servicios públicos incluidos en el proceso de promoción de la inversión, dentro de la que se incluían los servicios de alumbrado público y de saneamiento agua potable, alcantarillado y disposición de excretas) junto con la salud pública (atención ambulatoria, hospitalización y cuidados intensivos) y servicios de desembarque, manipulación, conservación y otros relacionados con la actividad pesquera; además se dejó abierta la posibilidad de incluir «cualquier otro servicio público prestado pro el Estado». De ello se deduce que estas normas asumieron la posición que define como servicios públicos toda aquella actividad realizada por el estado, sea como parte de sus fines inherentes o dentro de la gestión de servicios esenciales.

Posteriormente, se emitió la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos,<sup>34</sup> estableciendo un plan maestro de concesiones a la inversión privada a cargo de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas - Promcepri, modificando a su vez diversos aspectos de las normas relacionadas con dicho tema, entre ellas, las dos antes citadas. Sin embargo, esta ley no contenía ninguna modificación respecto de los servicios incluidos en el proceso de promoción y sólo se limitaba a disponer que tanto el Decreto Legislativo 758 como el Decreto Supremo 189-92-PCM eran de aplicación en cuanto no se opusieran a lo dispuesto por aquella.

Finalmente, en diciembre de 1996, se dictó el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos,<sup>35</sup> el mismo que tampoco recoge

ninguna disposición que establezca los servicios públicos sujetos al proceso indicado y que podría dar algunas luces sobre las actividades que son consideradas servicios públicos dentro de nuestro sistema legal. Además esta norma dispone que es de aplicación el Decreto Supremo 189-92-PCM en lo que no se le oponga, dejando así de lado al Decreto Legislativo 758. Con esta última disposición no ha quedado claro si la confusa enumeración de servicios públicos considerada dentro de los alcances del Decreto Supremo 189-92-PCM ( que reunía los servicios de alumbrado público y de saneamiento junto con los de salud pública y de la actividad pesquera) se mantiene aun vigente.

Sin embargo, aun dando por supuesto que con este texto único ordenado se ha eliminado la confusión de términos antes mencionada, debe indicarse que no se ha solucionado el problema, puesto que ahora ya ni siquiera existe un referente normativo general sobre los servicios que pueden ser considerados esenciales dentro de nuestro ordenamiento. En tal sentido, a continuación se hará una revisión de las normas especiales que regulan algunos de los principales servicios esenciales en el Perú, para determinar si a nivel sectorial existe mayor coherencia dentro del sistema.

## 4.2. Servicios Esenciales Regulados

### A) Electricidad.

De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas,<sup>36</sup> el sistema eléctrico nacional tiene las siguientes características:

- La oferta de energía se encuentra dividida en tres actividades, generación, transmisión y distribución, requiriéndose normalmente de una concesión (de carácter indefinido)<sup>37</sup> para realizar cada actividad; además, se ha establecido un esquema de competencia dentro de las dos primeras actividades.

36. Decreto Ley N° 25844.

37. Aunque se debe mencionar que el artículo 44 del Decreto Supremo 189-92-PCM estableció que el plazo máximo de concesión para obras y servicios de la actividad eléctrica era de 50 años. Por su parte, el artículo 16 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece que el plazo máximo de vigencia de las concesiones nunca podrá exceder de 60 años.

33. Decreto Supremo 189-92-PCM.

34. Decreto Legislativo N° 839.

35. Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

- El servicio público de electricidad es de utilidad pública y está constituido por el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo hasta un tope de 1,000 kilowatts.

- La concesión para prestar el servicio público de electricidad es exclusiva para un solo concesionario dentro de una zona determinada, que no puede reducirse sin autorización previa. Si concurren varias solicitudes para una misma concesión se elegirá la que presente las mejores condiciones técnicas y económicas.

- Los concesionarios de distribución están obligados a prestar el servicio dentro de su zona en un plazo no mayor de 24 meses como mínimo, bajo sanción de caducidad de la concesión.

- Las tarifas de venta de energía a usuarios del servicio público de electricidad están sujetas a regulación de precios, estableciéndose los mecanismos para fijación de precios máximos.

Como se aprecia de la norma citada, sólo el servicio de distribución (suministro de electricidad para uso colectivo) está calificado como servicio de utilidad pública y tiene carácter exclusivo para una empresa dentro de una zona determinada; las actividades de generación y transmisión han quedado dentro de un esquema de libre competencia. Indirectamente se reconoce a dicho servicio los caracteres de generalidad (debe suministrarse electricidad a todo aquel que lo solicite en un plazo máximo de 24 meses) y de continuidad (la empresa debe garantizar, por 24 meses como mínimo, su requerimiento de energía y potencia para satisfacer a los usuarios). La forma de prestación del servicio es la de concesión indefinida con regulación de tarifas máximas.

## B) Saneamiento.

La Ley General de Servicios de Saneamiento<sup>38</sup> establece lo siguiente:

- Los servicios de saneamiento (servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas) son de necesidad y utilidad públicas, pueden ser explotados dentro de la jurisdicción de una o más municipalidades provinciales por empresas públicas, privadas o mixtas, denominadas entidades prestadoras de servicios de saneamiento EPS, requiriéndose una concesión otor-

---

*“... dentro del sistema normativo peruano no existe una regulación adecuada de los servicios esenciales, ni respecto de la coherencia interna del sistema...”*

---

gada por la municipalidad en el caso de las dos últimas, con un plazo máximo de 60 años.

- Toda persona domiciliada dentro del ámbito de responsabilidad de una EPS tiene derecho al suministro de los servicios dentro de los niveles y condiciones técnicas que se apliquen en el área, debiendo la EPS garantizar la continuidad y calidad del servicio.

- Están sujetos a regulación de tarifas los servicios de agua potable y alcantarillado, su determinación se rige por principios de eficiencia económica, viabilidad financiera, equidad social, simplicidad y transparencia; siendo las tarifas aprobadas de aplicación obligatoria para todos los usuarios sin excepción.

Según la norma antes mencionada, los servicios de agua potable y alcantarillado son de necesidad y utilidad públicas, su prestación se extiende dentro del ámbito de jurisdicción de una municipalidad provincial. Se les reconoce los caracteres de continuidad y regularidad, también el de igualdad respecto de las tarifas. La forma de prestación puede ser directa por el estado (en caso de ser una EPS municipal o pública) o bajo título de concesión con regulación administrativa de tarifas en el caso de EPS privadas o mixtas.

## C) Telecomunicaciones

De acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y a su Reglamento:<sup>39</sup>

- Existen tres tipos de servicios de telecomunicaciones: públicos, privados y privados de interés público. Los servicios públicos están a disposición

38. Decreto Ley No. 26338.

39. Decreto Supremo 013-93-TCC y Decreto Supremo 06-94-TCC, respectivamente.

del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna y dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores; los servicios portadores (es decir la red de transmisión de señales de telecomunicación, donde existe un monopolio natural), son necesariamente públicos. Los servicios privados se establecen para satisfacer las necesidades de comunicación de su propietario, normalmente no pueden ser brindados a terceros. Los servicios privados de interés público son los de radiodifusión (emisiones sonoras o por televisión) y se caracterizan porque sus emisiones están destinadas a ser recibidas directamente por el público usuario en general.

- Los servicios de telecomunicaciones se prestan bajo título de concesión en un régimen de libre competencia, quedando prohibidas las prácticas monopólicas y restrictivas de la competencia. Quedan exceptuados de dicho régimen los servicios de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional que han sido incluidos dentro de un régimen de monopolio temporal sujeto a concurrencia limitada hasta 1999.<sup>40</sup>

- Toda persona tiene derecho a usar los servicios de telecomunicaciones. La prestación se rige por los principios de equidad (obligación de extender el servicio a toda área de concesión o autorización) y de no discriminación (las empresas prestadoras, de acuerdo a la oferta disponible, deben prestar el servicio a quien cumpla con las condiciones establecidas).

- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL se encuentra encargado de fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación, el estado fomenta la participación de los usuarios en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de los servicios; por su parte, las empresas concesionarias de dichos servicios se encuentran en libertad para fijar sus tarifas con el límite de los topes establecidos.

Según lo anteriormente explicado, existen servicios de telecomunicaciones públicos y privados de interés público que tienen como característica principal estar a disposición del usuario en general; en el caso de aquellos servicios donde existe un monopolio natural, se establece que por su naturaleza

siempre son considerados servicios públicos. Se les reconoce las características de generalidad e igualdad. La prestación de servicios se realiza bajo título de concesión pero en un régimen de libre competencia, salvo en el caso de aquellos mantenidos como monopolio temporal hasta 1999, en ambos casos existe regulación de tarifas para fijar topes máximos.

### D) Transporte Urbano de Pasajeros

El servicio de transporte urbano de pasajeros tiene las siguientes características, según las diversas normas que lo regularon y regulan en la actualidad:

- Se estableció el libre acceso para prestar el servicio en las rutas autorizadas por los consejos provinciales sin ninguna restricción administrativa adicional. Sin embargo, sucesivas normas han ido restringiendo la libertad de acceso a las rutas, a través del fortalecimiento del poder discrecional de las municipalidades para otorgar la autorización para prestar el servicio en una ruta habilitada, hasta llegar al actual Reglamento Nacional del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros, donde se establece que el servicio sólo podría ser prestado luego de obtener la concesión o autorización respectiva otorgada por las municipalidades provinciales.<sup>41</sup>

- Se declara que el servicio público de transporte urbano de pasajeros es de necesidad y utilidad pública, su prestación debe ser ininterrumpida y constituye causal de cancelación de la concesión dejar de prestar el servicio por más de tres días calendario consecutivos. Las disposiciones legales garantizan la seguridad y calidad del servicio en favor de los usuarios.

- El establecimiento de los precios por el servicio de transporte público se rige por la libre competencia en todo el país, aunque se ha dispuesto que las municipalidades provinciales otorguen la buena

40. Creado a través del Decreto Ley 26285.

41. La norma que estableció el régimen de libre competencia sobre tarifas y el libre acceso a las rutas fue el Decreto Legislativo 651, cuya vigencia fue posteriormente ratificada por el Decreto Ley 25457, Las normas que paulatinamente han restringido la libertad de acceso a rutas son el Decreto Supremo 13-94-MTC, la Resolución Suprema 36-94-MTC y el Decreto Supremo 12-95-MTC, siendo esta última el reglamento citado. Es conveniente indicar que la idea planteada me fue transmitida directamente por el señor Javier Mori.

pro para prestar el servicio a las empresas que presenten la propuesta con la tarifa mas baja para la ruta licitada.<sup>42</sup>

De la información reseñada se desprende que el transporte público de pasajeros es de necesidad y utilidad pública. Se le reconoce los caracteres de continuidad y regularidad. Para la prestación del servicio se requiere de concesión o autorización municipal a pesar que se ha declarado que existe libertad de acceso a las rutas habilitadas; en cuanto al régimen de precios, se rige por la libre competencia.

#### 4.3. Falta de Coherencia en el Marco Normativo.

Como se aprecia de las normas de mayor jerarquía analizadas, no existe una definición sobre los servicios esenciales, así como tampoco se ha establecido una enumeración de los servicios que en líneas generales, tienen tal carácter; por el contrario, se ha llegado a confundir el concepto de funciones inherentes del estado con el de tales servicios. Aunque se debe resaltar que dichas normas reconocen que la prestación de servicios debe cumplir con ciertos requisitos específicos como la continuidad, regularidad e igualdad.

A nivel sectorial tampoco se utiliza una sola terminología que identifique a los servicios esenciales, aunque en todos los casos se reconocen los caracteres distintivos de su prestación (igualdad, generalidad, continuidad y regularidad). Al respecto, es conveniente anotar que desde un punto de vista orgánico la Ley de telecomunicaciones es la más lograda, sobre todo por la identificación de cada tipo de servicio según la relación que tiene con el usuario final del mismo. Sin embargo, dicha norma provoca una mayor confusión dentro del conjunto normativo existente, debido a la clasificación entre servicios públicos, privados y privados de interés público, que no tiene ningún referente dentro del sistema.

En los casos donde normalmente existe un monopolio natural se ha optado por utilizar el sistema de concesión y tarifas reguladas, tal es el caso de la distribución de energía eléctrica o de la red de distribución de agua potable. Por su parte, se ha establecido un régimen de libre competencia para aque-

42. Establecido por el primer artículo del Decreto Ley 26719.

llos aspectos relacionados con los servicios esenciales donde no existe monopolio natural, aunque en ciertos casos específicos, como el de los servicios portadores de telecomunicaciones de larga distancia, se ha optado por mantener un régimen de prestación exclusiva de carácter temporal.

En la mayoría de casos donde existe regulación administrativa de tarifas se fijan topes máximos que pueden ser reducidos por las empresas, manteniéndose así la posibilidad de competencia de precios. Caso aparte es el del transporte público urbano, que se encuentra en un régimen de tarifas libres, lo cual no guarda mucha relación con las características, propias de los servicios esenciales, reconocidas al transporte urbano (continuidad y regularidad) y con la naturaleza del contrato de servicio.<sup>43</sup>

Finalmente, si bien a través de la regulación legal de las actividades de la empresa prestataria se ha tratado de reducir la asimetría de información que normalmente afecta a la prestación de servicios esenciales, ello no ha resultado fácil y comúnmente no se ha logrado en aspectos tan técnicos como la fijación de tarifas.<sup>44</sup> En tal sentido, la creación de organismos supervisores en los tres sectores donde existe regulación de tarifas (OSIPEL, SUNASS, OSINERG), constituye un paso muy importante para la defensa y mayor información del usuario. Al respecto, sería adecuado que en los demás servicios esenciales se siga el criterio adoptado por la Ley de telecomunicaciones, en cuanto a promover la participación de los usuarios en la fijación de tarifas y el control de la calidad del servicio.<sup>45</sup>

43. Al respecto, el contrato, en el caso del transporte urbano de pasajeros, no permite tratativas sino que es de aceptación instantánea, puesto que normalmente el usuario no puede negociar las condiciones sino que debe aceptar el servicio como se le ofrece. De esta forma, no se logra la satisfacción del usuario ni se beneficia al transportista, puesto que si bien puede fijar libremente sus tarifas pierde otros beneficios más importantes para él, como subsidios en la adquisición de repuestos o accesorios para sus vehículos, situación que no reconocen las normas de competencia.

44. Sobre este aspecto puede hacerse una simple comprobación revisando, en cualquiera de las normas citadas, la sección o anexo correspondiente a las fórmulas y mecanismos para la fijación de las tarifas máximas.

45. En lo que se refiere a este punto, podría tenerse como referente el quinto considerando del Decreto Legislativo 839, donde se expresa que sin perjuicio de respetarse criterios de rentabilidad para el inversionista privado, bajo los mecanismos de concesión deben ofrecerse soluciones integrales a los usuarios de servicios públicos.

De acuerdo a todo lo antes referido se puede afirmar que dentro del sistema normativo peruano no existe una regulación adecuada de los servicios esenciales, ni respecto de la coherencia interna del sistema, ni sobre los criterios de regulación adoptados. En tal sentido, si bien algunas normas sectoriales dan un tratamiento adecuado a la satisfacción del usuario y prevén su intervención activa en la regulación de la actividad, aun respecto de la fijación de tarifas, esta situación no es la regla. Igualmente las virtudes de caracterización y clasificación que pueden tener cada norma por separado se encuentran demasiado dispersas, provocando que, en conjunto, las normas no guarden relación interna en los aspectos conceptuales de esta institución jurídica.

Sin embargo, se debe resaltar el hecho que cada vez son más las tareas relacionadas con los servicios esenciales abiertas a la competencia y, en los

casos donde se constata la existencia de monopolios naturales dentro de la actividad, se prefiere la modalidad de concesión con regulación estatal. Además, algunas normas tienen la virtud de buscar lo que se ha definido como competencia para la prestación, disponiendo que se considere la mejor propuesta (en el aspecto técnico y económico) si varias concurren para una misma concesión, tal como ha quedado establecido para la distribución de energía eléctrica y para el transporte urbano. De ello se deduce que dentro de nuestro sistema legal, los servicios públicos, como prestaciones realizadas por el estado con carácter de exclusividad y en virtud a una reserva constitucional en su favor, van quedando reducidos a una mínima expresión, de acuerdo al principio general recogido en la Constitución vigente. [DYS]