

El Servicio Público para el Tribunal Constitucional

A Propósito del Transporte Público Gratuito

Jorge E. Lazarte Molina*

La evolución que ha tenido el concepto de servicio público hasta la actualidad tiene una marcada influencia en el desarrollo de las actividades económicas dentro del mercado en nuestro país. Por tal motivo sus consideraciones han de influir directamente en la política que asuma el Estado respecto de la actividad de que se trate, es decir, si decide o no intervenir en ella o, en éste último caso, de qué forma hacerlo. A través del análisis de una sentencia del Tribunal Constitucional relacionado al caso de transporte público, tema peculiarmente interesante y sumamente discutido en la actualidad, el autor nos sumerge de forma muy clara en la problemática planteada, analizando, en primer término, la concepción actual de servicio público para luego pasar a considerar cuáles son sus incidencias en el mercado.

Aprovecho la oportunidad que en esta ocasión me brinda *Derecho & Sociedad*, para comentar una sentencia del Tribunal Constitucional (TC), publicada el 15 de marzo de 2006, que considero un retroceso frente a lo que la doctrina del servicio público ha avanzado sólidamente en los últimos años¹.

Aun cuando pueda sostenerse que la sentencia bajo comentario tiene un alto contenido político, no puede desconocerse que sus implicaciones son eminentemente jurídicas, por cuanto hace prevalecer una medida intervencionista del Estado que beneficia únicamente a cierto sector de la población, por sobre los derechos económicos que la Constitución reconoce a otro.

No obstante, debo reconocer desde la cómoda posición de quien escribe un artículo y no una sentencia, que ignorar el impacto político de una decisión del TC puede ser socialmente inconveniente para el país. Sin embargo, no por ello puedo dejar de opinar respecto de un tema que considero atentatorio contra la libertad de empresa, y criticar jurídicamente una decisión que, políticamente, puede haber resultado menos comprometedor para el TC.

I. El Sueño del Transporte Público Gratuito

Para muchas personas, la idea movilizarse gratis al interior de las ciudades sería como un sueño hecho

realidad. ¡Qué mejor que una ley que disponga que los servicios de transporte urbano e interurbano sean gratuitos para todos! Probablemente, el ahorro que una medida de tal envergadura supondría para muchos, sería un claro incentivo para apoyar su pronta aprobación.

Sin embargo, basta pensar un poquito para darse cuenta de que una ley de estas características, haría desaparecer inmediatamente los servicios de transporte. En efecto, los transportistas no tendrían ningún incentivo para invertir en vehículos si no van a poder cobrar por los servicios que prestan, y no habría chofer o cobrador alguno lo suficientemente loco para salir diariamente a las calles a trabajar gratis.

Pese a ello, el sueño del transporte gratuito podría todavía convertirse en realidad. Si el Estado asumiera todos los costos de transporte que fueran necesarios para la prestación de este servicio a los ciudadanos, podría lograr que todos viajemos gratis. Pero para eso, el Estado tendría que comprar todas las unidades de transporte e invertir en ellas, pagarle a choferes y cobradores una remuneración por sus servicios, y hacer todos sus esfuerzos para prestar un servicio de calidad, o lo que diríamos, un servicio "competitivo."

Lamentablemente, de ser ello así, este sueño se convertiría prontamente en una terrible pesadilla, que

* Asociado del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados

¹ Esta sentencia declara infundada una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos del 1° al 5° de la Ley N° 26271, que establecen el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros, en favor de policías, bomberos, universitarios y escolares (Expediente N° 034-2004-PI/TC.)

nos haría sudar a todos de angustia al ver que el Estado acapara el monopolio de los servicios de transporte, extingue la competencia entre empresas, e incorpora en su planilla a todo el grueso de la población de choferes y cobradores, que se convertirían de un día a otro en servidores públicos, como cuando en un mal sueño un hombre se convierte en monstruo.

Lo peor, es que sería una pesadilla engañosa y maquiavélica, ya que el servicio de transporte estatal tampoco sería gratuito, en la medida que todos los gastos en que tendría que incurrir el Estado para prestarlo serían pagados con nuestros propios impuestos, encareciéndolos, limitando la actividad del Estado en otros sectores, y obligándonos a transportarnos exclusivamente con un servicio de "calidad estatal peruana."

Por tanto, es mejor pensar que el deseo del transporte gratuito al interior de las ciudades, es un sueño que no tiene cabida en nuestra realidad social ni económica (por lo menos no por ahora.) Y está bien que sea así, de lo contrario enfrentaríamos una situación en la que el Estado se convertiría en el único proveedor de los servicios de transporte, a costa de nuestros impuestos, brindándonos un servicio de mala calidad y carente de parámetros de competencia.

II. La Imposición Legal de un Sueño Inconstitucional y Peligroso

Aunque parezca inaudito, el sueño de no pagar por los servicios de transporte al interior de las ciudades, o pagar menos de lo que cuestan, ha sido hecho realidad en el Perú para beneficiar exclusivamente a cierto sector de la población, en el que se encuentran comprendidos policías, bomberos, estudiantes universitarios y escolares.

En efecto, la Ley N° 26271 creó el derecho a los denominados "pases libres" y "pasajes diferenciados" para el uso de los servicios de transporte a nivel urbano e interurbano dentro del ámbito provincial, los cuales benefician solamente a las mencionadas personas². En realidad, lo que el derecho a pases libres y pasajes diferenciados supone, es la obligación de las empresas de transporte de no cobrar pasajes a los miembros de la Policía Nacional del Perú que hacen uso de sus vehículos para movilizarse de un lugar a otro³, y de cobrar medios pasajes a los estudiantes universitarios y escolares, de tal manera que éstos no paguen más del 50% de lo que normalmente se cobra a un pasajero adulto⁴.

Lo paradójico de estas disposiciones es que, en el Perú, los servicios de transporte urbano e interurbano de pasajeros son prestados por empresas privadas, en condiciones de competencia, cuyos precios son fijados por la oferta y la demanda. Ello es expresamente reconocido por el Decreto Legislativo N° 651, que reconoce la libertad competencia en la fijación de tarifas del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros; y establece el libre acceso para la prestación de dichos servicios.

De esta manera, los pases libres y pasajes diferenciados afectan a empresas privadas, que pese a tener el derecho constitucional a fijar libremente sus precios por los servicios que prestan, el Estado les ha impuesto la obligación de no cobrar pasaje alguno por sus servicios a determinados ciudadanos (policías), y sólo medios pasajes a otros (universitarios y escolares). En buena cuenta, les ha impuesto la obligación de prestar servicios gratuitos, o por debajo de sus costos.

El siguiente ejemplo muestra claramente la inconveniencia de estas disposiciones. Imaginemos un vehículo que tiene capacidad para transportar diez (10) pasajeros en el tramo de una ruta cuyo costo ha sido valorizado por el transportista, digamos en S/. 10 (considerando para ello los gastos de gasolina, mantenimiento del vehículo, remuneración del chofer y del cobrador, entre otros.) Ello quiere decir que, por lo menos, debe cobrar S/. 1 a cada pasajero para cubrir sus gastos operativos (S/. 1 x 10 pasajeros = S/. 10.) Adicionalmente, si a ello le suma la utilidad que espera recibir por sus servicios, digamos un 20% (S/. 2), deberá cobrar S/. 1.20 a cada pasajero para poder obtener un ingreso de S/. 12 en el tramo presupuestado (S/. 1.20 x 10 pasajeros = S/. 12), que es la suma de sus gastos operativos más su utilidad.

Ahora bien, imaginemos que al inicio del tramo presupuestado suben al vehículo dos (2) escolares que se dirigen al colegio, acompañados de su madre. Unos minutos después, suben cinco (5) jóvenes, cuatro (4) de los cuales resultan ser universitarios. Finalmente, sube también un señor de edad y un policía, que terminan por completar la capacidad del vehículo.

Con el vehículo lleno, el cobrador exigirá el pago del pasaje a los ocupantes y obtendrá lo siguiente: S/. 3.60 por pasajes adultos (S/. 1.20 de la madre de los escolares, S/. 1.20 del joven sin carné universitario y S/. 1.20 del señor de edad que subió con el policía.) Como la ley le prohíbe cobrar más de medio pasaje a los escolares y universitarios (S/. 0.60), sólo obtendrá

2 El artículo 1° de la Ley N° 26271 establece que, "El derecho a pases libres y a pases (sic) diferenciados y el derecho a pases cobrados por las empresas de servicio de transportes de pasajeros del ámbito urbano e interurbano del país, sólo se aplica tratándose de: a) Miembros de la Policía Nacional y miembros del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú; b) Alumnos universitarios y de institutos superiores universitarios en profesión o carrera cuya duración no sea menor de seis semestres académicos; y, c) Escolares."

3 Es importante notar que, si bien es cierto el artículo 1° de la Ley N° 26271 también reconoce a los miembros del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú como beneficiarios del derecho a pases libres y pasajes diferenciados, no se precisa de cuáles de éstos gozan los bomberos. De hecho, el artículo 2° sólo establece que, "Los pases libres son aplicables a los miembros de la Policía Nacional...", sin hacer extensivo dicho derecho a los bomberos.

4 Según el artículo 3° de la Ley N° 26271, "El precio del pasaje universitario, en el ámbito urbano o en el interurbano no podrá exceder del 50% del precio del pasaje adulto."

de ellos S/. 3.60 (S/. 1.20 de los dos escolares y S/. 2.40 de los cuatro universitarios.) Finalmente el policía no le pagará nada, porque cuenta con el derecho al pase libre que le otorga la ley.

Al finalizar el tramo recorrido, el cobrador habrá recolectado solamente S/. 7.20, lo cual se encuentra muy por debajo de los ingresos que esperaba obtener el transportista (S/. 12), ocasionándole una pérdida que es producto única y exclusivamente de la aplicación de la ley. Evidentemente, dicha pérdida genera una serie de terribles consecuencias que podemos apreciar todos los días en las calles.

Así, por ejemplo, los choferes optan por no recoger a los escolares que esperan en los paraderos, dado que ocupan espacio en el vehículo y sólo pagan la mitad del pasaje que pagaría un pasajero adulto, lo cual ocasiona serios inconvenientes y demoras a los escolares. Ello es muy fácil de hacer considerando que los escolares usualmente visten con uniforme, que los hace fácilmente reconocibles.

“Obligar a los transportistas a cobrar medios pasajes a universitarios y escolares, y transportar gratis a policías y bomberos, es una medida populista que atenta contra la libertad de empresa, y que es hoy la causa de muchos de los problemas que el transporte público enfrenta en el Perú.”

De otro lado, ante la posibilidad que enfrentan los transportistas de no cubrir los costos de sus rutas de transporte, atiborran sus vehículos con pasajeros que sobrepasan en exceso sus límites de capacidad, prestando un servicio inseguro, incomodo, informal y hasta denigrante. No debe sorprendernos, pues, ver pasajeros que viajan con medio cuerpo fuera del vehículo, sin poder cerrar la puerta por la cantidad de ocupantes que hay, o con brazos y cabezas fuera de las ventanas, dada la incomodidad que representa estar dentro del vehículo.

Igualmente, los choferes luchan imprudentemente a altas velocidades por llegar primero a los paraderos, y poder llenar al máximo de pasajeros las capacidades de sus vehículos de tal manera que, aun cobrando medios pasajes, puedan cubrir sus costos de operación.

Estos problemas son sólo algunos de los que genera una inapropiada regulación de precios en una actividad privada sujeta a la libre competencia y que debe estar sometida solamente a las reglas del mercado. Si el Estado quiere beneficiar con transporte gratuito o

más económico a policías, bomberos, estudiantes universitarios y escolares, entonces que asuma él la carga económica de los pasajes, pero no le traslade a los transportistas una obligación que debería ser cumplida por el gobierno.

De lo contrario, si el día de mañana el Estado decidiera que quiere dar una alimentación gratuita o más económica a las enfermeras por la importante labor que cumplen para la salud del país, podría llegar a obligar a las panaderías y bodegas a venderles sus productos a precios más bajos, o incluso a entregárselos gratuitamente. O si decidiera dotar a los maestros del derecho a vestir mejor por su importante trabajo por la educación, podría obligar a los centros comerciales a cobrarles la mitad de precio por las prendas de vestir que distribuyen.

Podemos seguir soñando e imaginando lo lindo que sería no pagar o pagar menos por las cosas de lo que realmente cuestan. Pero al igual que el transporte gratuito, se trata de sueños que no tienen cabida en nuestra realidad económica. Obligar a los transportistas a cobrar medios pasajes a universitarios y escolares, y transportar gratis a policías y bomberos, es una medida populista que atenta contra la libertad de empresa, y que es hoy la causa de muchos de los problemas que el transporte público enfrenta en el Perú.

Dicha medida no sólo genera informalidad e imprudencia en el mercado, según se ha expuesto líneas atrás, sino que además incrementa injustificadamente los costos de los pasajes de otros pasajeros, para subsidiar de alguna manera lo que dejan de pagar aquellos que son favorecidos arbitrariamente por la ley.

III. El Debate Sobre la Constitucionalidad de una Medida Populista

Ante los beneficios creados por la Ley N° 26271 en favor de policías, bomberos, estudiantes universitarios y escolares, más de cinco mil ciudadanos, en su mayoría transportistas, choferes y cobradores, interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra sus artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de dicha ley.

En concreto, lo que pretendían los demandantes era que se declare la inconstitucionalidad de las normas que creaban los pases libres y pasajes diferenciados, que obligaban a las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a no cobrar pasajes a policías, y cobrar sólo medio pasaje a estudiantes universitarios y escolares.

La demanda fue resuelta por el TC en una sentencia que la declaró infundada sobre la base de dos argumentos a mi parecer errados. El primero de ellos gira en torno a la definición del servicio de transporte como un servicio público, y el segundo en torno a los alcances de la intervención estatal respecto de actividades de especial interés público. Ambos serán tratados a continuación.

3.1. ¿Es el Servicio de Transporte de Pasajeros un Servicio Público?

Una de las principales cuestiones que se planteó el TC al resolver la demanda, fue la de determinar si el servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros constituía o no un servicio público. Para ello realizó un análisis histórico de la normativa que regulaba el servicio de transporte de pasajeros desde 1960 hasta nuestros días, y esbozó algunas de las características que consideraba propias de los servicios públicos, sin sustento legal o doctrinario alguno (ver numeral 40 de la sentencia.)

No obstante, este intento de determinar si el servicio de transporte de pasajeros calificaba o no como un servicio público, sirvió de muy poco para resolver la demanda, básicamente porque el TC advirtió que lo que antes era considerado legislativamente como un servicio público, hoy ya no lo es. Precisamente, según apunta el TC en el numeral 43 de su sentencia, "...la posición legislativa respecto a si el transporte urbano e interurbano es considerado en nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público en sentido estricto, ha sido fluctuante. No obstante, aun cuando se le reste tal calificativo de manera expresa, ello no exime al Tribunal de reconocer que esta actividad económica reviste un especial interés público."

De esta manera, para el TC carecía de importancia si el servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros era o no un servicio público, ya que, habiéndolo considerado como un servicio de "especial interés público", justificó en el numeral 44 de su sentencia "...un especial deber de protección estatal a los usuarios del servicio y, con ello, una reglamentación más estricta del mismo, supervisando que la prestación se otorgue en condiciones de adecuada calidad, seguridad, oportunidad y alcance a la mayoría de la población."

En consecuencia, por el sólo hecho de ser considerado un servicio de "especial interés público", el TC concluyó que, "...una potencial intervención Estatal en este supuesto es también aceptada, quedando únicamente por resolver el grado de intensidad permitido", siendo por ello irrelevante que sea calificado como un servicio público o no.

Sobre el grado de intervención estatal en actividades reguladas me referiré más adelante, pero es importante analizar previamente algunos aspectos referidos al concepto de servicio público que fueron tratados por el TC en su sentencia, y que no son del todo adecuados.

3.1.1. El Servicio Público

Hablar de servicio público en el Perú, es hablar de un concepto doctrinario. Como bien lo ha señalado

el Tribunal en el numeral 37 de la sentencia bajo comentario, "...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...".

Siendo esto así, cabe preguntarse qué tan útil y conveniente es legislar o sentenciar sobre la base de un término que no ha podido ser particularizado conceptualmente en nuestro ordenamiento jurídico. En realidad, calificar una u otra actividad como un servicio público es un asunto de poca importancia. Lo que realmente importa es el reconocimiento claro de los derechos fundamentales a la libertad de empresa de las personas, según veremos más adelante.

Esto es así, por cuanto el concepto de servicio público ha sido jurídicamente entendido desde sus orígenes en Francia, a comienzos del siglo XX, como un elemento limitante de la libertad de empresa, que fue utilizado por el Estado como un instrumento para justificar la reserva de numerosas actividades empresariales, que pese a poder ser libremente prestadas por los particulares en el mercado, fueron sometidas a un régimen de concesiones en virtud del cual se restringía el libre acceso al mercado, y se condicionaba su prestación al cumplimiento de determinados requerimientos exigidos por la autoridad gubernamental, bajo un régimen de Derecho público.

Bajo esta concepción del servicio público como una actividad reservada discrecionalmente al Estado, Eduardo Rodríguez Chirillo argumentaba que, "...mediante la declaración de servicio público, la administración, puede decirse, monopoliza la actividad, en mejores términos, *publica el servicio*".⁵ Esta "publicación" a la que aludía el autor (o en Latín, *publicatio*, porque en español el término no existe), era un término que se utilizaba para identificar con él la técnica mediante la cual el Estado justificaba su intervención en determinadas actividades económicas para controlar su prestación por diversas razones, entre ellas, básicamente, de interés general, necesidad colectiva, para asegurar la continuidad del servicio, o por considerar que se trataba de una actividad esencial, etc.

Sin embargo, el concepto de servicio público ha evolucionado tremendamente con el pasar de los años y la liberalización de los mercados, al punto de volverse irreconocible para quienes alguna vez lo aplicaron en el pasado. Hoy día, según veremos, no se trata de un concepto que se utiliza para justificar la reserva de actividades al Estado, sino más bien para identificar únicamente a aquellas actividades que, por motivos técnico-económicos, no permiten su libre acceso al mercado y, por tanto, no pueden ser prestados en condiciones de competencia⁶.

5 RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo. Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1993, p. 453.
6 Sobre el concepto de servicio público, ver: LAZARTE MOLINA, Jorge. Libertad de empresa y servicio público. El concepto de servicio público en el Perú. Lima: UPC, 2005, 187 p.

De esta manera, la diferencia fundamental entre el servicio público de antaño y el de hoy, consiste en que la imposibilidad de acceder al mercado y prestar ciertos servicios en condiciones de competencia, no se debe a una reserva discrecional de actividades por parte del Estado (*publicatio*), sino más bien a una realidad técnico-económica que impide la concurrencia ilimitada de agentes económicos para la realización de ciertas actividades, y que justifica la intervención del Estado y la restricción de ciertos derechos económicos. Precisamente, hacia ello apunta actualmente la doctrina, a redefinir un nuevo marco institucional del servicio público, en virtud del cual se dé paso a la libertad de empresa y de contratación en condiciones de libre competencia, con el propósito de permitir el libre acceso al mercado en la mayor cantidad de actividades económicas posibles, con restricciones de acceso únicamente en aquellos sectores que por su naturaleza así lo requieren.

Este nuevo marco institucional guarda perfecta coherencia con la realidad jurídica del Perú, cuyo régimen económico constitucional está basado en un modelo económico social de mercado, dentro del cual la iniciativa privada es libre y las personas cuentan con la facultad de llevar a cabo en el mercado las actividades económicas de su preferencia, en condiciones de libertad de empresa, de contratación y de competencia. Para ello la libertad de acceso al mercado resulta un presupuesto fundamental, sobre la base del cual se sostiene toda la mecánica de nuestro sistema económico. Sin ella no es posible hablar de libertad de competencia y, por tanto, tampoco de economía de mercado. Coherentemente entonces, la función del Estado debe estar orientada a proteger y resguardar dicha libertad, pudiendo, para tal efecto, condicionar el acceso al mercado a la previa obtención de títulos habilitantes de índole reglada, que faciliten fiscalizar el cumplimiento de los requisitos técnicos y reglamentarios necesarios para la prestación de ciertas actividades en el mercado.

No obstante, dicho condicionamiento para acceder al mercado no puede estar sujeto a una potestad discrecional del Estado, sino que debe obedecer a criterios objetivos, de manera que todo aquel interesado en ingresar al mercado pueda hacerlo siempre que cumpla con los requerimientos técnicos y reglamentarios que la ley exige. Ello, sin embargo, no es posible en aquellos casos en los que el acceso al mercado se encuentra restringido por razones técnico-económicas, en los cuales es indispensable la intervención del Estado para que, mediante el otorgamiento previo de una concesión, decida cuántas y qué personas pueden ingresar al mercado para la prestación de una actividad. Es en este sentido que debe entenderse el concepto de servicio público en el Perú.

Estas actividades que no puedan ser prestadas en condiciones de competencia por cuanto el acceso al mercado se encuentra limitado, necesitan de una concesión previa por parte del Estado, mediante la

cual éste determine quién o quiénes son las personas más adecuadas para la prestación del servicio. Todas las demás actividades que no tengan restricciones de entrada al mercado podrán practicarse libremente, sin perjuicio de la obtención de los títulos habilitantes reglados que para tal efecto pueda exigir el Estado en ejercicio de sus funciones de fiscalización y control.

Esta es la nueva forma en la que viene siendo entendido el concepto de servicio público en la actualidad. No se trata más de un concepto alusivo a una actividad reservada al Estado por motivos de interés general, necesidad colectiva o monopolio natural, que requiera ser otorgada en concesión por considerarse como una actividad de titularidad del Estado. Se trata más bien de un concepto referido únicamente a actividades que no pueden realizarse en condiciones de competencia, por cuanto su acceso al mercado se encuentra restringido por razones técnico-económicas, que conllevan el requisito de que el Estado las otorgue en concesión para regular dicho acceso; o actividades en cuya prestación no existe interés económico, que demandan del Estado imponer la obligación de prestarlas (también llamadas "actividades de servicio universal".) A continuación veremos brevemente a cada una de ellas.

A. Las Actividades de Acceso Restringido al Mercado

Las actividades que presentan restricciones de acceso al mercado por razones de carácter técnico-económico constituyen hoy día los servicios públicos por excelencia. Es en este tipo de actividades donde la libertad de empresa de las personas se halla sumamente limitada, dada la imposibilidad de concurrir al mercado a ejecutarlas en condiciones de competencia. Ante esto, la intervención estatal se hace necesaria para regular el ingreso al mercado mediante el otorgamiento de concesiones y el sometimiento de la actividad a un estricto régimen regulatorio.

No obstante, el condicionamiento de la obtención previa de una concesión para acceder al mercado no puede depender de una decisión arbitraria del Estado. Dicha restricción debe responder necesariamente a motivos técnico-económicos que determinen, en función de la actividad de que se trate, la imposibilidad de concurrir a la prestación de dicha actividad en condiciones de competencia. Esta limitación sólo puede depender de criterios objetivos en virtud de los cuales se permita demostrar, técnica y económicamente, que el mercado para la prestación de una actividad no admite la concurrencia de agentes que puedan participar en condiciones de competencia.

Generalmente, dichos mercados se presentan en sectores cuyas actividades demandan grandes infraestructuras, como el sector de saneamiento, construcción ferroviaria, transmisión y distribución de electricidad, entre otras, en donde la participación de dos o más empresas no resulta económicamente viable; servicios que requieren del espectro radioeléctrico para operar, como la telefonía

móvil o la radiodifusión por ondas; o servicios de transporte en los que el libre acceso se encuentra restringido, como el transporte aéreo internacional hacia países con los que no existe una política de cielos abiertos y el número de vuelos y rutas está limitado.

En todos estos casos, en los cuales existen razones de índole técnico-económica que impiden el libre acceso de los particulares al mercado, es necesaria la intervención del Estado para que sea éste quien determine el número de particulares que pueden ingresar, así como aquellos sobre los que debe recaer la prestación del servicio mediante el otorgamiento previo de una concesión. Como es evidente, la prestación de tales servicios estará sujeta a los términos y condiciones en los cuales se otorga la concesión, así como a una intensa regulación que facilite al Estado controlar, supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario.

Son estos servicios a los que actualmente se conocen como servicios públicos. Sin embargo, como hemos visto, calificarlos o no como tales es un tema de menor importancia. Lo realmente importante es reconocer aquellas actividades que, por razones técnico-económicas no son de libre acceso al mercado, para que el Estado facilite su acceso o, en todo caso, concesione su prestación a quienes considere más indicados para ello. Todas las demás actividades deben quedar abiertas a la libre iniciativa privada, y sujetarse únicamente a la regulación vigente.

Debe quedar muy claro, que por más intensa que sea la regulación que rige una actividad económica, ello no la califica como un servicio público. En este sentido, la normativa que la regule debe ser muy respetuosa de los derechos constitucionales a la libertad de empresa y de competencia, propios de toda economía de mercado. Ello se traduce en un reconocimiento pleno a la libertad de acceso al mercado, de competencia, de contratación, y sobretodo de libre determinación de precios.

Hay que señalar, como apunta el profesor Ariño, “[...] que la fijación de precios (la medida del valor de las cosas) en un producto no monopolístico es un elemento fundamental de la libertad de empresa; y las tasaciones de precios por debajo de su valor, en cambio, es [sic] un atentado contra el derecho de propiedad que puede, si continúa, producir la quiebra de la empresa. Aunque sea un producto de gran difusión, no se pueden tasar los precios sin habilitación legal y sin motivación suficiente.”⁷

B. Las Actividades de Servicio Universal

Adicionalmente, y sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, en la actualidad la doctrina europea identifica también al nuevo servicio público con las actividades de servicio universal. Estas actividades se dirigen a cubrir

ciertas funciones públicas que el Estado considera conveniente prestar, no directamente, sino mediante su atribución a determinados agentes del mercado.

En efecto, las actividades de servicio universal son las que, siendo necesarias para la colectividad, no son ejecutadas sobre la base de la libre iniciativa privada, sino que requieren de la intervención estatal para su prestación, ya que de otro modo la sociedad se vería desprovista de ellas. Esto, básicamente, porque no existe un interés económico que motive su prestación en el mercado por parte del sector privado.

En palabras del profesor Gaspar Ariño, las actividades de servicio universal son “[...] aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planeamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público [...]”⁸

En este orden de ideas, debe quedar claro que las actividades de servicio universal son obligaciones que asumen algunos agentes del mercado para satisfacer determinadas necesidades, y que demandan ser aseguradas por el Estado en ejercicio de su función pública. Sin embargo, la obligación de servicio universal atenta contra la libertad de empresa, en tanto impone a su prestador el deber de asumir la prestación de una actividad que no necesariamente es de su interés, pero que le es impuesta por el Estado dado que de otra manera la sociedad se vería desprovista de ella.

Siendo esto así, las actividades de servicio universal han venido siendo entendidas como obligaciones que se imponen básicamente a los concesionarios de actividades de acceso restringido al mercado (servicios públicos), con el objeto de permitir que aquellas actividades consideradas esenciales para la colectividad se hallen al alcance de todos los ciudadanos (a un precio asequible), aun cuando ello no represente directamente un beneficio económico para el prestador del servicio.

Juan Miguel de la Cuétara observa: “Tanto la obligación de dar servicio universal, cuanto la de aceptar las cargas de servicio público [...] deben ser concretadas y aceptadas por la empresa. A tal fin se plasman en un documento, normalmente el contrato de concesión, de forma que sean perfectamente identificables tanto para la empresa como para el Estado o los usuarios del servicio”⁹.

7 ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho público económico. Granada: Comares, 1999, p. 227.

8 ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho público económico. Lima: Ara Editores, 2004, p. 634.

9 ARIÑO, Gaspar *et al.* Madrid: Marcial Pons, 1997, p.148.

Así, se imponen obligaciones de servicio universal en la mayoría de los casos a los concesionarios de actividades de acceso restringido al mercado, cuando es preciso que servicios necesarios para la población sean asumidos por los concesionarios, ya que de otro modo no serían prestados y la sociedad no podría disponer de ellos.

Un ejemplo de servicio universal de cargo de los concesionarios de servicios públicos podemos verlo en la obligación de los concesionarios de distribución de energía eléctrica de prestar el servicio de alumbrado público en las calles, avenidas, parques y jardines, para dotar de mayor seguridad a la población. ¿Qué duda cabe de que el alumbrado público es una actividad en la cual tiene interés toda la sociedad, y cuya prestación hay que asegurar de una u otra manera? Se trata de un servicio que debe ser garantizado por el Estado en ejercicio de su función pública, pero que por su naturaleza se precisa que sea prestado por el concesionario de distribución de la zona geográfica correspondiente, pues de lo contrario sería imposible su prestación a la colectividad ¿Quién sino el concesionario de distribución de una zona geográfica tiene la capacidad e infraestructura necesarias para la prestación de este servicio?

Otro ejemplo de servicio universal puede apreciarse en la imposición a los concesionarios de carreteras de prestar ciertos servicios obligatorios a todos los usuarios de éstas, tales como la obligación del concesionario de implementar en forma gratuita, entre otros, servicios de auxilio mecánico y remolque, de ambulancia y primeros auxilios, de comunicaciones en casos de emergencia, etc. En todos estos casos, el Estado considera que ante la posible ocurrencia de accidentes en una carretera es preciso que existan servicios de auxilio mecánico, primeros auxilios y comunicación de emergencia a disposición de los usuarios. Evidentemente, la eventualidad con la que pueden necesitarse tales servicios y las condiciones en que requieren ser ofrecidos no generan interés económico entre los particulares para su prestación en condiciones de competencia; por lo tanto, se hace imprescindible su imposición por parte del Estado al concesionario de la carretera, pues es este último, sin duda, el más indicado para su prestación.

Estos dos ejemplos muestran que la imposición de obligaciones de servicio universal está legitimada en el contrato de concesión, ya que siendo este un acuerdo de voluntades resulta legalmente válido que el concesionario acuerde cumplir con las obligaciones que le son impuestas por el Estado como parte de sus deberes de concesionario. No obstante, nuestra realidad demuestra que las actividades de servicio universal no son de cargo exclusivamente de los concesionarios de servicios públicos, sino que en algunos casos se extienden también a particulares que efectúan libremente actividades en el mercado, y a quienes la ley les impone cargas u obligaciones de ese tipo para satisfacer los intereses de la población.

A diferencia de los servicios universales asumidos por los concesionarios de servicios públicos con su aceptación, – en tanto forman parte de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión – los servicios universales encargados a empresas privadas que no prestan servicios públicos resultan mucho más cuestionables, pues suponen un claro atentado contra la libertad de empresa de quienes se ven obligados a cumplir con ciertas obligaciones en las que la mayoría de las veces no tienen interés económico alguno.

Una muestra ilustrativa de la imputación de obligaciones de servicio universal a empresas privadas que no realizan actividades de acceso restringido al mercado, y que prestan sus servicios en libertad de competencia, es precisamente el que se impone a las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros, de cobrar pasajes reducidos a determinados pasajeros, y no cobrar pasajes a otros.

Pese a que, como se ha visto, la actividad de transporte urbano e interurbano de pasajeros es privada y de libre acceso al mercado, cuyos precios son fijados sólo por la oferta y la demanda, declarado expresamente así por el Decreto Legislativo N° 651, el Estado impone como obligación de servicio universal la de cobrar a ciertos pasajeros (escolares y universitarios), un precio reducido por el transporte, o incluso no cobrar pasaje alguno a otros pasajeros (policías).

Este servicio universal sin duda alguna afecta los intereses económicos de los transportistas y su libertad de empresa, porque los obliga a dar el servicio por un precio inferior al precio de mercado que podrían cobrar a cualquier otro pasajero. No obstante, el Estado ha considerado políticamente conveniente beneficiar económicamente a los estudiantes y policías con un pasaje diferenciado o libre por un servicio que se presta en condiciones de competencia, perjudicando económicamente a los transportistas.

Se considera, en este caso, que los transportistas cumplen una labor de servicio público al asumir esta obligación de servicio universal. Sin embargo, es claro y evidente que esto coarta su libertad de empresa, y no deja de ser cuestionable dentro de nuestro contexto económico constitucional.

3.1.2. El Error del Tribunal Constitucional

Bajo la nueva concepción del servicio público dentro del marco de una economía social de mercado, es fácil advertir el error en que incurre el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre este concepto en los numerales 40 y 41 de su sentencia.

A decir del Tribunal, "...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. Éstos son:

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

“(…) elementos característicos del servicio público a los que alude el Tribunal, no guardan coherencia con una concepción moderna y actualizada del servicio público, según se ha expuesto líneas atrás. Por el contrario, se trata de elementos propios de un concepto en crisis, que no tiene cabida dentro nuestra realidad constitucional, (...)”

Nótese que estos elementos característicos del servicio público a los que alude el Tribunal, no guardan coherencia con una concepción moderna y actualizada del servicio público, según se ha expuesto líneas atrás. Por el contrario, se trata de elementos propios de un concepto en crisis, que no tiene cabida dentro nuestra realidad constitucional, y que servía antiguamente para justificar la *publicatio* de ciertas actividades económicas por parte del Estado¹⁰.

No debe sorprender, entonces, que en el numeral 41 de su sentencia el Tribunal concluya, confiadamente, que “[...] 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 [...]” (subrayado añadido).

Si tomáramos como válida esta afirmación del Tribunal Constitucional, cabría preguntarse qué impedimento habría para considerar servicios públicos a todas aquellas actividades que se prestan en el sector salud, vivienda, educación, cultura, entre otros; que son sin lugar a dudas actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, pero que al mismo tiempo pueden ser prestadas en condiciones de competencia y con absoluta libertad en la fijación de sus precios.

Podemos utilizar múltiples ejemplos para demostrar la inconsistencia e inconveniencia de la aproximación al

concepto de servicio público del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia bajo comentario.

La venta de medicamentos que realizan las farmacias, por ejemplo, (a) es una *actividad esencial* para la comunidad, toda vez que a través de ella se proporcionan los recursos necesarios para combatir enfermedades; (b) la *necesaria continuidad de su prestación* en el tiempo es indiscutible, porque las medicinas son una necesidad constante para el cuidado de la salud; (c) debe mantener un *standar mínimo de calidad*, dado que está en juego la salud y el bienestar de las personas; y, (d) es necesario que su acceso se de en *condiciones de igualdad*, toda vez que las enfermedades no discriminan.

Es posible concluir entonces que las farmacias realizan actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas. Sin embargo, ello no quiere decir que presten un servicio público, que como tal deba estar sujeto al otorgamiento previo de una concesión para poder ser prestado, ni sometido a un régimen jurídico distinto al del resto de actividades privadas. Por el contrario, se trata de una actividad netamente privada, que si bien puede ser objeto de una intensa regulación (o no), goza de todos los derechos y prerrogativas que nuestra Constitución reconoce a la libre iniciativa privada, entre ellos la libre fijación de precios.

Lo mismo ocurre con las entidades bancarias y financieras que reciben los ahorros del público. Es indudable que los bancos (a) prestan una *actividad esencial* para la comunidad, en la medida que guardan los ahorros de la gente y utilizan dichos ahorros para prestar financiamientos; (b) su prestación debe ser *necesariamente continua*, dado que es importante que las personas tengan acceso permanente a sus recursos financieros; (c) es claro que deben prestar un servicio con un *standar mínimo de calidad*, toda vez que está en juego la confianza y solidez del sistema; y, (d) es necesario que el acceso a dichas actividades se dé en *condiciones de igualdad*, ya que todas las personas tienen las mismas necesidades económicas y financieras, aunque en distintas magnitudes.

Sin embargo, sería también un error considerar que los bancos prestan un servicio público, y que como tal están sujetos a un régimen concesional de derecho público distinto al resto de actividades privadas. Contrariamente a ello, las actividades bancarias son actividades netamente privadas, prestadas en un régimen de libre competencia, que aunque fuertemente reguladas fijan sus comisiones conforme a la oferta y la demanda.

De esta manera, haríamos mal en tomar como correctos los elementos utilizados por el Tribunal Constitucional para identificar a los servicios públicos, ya que, de ser ello así, muchos de los servicios esenciales para la

10 Muy probablemente, el Tribunal Constitucional haya recurrido a importantes y reconocidos autores para entender y tratar de explicar este concepto, pero cuyas teorías carecen de vigencia en la actualidad. A este respecto, llama poderosamente la atención que, siendo el servicio público un concepto de contenido doctrinario, la sentencia del Tribunal sea paupérrima en contenido bibliográfico, y no haya recogido ni una sola cita que permita identificar el fundamento doctrinario que sirve de sustento a sus considerandos, como ocurre en muchas otras de sus sentencias.

población, como la venta de medicinas y los servicios de intermediación financiera, entre muchos otros, dejarían de ser considerados servicios privados, y serían calificados servicios públicos con todas las connotaciones administrativas que dicho término acarrea, entre ellas, el otorgamiento previo de una concesión para el acceso al mercado, y el sometimiento a un régimen jurídico especial fijado por los términos y condiciones del contrato de concesión.

3.1.3. El Servicio de Transporte de Pasajeros

Estando a lo expuesto hasta aquí, podemos ahora referirnos al servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros, y a si éste califica o no como un servicio público. Debemos recordar para ello que, en una acepción moderna, el concepto de servicio público se encuentra limitado a (i) actividades cuyo acceso al mercado se encuentra restringido por razones técnico-económicas, y (ii) actividades de servicio universal prestadas por los concesionarios de las primeras.

Siendo el servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros una actividad que se presta libremente y en condiciones de competencia, según es reconocido expresamente por el Decreto Legislativo N° 651, no es posible calificarlo como un servicio público. En la medida que el acceso al mercado de estas actividades es libre y no presenta restricciones, no existen motivos para justificar la imposición de términos y condiciones discrecionales propios de un contrato de concesión. De hecho, no existen razones para distinguir en importancia a los servicios de transporte de los servicios de venta de medicamentos o intermediación financiera, que son libremente prestados en el mercado.

No obstante ello, existen algunos casos en los que el acceso al mercado para la prestación de los servicios de transporte no es irrestricto, y presenta limitaciones de carácter técnico que impiden la libre concurrencia de operadores en el mercado. En este sentido, las actividades de transporte urbano e interurbano de pasajeros se presentan como servicios públicos cuando el acceso al mercado se halla limitado debido a las características de la ruta en la que se presta el servicio¹¹.

En efecto, cuando una determinada vía está saturada por altos niveles de contaminación ambiental o congestión vehicular, el Estado se encuentra facultado para restringir el acceso al mercado y condicionar la prestación del servicio de transporte a la obtención previa de un título habilitante discrecional, el cual se obtiene a través de una licitación pública en la que el Estado designa a la persona que considera más adecuada

para la prestación del servicio, en razón de sus características técnicas y de su oferta económica¹².

Tratándose del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en rutas calificadas como saturadas por la autoridad competente, sólo se puede acceder al mercado previa obtención de una concesión discrecional, mediante licitación pública. Sólo en estos casos es posible decir que nos encontramos ante un servicio público que justifica restringir la libertad de empresa, particularmente, la libertad de acceso al mercado. Sólo en estos casos se justifica distinguir a los servicios de transporte del resto de actividades privadas.

No obstante, según veremos más adelante, este hecho no justifica la intervención del Estado en la fijación de precios de los transportistas, en la medida que existan condiciones de competencia. Tampoco justifica la imposición de una obligación de servicio universal de cobrar medio pasaje a estudiantes universitarios y escolares, ni de prestar un servicio gratuito a los miembros de la Policía Nacional del Perú. De hecho, esta medida no tiene nada que ver con la naturaleza pública o privada del servicio.

3.2. Alcances de la Intervención Estatal en la Fijación de Precios

Uno de los aspectos más importantes que caracterizan a los servicios públicos es la regulación a la que se encuentran sometidos. Según se ha expuesto, esta no sólo se limita a la legislación y reglamentación vigente, sino que alcanza a los términos y condiciones contenidos en el contrato de concesión en virtud del cual el Estado facilita el acceso del concesionario al mercado.

Esta regulación, sin embargo, no supone *per se* una justificación para la intervención del Estado en la fijación de precios. De hecho, en una economía social de mercado como la nuestra, los precios sólo pueden ser objeto de regulación en aquellos servicios públicos en los que no exista competencia. En contraposición a ello, todas las demás actividades (inclusive las de servicio público) cuyos precios puedan ser fijados competitivamente por la oferta y la demanda, requieren la abstención del Estado para su determinación.

Un principio general que ha sido reconocido por el Programa Regulatorio de la Oficina de Dirección y Presupuesto del Gobierno de los Estados Unidos, como guía de desarrollo de la regulación estatal y, en particular, por el esfuerzo de desregulatorio, es que "[...] la regulación de precios y producción en mercados competitivos debe ser evitada¹³."

11 El Reglamento Nacional de Administración de Transportes define el concepto de vía saturada como: "Aquella arteria o tramo vial de una ciudad, población o área urbana en general con apreciable demanda de usuarios del transporte que presenta, en toda su extensión o en parte de ella, niveles de contaminación ambiental o congestión vehicular que comprometen la calidad de vida o la seguridad de sus habitantes."

12 Este título de carácter discrecional para la prestación del servicio en vías saturadas es denominado "concesión" por el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, donde se dice lo siguiente sobre la concesión: "Contrato administrativo mediante el cual la municipalidad provincial competente, luego de un proceso de licitación pública, concede a una persona natural o jurídica el derecho de prestar el servicio de transporte terrestre regular urbano de personas."

13 "A general principle that has guided the development of regulation and in particular the deregulation effort is that "regulation of prices and production in competitive markets should be avoided." Citado por: VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press, 1998, p. 32.

Este principio guarda perfecta concordancia con el derecho a la libertad de empresa, particularmente con el derecho a la libertad de dirección de empresa, el cual permite a los empresarios fijar libremente los precios que cobran por los bienes o servicios que comercializan. Como acertadamente señala el profesor Ariño, la libertad de dirección de empresa, como uno de los aspectos de la libertad empresarial, consisten en la “[...] libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de este apartado deben mencionarse cuestiones como la libertad de producción (volumen, calidades etc.), libertad de inversión (o de desinversión o cierre), libertad de fijación de una política o estrategia comercial – cuestión íntimamente relacionada con la libertad de precios [...]”¹⁴ (subrayado añadido).

No obstante ello, mediante la Ley N° 26271, el Estado ha impuesto a los transportistas la obligación de cobrar medios pasajes a estudiantes universitarios y escolares, y de no cobrar pasajes a policías. En otras palabras, si una determinada empresa de transportes cobra S/. 1.20 por pasaje, el Estado le ha impuesto la obligación de cobrar no más de S/. 0.60 a estudiantes universitarios y escolares, y de cobrar S/. 0.00 a policías. Ello es claramente una intervención en la fijación de sus precios, por lo menos para determinadas personas.

Esta intervención en la fijación de precios ha tratado de ser justificada por el TC en su sentencia, mediante la aplicación de un *test de proporcionalidad*. Dicho test consiste en determinar si la medida intervencionista utilizada por el Estado es (i) idónea, (ii) necesaria y (iii) proporcional. Si dicha medida resulta acorde con estos tres principios, entonces el TC considera que se trata de una medida justificada y razonable.

Sin embargo, según veremos a continuación, el TC olvida que nos encontramos ante una actividad netamente privada, en la que el acceso al mercado es libre y los precios se fijan competitivamente, para imponer a los transportistas la obligación de cobrar pasajes menores o simplemente no cobrar pasajes por los servicios que prestan, obligándolos a redistribuir sus costos entre los demás usuarios del servicio, afectando su libertad de empresa, en la medida que considere dicha medida acorde con su *test de proporcionalidad*.

3.2.1. Principio de Idoneidad

Respecto de este principio, el TC considera que “[...] toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo [...]” De acuerdo a ello, el TC analiza si el derecho a los pases libres y pasajes diferenciados persigue un fin constitucionalmente legítimo, y si para ello dicho derecho es idóneo.

Según lo expuesto por el TC en el numeral 64 de su sentencia, los pases libres y los pasajes diferenciados sí persiguen un objetivo legítimo, toda vez que

buscan promover el bienestar de ciertos sectores de la población.

Asimismo, el TC considera en el numeral 67 de su sentencia que la medida adoptada es idónea, ya que “Cuando el Estado interviene en este sector liberalizado del [sic] mercado, no le impone una carga directa a los transportistas, sino que, siendo la tarifa fijada en oferta y demanda, se determina que a través del propio mercado sea donde finalmente se equilibre la carga, distribuyéndola entre el resto de los usuarios en base al principio del Estado solidario.”

Sobre el particular, cabe mencionar que el objetivo de proporcionar a determinados ciudadanos (policías y estudiantes) un beneficio económico, no tiene de por sí nada de ilegítimo. Por tanto, no es cuestionable su legitimidad. En todo caso, podría cuestionarse por qué se otorga ese beneficio económico a policías y estudiantes, y no a maestros y obreros de construcción civil, pero ese en realidad es un tema político, que no cabe analizar aquí.

Sin embargo, lo que no puede dejar de cuestionarse es la falta de idoneidad de la medida para conseguir dicho objetivo, que por el contrario el TC sí considera adecuada. El argumento del TC para sostener la idoneidad de dicha medida, es que teniendo las empresas de transporte libertad para fijar los pasajes que cobran por sus servicios, éstas se encuentran en capacidad de distribuir la carga económica de los pases libres y los pasajes diferenciados entre los demás pasajeros, sin asumir directamente dicha carga.

No obstante, no parece adecuado que el Estado obligue a empresas privadas a transportar gratis a policías y cobrar medios pasajes a estudiantes universitarios y escolares. El hecho de que las empresas puedan redistribuir la carga económica entre los demás usuarios del servicio, resulta un hecho irrelevante en estas circunstancias. La medida es inadecuada simple y llanamente porque significa una intervención estatal en la fijación de precios de una actividad privada, que no es deseable para el mercado.

Si aceptamos pases libres y pasajes diferenciados en las actividades de transporte para policías y estudiantes, por qué no aceptar también la obligación de dar “alimentos gratis” en supermercados a jueces y fiscales; “medicinas a mitad de precio” en las farmacias a enfermeras y doctores; “gasolina barata” en estaciones de servicio a maestros y educadores; y, “0% de interés” en bancos para créditos hipotecarios de militares.

Al final, todas estas personas realizan importantísimas funciones en la sociedad, y pueden necesitar tanta o más ayuda económica que policías y estudiantes. De igual manera, qué duda cabe que los supermercados, las farmacias, las estaciones de servicio y los bancos prestan actividades esenciales para la sociedad, en

sectores tan importantes como la alimentación, la salud, el transporte y la economía de las personas.

También es cierto que todas estas empresas se encuentran en libertad de fijar competitivamente los precios que cobran por sus productos y servicios. Sin embargo, no por eso es correcto que el Estado afecte su libertad de empresa, obligándolas a cobrar precios diferenciados a ciertas personas que necesitan ayuda económica, con el pretexto de que son “libres” de redistribuir la carga económica que ello implica entre sus demás clientes.

Una medida de tal naturaleza es una medida populista, contraria al principio de libertad de empresa que consagra nuestra constitución, y que no tiene cabida en una economía social de mercado como la nuestra. Si bien es cierto se trata de una medida con muchos años de antigüedad, que a decir del TC es de “[...] trascendencia y reivindicación histórica [...]”, ello sólo pone en evidencia que se trata de un rezago de regímenes económicos intervencionistas, muy ajenos a ideales liberales.

3.2.2. Principio de Necesidad

Sobre el principio de necesidad, el TC considera que, “[...] para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno que el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.”

Al respecto, es importante notar que en la sentencia bajo comentario, el TC omite realizar cualquier análisis comparativo entre la medida adoptada por el Estado, atentatoria de la libertad de empresa, y cualquier otra medida posible menos gravosa.

Por ejemplo, si el Estado quiere beneficiar a los estudiantes con medios pasajes para fomentar la educación, podría pensarse en comprar boletos de descuento a las empresas de transporte, y entregar mensualmente a los estudiantes una cantidad limitada de dichos boletos. De esta manera no se afectarían los derechos de los transportistas, y los estudiantes no abusarían del derecho que tienen a pagar medios pasajes, el cual ejercen no sólo para ir a estudiar, sino para movilizarse a cualquier otro lugar que creen conveniente. Lo mismo para el caso de la policía. Si el Estado quiere que los policías viajen gratis, que compre los boletos a las empresas de transporte y los entregue mesuradamente a la policía.

No es objeto de este artículo hacer un análisis económico de las medidas propuestas, u otras que puedan plantearse. La idea es más bien buscar una forma adecuada de reivindicar no solamente a los policías y estudiantes, sino también a los transportistas,

choferes y cobradores, o por lo menos, evitar afectar arbitrariamente sus derechos constitucionales.

3.2.3. Principio de Proporcionalidad Strictu Sensu

Finalmente, sobre el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, el TC considera que, “[...] para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.”

En este sentido, el TC ha considerado que el derecho a pases libres de policías y a pasajes diferenciados de estudiantes universitarios y escolares, “[...] no impide el acceso al mercado, ni afecta la libre competencia en el sector, pues las cargas trasladadas a modo de “subvención”, pueden, a su vez, distribuirse entre el resto de usuarios en base a las propias reglas del mercado.”

En concordancia con lo anterior, el TC concluye que el derecho a pases libres y pasajes diferenciados “[...] no resulta ser una medida de gravosidad extrema, que afecte de manera desproporcionada el ejercicio de la libertad de empresa de los transportistas.”

Es cierto que la medida bajo comentario no impide el acceso al mercado, ni afecta la libre competencia. Se trata mas bien de una medida que afecta la libertad de empresa de manera gravosa, pero que el TC ha considerado justificada porque no es “[...] de gravosidad extrema [...]” Quizás debiéramos preguntarnos si debemos esperar a que una medida sea extremadamente gravosa para evitarla, o cuál es el límite entre una medida gravosa y una extremadamente gravosa ¿No es la intervención del Estado en la fijación de precios de una actividad privada una medida que debiera alertarnos a todos?

IV. Conclusión

1. Polemizar acerca de qué es y qué no es un servicio público, es un debate infructuoso que sería conveniente dejar de lado. Lo que realmente importa en una economía social de mercado como la nuestra, es ponderar al máximo la libertad de empresa, en todos sus aspectos, que son la base de todo sistema de organización económica. Ello implica reconocer el libre acceso al mercado en todas las actividades en que sea posible, sujeto a normas regulatorias respetuosas de la libertad de empresa, y limitar el intervencionismo estatal sólo para aquellas actividades en que el acceso al mercado se encuentre restringido por razones técnico-económicas, para que, mediante contratos de concesión, el Estado determine cuántos agentes pueden ingresar al mercado, y quiénes son los más indicados para ello.
2. El intervencionismo estatal no supone *per se* una regulación de precios. La libre determinación de precios es un elemento fundamental de la libertad

de dirección de empresa, que permite valorizar los bienes y servicios que se comercializan en el mercado de manera competitiva. Una regulación de precios sólo se justifica ante la ausencia de competencia respecto de actividades que, por razones técnico-económicas, presentan restricciones de acceso al mercado (servicios públicos.)

3. El transporte urbano e interurbano de pasajeros es una actividad de libre acceso al mercado, que se presta en condiciones de competencia y cuyos precios deben ser fijados por la oferta y la demanda. Aun cuando en algunas rutas el mercado se encuentre saturado y se justifique el otorgamiento de una concesión para permitir el acceso al mercado, los precios de esta actividad no deben ser objeto de regulación estatal.

Imponer a las empresas de transporte la obligación de no cobrar pasajes a policías, y cobrar medios

pasajes a estudiantes universitarios y escolares, es una medida intervencionista que afecta la libre determinación de precios para determinados pasajeros, y por tanto atentatoria contra la libertad de empresa de los transportistas. El sustento que el TC ha dado en su sentencia para justificar esta medida, es propio de un Estado populista que no tiene cabida dentro de nuestro marco constitucional económico.

4. Es de esperar que, en un futuro no muy lejano, el TC pueda realizar un análisis más exhaustivo de los conceptos que le han servido para dictar esta sentencia, y dotar de mayor contenido jurisprudencial a la libertad de empresa, particularmente a la libertad de dirección de empresa y de determinación de precios, para evitar que conceptos como "servicio público" o "actividades de especial interés público", puedan servir como elementos limitantes de estas libertades en nuestro país 🇵🇪