

# El concepto de servicio público en el Derecho peruano<sup>(\*)</sup>

Jorge E. Lazarte Molina  
Abogado.

Si una persona nos consulta acerca de los permisos que requiere para abrir una bodega en el Perú, probablemente le digamos que no necesita más que una licencia de funcionamiento municipal. Si esta misma persona nos consulta acerca de los permisos que requiere para abrir una panadería o una farmacia, probablemente requiera, además de una licencia de funcionamiento, de un registro sanitario, o una autorización de la Dirección General de Medicamentos y Drogas, que pueden ser no tan complicadas de obtener, en función de los requisitos necesarios para su otorgamiento.

Sin embargo, tales requisitos pueden resultar cada vez más exigentes, en función de la actividad que se pretende realizar, y para la cual se solicita la autorización. Así, si se nos consulta acerca de los permisos que se requiere para abrir un grifo, un casino, un banco o una empresa de seguros, seguramente la obtención de cada una de las autorizaciones estará sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos mucho más estrictos y exigentes que los requeridos para la apertura de la bodega, la panadería o la farmacia.

A medida que las actividades que se realizan en el mercado comprometen en mayor medida la vida, la salud o la seguridad física o financiera de las personas, el Gobierno interviene con mayor intensidad en regular el acceso y permanencia de aquellos interesados en prestar tales actividades en el mercado. No obstante, la función del Gobierno respecto a este tipo de actividades es simplemente de control, supervisión y fiscalización, y no cuenta con facultades que le permitan negar el acceso al mercado a quienes cumplan con los requisitos legales exigidos para ello.

Empero, sí existen ciertas actividades respecto de las cuales el Gobierno cuenta con la facultad de negar el acceso al mercado a quienes pretenden ingresar al mismo, condicionando dicho ingreso al otorgamiento

previo de una concesión, aun cuando se cuente con todos los requisitos exigidos por la legislación vigente. Estas actividades son conocidas como servicios públicos, cuyo concepto ha sido, quizás, uno de los más discutidos por la doctrina del Derecho Administrativo hasta el día de hoy.

La necesidad de determinar qué actividades deben calificar como servicios públicos, a efectos de determinar la injerencia y facultades del Gobierno, respecto de estas actividades económicas que se desarrollan en el mercado, aparece a menudo entre legisladores, jueces, juristas y abogados. Comprender, pues, la importancia de esta elemental figura en el Derecho, requiere abocarse al estudio de su origen y evolución conceptual, arribar luego al estudio de las más importantes teorías que han intentado definirlo, y obtener de ellas nuestras propias conclusiones.

## 1. El origen conceptual del servicio público.

Cualquiera que intente profundizar en el estudio del servicio público, tendrá que remontarse necesariamente a sus orígenes. Tendrá que recurrir a autores franceses de comienzos del siglo XX, como Duguít, Jéze y Bonnard, principales exponentes de la Escuela de Burdeos, quienes fueron los primeros en proporcionar al Derecho una definición del concepto de servicio público en un sentido técnico.

Efectivamente, en un sentido técnico, el concepto de servicio público aparece originariamente, en Francia, como el elemento fundamental de la teoría del servicio público, que vino a revolucionar el Derecho Administrativo, y a hacer a un lado el tradicionalismo francés representado en la teoría de la soberanía.

Para entender este concepto en sus orígenes, es preciso referirnos, pues, a estas dos teorías:

(\*) Este artículo es un extracto de un trabajo monográfico merecedor de una mención honrosa en el concurso "Premio a la Investigación - 2001", convocado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1.1. La teoría de la soberanía.

Esta teoría, arduamente defendida por Hauriou, sirvió tradicionalmente al Derecho francés para distinguir el ámbito de aplicación del Derecho Público del Derecho Privado, y la consecuente competencia jurisdiccional de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles.

De acuerdo a esta teoría, la actuación del Gobierno podía darse en dos esferas distintas, en una primera, dotado de un poder soberano *-ius imperium-*; y, en una segunda, desprovisto de él. En el primer caso, se decía, el Gobierno ejercía **actos de autoridad**, mientras que en el segundo, ejercía tan sólo **actos de gestión**.

### 1.1.1. Los actos de autoridad.

La teoría de la soberanía definía los actos de autoridad, como todos aquellos realizados por el gobierno en ejercicio de un poder soberano, que distinguía precisamente su actuación de la de los privados. De esta manera, la función legislativa, la labor de policía, la defensa nacional y todas aquellas actividades que requiriesen de un poder soberano para poder ser ejercidas en la sociedad, calificaban como actos de autoridad.

En tanto actos emanados de un poder soberano, característico solamente del Gobierno, los actos de autoridad debían ser sometidos al Derecho Público y a la competencia de los tribunales administrativos.

### 1.1.2. Los actos de gestión.

En contraposición a los actos de autoridad, los actos de gestión eran aquellos a través de los cuales el Gobierno actuaba desprovisto de su *ius imperium*, cual si fuese un particular más en la sociedad. A través de dichos actos, el Gobierno intervenía en la sociedad para ejercer funciones y cumplir obligaciones, que no requerían de una actuación soberana. Así, calificaban como actos de gestión, entre otros, la suscripción de determinados contratos, o el otorgamiento de indemnizaciones por daños derivados de su responsabilidad civil.

Se trataba, pues, de actos que si bien eran llevados a cabo por el Gobierno, se encontraban sujetos al Derecho Privado y sometidos a la competencia jurisdiccional de los tribunales civiles.

## 1.2. La teoría del servicio público.

Contra la teoría de la soberanía, se alzó la teoría del servicio público postulada originariamente por Dugüit, un socialista utópico que creía en la igualdad social y económica de los hombres, y anhelaba una sociedad más justa, inspirada en valores de igualdad y de solidaridad social.

Dugüit concebía a la teoría de la soberanía como un rezago de las monarquías absolutistas, donde el *ius imperium* era un concepto que tuvo origen en una mentalidad religiosamente sumisa, que veía en la imagen del rey la imagen de un dios cuya voluntad había que obedecer. Sin embargo, una vez desaparecido el absolutismo monárquico, debía también desaparecer el concepto de soberanía<sup>(1)</sup>.

En consecuencia, para Dugüit, no era posible distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión inspirados en la idea de la soberanía, ya que el concepto de soberanía resultaba tan absurdo como la idea misma de Gobierno. Bajo esta concepción, Dugüit atacó las bases del sistema liberal que gobernaba Francia desde la revolución, y criticó los principios fundamentales de este régimen, a saber, (i) el **individualismo**, en virtud del cual se concebía al hombre como un ser con derechos independientes y por encima de la sociedad; y, (ii) la **libertad**, que permitía al hombre ejercer los derechos que le eran reconocidos en armonía con los derechos de las demás personas. Así, para Dugüit, "(...) la noción de un poder que pertenece a una persona para imponer a otra su propia personalidad, es una noción del orden metafísico, que no debe tener lugar en la organización positiva de las sociedades modernas"<sup>(2)</sup>.

### 1.2.1. La regla de conducta social.

Para Dugüit, los hombres en una sociedad carecían de derechos y tenían sólo obligaciones que cumplir. Obligaciones indispensables para hacer viable la interdependencia social, en virtud de la cual se hace posible la unión y la convivencia humana. De esta manera, señalaba Dugüit, "(I)os hombres, pues, están sometidos a una regla social fundada sobre la interdependencia que los une. Esta regla es preciso y necesario que exista (...). Así, el hombre moderno puede fundar todo el sistema político y social sobre el postulado de una regla de conducta que se impone a

- (1) Sobre este particular, Dugüit afirmaba que. "(...) si el origen histórico de (la soberanía) es el que hemos señalado, debía desaparecer tan pronto como desaparecieran las circunstancias que la habían producido. Este concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el Derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de una filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus. La tradición monárquica tenía que olvidarse pronto y olvidarse definitivamente (...)". DUGÜIT, León. *La transformación del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 16.
- (2) DUGÜIT, León. *La transformación del Estado*. Madrid: Fe, 1908. pp. 187-188.

todos (...). Esta regla de conducta no es una regla moral, sino una regla de Derecho"<sup>(3)</sup>.

Considerando la igualdad como un valor fundamental en la sociedad, Dugüit sostenía que todos los hombres estaban sometidos a una regla de conducta social, y que tenían todos las mismas obligaciones que cumplir. En consecuencia, siendo todos iguales ante todos, y con obligaciones semejantes, mal podía aceptar el autor la idea de un Gobierno que tuviese poderes soberanos distintos a los del resto de la sociedad, como sostenían aquellos seguidores de la **teoría de la soberanía**.

Sin embargo, Dugüit no era ajeno a la realidad. Entendía que en la sociedad había hombres más poderosos que otros y a esos hombres los llamaba gobernantes. No obstante, los gobernantes, para Dugüit, no tenían poder soberano alguno. Se trataba sencillamente de hombres que por distintas razones o circunstancias de hecho, ostentaban más fuerza y poder que los demás, pero se encontraban sometidos a la misma regla de la interdependencia social que el resto de la colectividad. Los gobernantes, al igual que el resto de los hombres, tenían también obligaciones que cumplir en función a esa fuerza superior que habían adquirido. Estos hombres, agregaba Dugüit, "(...) individuos o grupos, que monopolizan la mayor fuerza, no tienen ningún derecho. Pero miembros de la sociedad, están sometidos a la regla de derecho (...); y como tales miembros, están obligados a emplear la mayor fuerza de que disponen en asegurar el respeto, (y) la aplicación de la regla de Derecho"<sup>(4)</sup>.

### 1.2.2. La función de los gobernantes.

Así, la función de los gobernantes estaba orientada a velar porque los individuos sigan los patrones que la regla de Derecho les imponía, pero además, a cumplir con las obligaciones que les eran propias en mérito de aquella fuerza que poseían. Esas obligaciones consistían en la realización de actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés social, y requerían estar sometidas a un régimen jurídico especial de Derecho Público.

En este orden de ideas, mientras las obligaciones de los sujetos privados se encontraban sometidas al Derecho Privado, las obligaciones de los gobernantes se encontraban sujetas al Derecho Público. A estas últimas obligaciones, Dugüit las denominó **servicios públicos**.

La noción de servicio público sustituye así a la noción de soberanía como elemento de deslinde entre el ámbito de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, y la consecuente competencia jurisdiccional de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles<sup>(5)</sup>. De esta manera, el concepto de servicio público fue definido por Dugüit como, "(...) toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante"<sup>(6)</sup>.

En este sentido, si bien se trataba de servicios que debían ser asegurados por el Gobierno, ello no implicaba que el Gobierno debiese prestar directamente el servicio, sino que podía delegar tal función al sector privado manteniendo siempre, claro está, facultades de regulación y fiscalización.

No se requería, pues, que la actividad fuese prestada necesariamente por los gobernantes para estar ante un servicio público. Bastaba que se tratase de una actividad que debía ser regulada, asegurada y fiscalizada por ellos, con independencia de quién fuera el prestador de la misma. Podía tratarse, entonces, de una actividad prestada por un sujeto privado, siempre que se encontrase sometido a la regulación y fiscalización de los gobernantes bajo un régimen de Derecho Público.

De esta manera, si bien resultaba un concepto bastante amplio, se trataba para Dugüit de un concepto objetivo, es decir, sólo calificaban como servicios públicos aquellas actividades indispensables para la satisfacción de intereses y necesidades sociales, que como tales requiriesen de la regulación, fiscalización y aseguramiento de los gobernantes.

(3) Ibid.; p. 192.

(4) Ibid.; p. 224.

(5) Efectivamente, señala Dugüit, "(l)a noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como el fundamento del Derecho Público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la noción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público". DUGÜIT, León. *La transformación del Derecho...*; p. 27.

(6) Ibid.; p. 37.

### 1.3. El concepto de servicio público en la jurisprudencia francesa.

El concepto de servicio público, introducido por Dugüit, sirvió entonces al Derecho francés para determinar las actividades que debían estar reguladas por el Derecho Público, y sometidas a la competencia de los tribunales administrativos. Se hacía a un lado, entonces, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, como criterio de determinación del Derecho aplicable a la actuación del Gobierno, y de los tribunales competentes para su juzgamiento.

De esta manera, bajo esta nueva teoría del servicio público, la jurisprudencia francesa se apartó de la teoría de la soberanía -aunque sólo temporalmente-, e hizo suyo el concepto de servicio público propuesto por Dugüit para determinar el Derecho aplicable a los actos de Gobierno y la jurisdicción competente a la que debían de estar sometidos.

#### 1.3.1. El “arret Blanco”.

El primero de estos pronunciamientos tuvo lugar el 8 de febrero de 1873, en un caso que ha pasado a la historia bajo el nombre de “arret Blanco”, producto de una demanda interpuesta por el padre de una niña, Inés Blanco, atropellada por un vehículo de propiedad de una fábrica gubernamental de tabacos en la ciudad de Burdeos.

La demanda del padre fue interpuesta ante los tribunales civiles franceses, para solicitar el pago de una indemnización por la muerte de su hija. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos francés determinó que la producción de tabacos por parte del Gobierno había sido calificada como un servicio público, y que, por tanto, la demanda debía ser vista por los tribunales administrativos bajo las normas del Derecho Público. En este sentido, el Tribunal de Conflictos dictaminó que, “(...) la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular”<sup>(7)</sup>.

Con este pronunciamiento, el Tribunal de Conflictos declaraba a los tribunales judiciales ordinarios como incompetentes para conocer todo tipo de demandas formuladas contra el Gobierno, en razón de los daños y perjuicios causados a los particulares en

el ejercicio de actividades que calificaban como servicios públicos.

#### 1.3.2. El “arret Terrier”.

El antecedente jurisprudencial del “arret Blanco” suscrito por los tribunales civiles, fue consagrado algunos años más tarde por la jurisprudencia administrativa, el 6 de febrero de 1903, en un caso conocido como el “arret Terrier”, que tuvo lugar ante una demanda interpuesta por el señor Terrier contra el Gobierno de Saone-et-Loire, por la que demandaba el pago de una suma de dinero adeudada como consecuencia de un servicio prestado a la comunidad por la aniquilación de una plaga de víboras que acechaba la ciudad.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado francés dictaminó enfáticamente que “(...) todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos (...) constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, propia del dominio de la jurisdicción administrativa (...). Pertenece a la jurisprudencia determinar (...) en qué casos se encuentra en presencia de un servicio público funcionando con sus reglas propias y su carácter administrativo o al contrario frente a los actos que aun interesando a la comunidad adoptan la forma de la gestión privada y se mantienen exclusivamente en el terreno de particular a particular en las condiciones del Derecho Privado”<sup>(8)</sup>.

Este pronunciamiento del Consejo de Estado francés, aunado al dictamen del Tribunal de Conflictos en el “arret Blanco”, marcó un hito en la jurisprudencia francesa al hacer a un lado la clásica distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Público o el Derecho Privado, y la consecuente competencia jurisdiccional de los tribunales administrativos y los tribunales civiles, aferrándose al nuevo concepto de servicio público para efectuar tal distinción.

En efecto, a partir de ese momento, bastaba determinar si el acto del gobierno consistía o no en un servicio público, para determinar la consecuente aplicación del Derecho Público y la competencia de los tribunales administrativos. En contraposición a ello, sólo aquellos actos que no calificasen como servicios públicos estarían sometidos al Derecho Privado y a la competencia de la justicia civil.

(7) Tribunal de Conflictos francés, citado por: REBOLLO, Luís Martín. *De nuevo sobre el servicio público, planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*. En: *Revista de Administración Pública*. Números 100-102. Volumen III. 1983. p. 2480.

(8) Consejo de Estado francés, citado por: REBOLLO, Luís Martín. *Ibid.*; p. 2481.

Sin embargo, la labor jurisprudencial para precisar si determinadas actividades calificaban o no como servicios públicos, resultaba una tarea hartamente complicada y la mayoría de veces confusa y hasta contradictoria. Ello por cuanto los servicios públicos eran actividades que, si bien eran realizadas por el Gobierno, podían ser realizadas también por el sector privado. Es decir, las actividades en sí, no calificaban como servicios públicos, sino sólo aquellas actividades que eran realizadas por el Gobierno, y que requerían ser aseguradas, fiscalizadas y supervisadas por él. De esta manera, el servicio de transporte de pasajeros, por ejemplo, no necesariamente calificaba como un servicio público. Empero, si el servicio era prestado por una empresa gubernamental, éste calificaría como un servicio público, y estaría sometido al Derecho Público y a la competencia de los tribunales administrativos. Sin embargo, si el mismo servicio era prestado por una empresa privada, éste no sería un servicio público y estaría regido por el Derecho Privado y los tribunales civiles. Es así que, en el pronunciamiento del Tribunal de Conflictos en el “*arret Blanco*”, se consideró que la producción de tabacos en una fábrica del gobierno calificaba como un servicio público, aun cuando pudiesen existir otras fábricas privadas dedicadas a la misma actividad, y ésta no calificase, en estos casos, como un servicio público.

Para complicar aun más esta situación, y hacerla todavía más irracional, la jurisprudencia francesa consideraba posible que un servicio público, que debía ser prestado por el Gobierno, fuese encargado al sector privado para su prestación, mediante el mecanismo de la concesión. Así, un servicio público concedido a los particulares, podía ser prestado por éstos bajo un régimen de Derecho Público y la competencia de los tribunales administrativos. No era de extrañar, pues, que un servicio de transporte encargado por el Gobierno a una empresa privada, fuese un servicio público en función de la concesión otorgada a ésta y se encontrase sometido a las reglas del servicio público. Sin embargo, al mismo tiempo, una empresa privada que prestase el mismo servicio de transporte, sin una concesión del gobierno, estaría sometida al Derecho Privado y a la competencia de los tribunales civiles.

Esta realidad de encontrar servicios idénticos en el mercado, sometidos al Derecho Público o al Derecho Privado, según fuesen prestados por el Gobierno o el sector privado, o por éste en ejercicio de una concesión del Gobierno, determinó la irracionalidad de la teoría

del servicio público. Resultaba absurdo someter la prestación de las mismas actividades a regímenes jurídicos distintos, según quién fuese el prestatario del servicio, y más absurdo resultaba todavía establecer dicha distinción cuando la prestación del servicio era efectuada por particulares, según fuesen concesionarios del Gobierno o no.

#### 1.4. La primera crisis conceptual.

En 1921, en un sonado caso conocido como el *arret bac d’Eloka*, un pronunciamiento del Tribunal de Conflictos ocasionó el quiebre de la teoría del servicio público y el consecuente regreso a la teoría de la soberanía y a los actos de autoridad y de gestión para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, y la consecuente competencia de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles.

##### 1.4.1 El “*arret bac d’Eloka*”.

En esta oportunidad, el Tribunal de Conflictos se declaró competente para conocer una demanda interpuesta contra el Gobierno de Costa de Marfil por una empresa privada denominada Compañía del Oeste Africano.

Es el caso que, el Gobierno de Costa de Marfil, ubicado en una de las colonias francesas en el África, sobre territorio ultramarino, había organizado, junto a otras empresas privadas, un servicio de transporte de pasajeros y mercancías a través de la laguna del Ebrié.

La noche del 5 de setiembre de 1920, la embarcación d’Eloka con la cual se prestaba el servicio de transporte, se hundió en la laguna ocasionando la pérdida de un vehículo de propiedad de la demandante. En razón de ello, Compañía del Oeste Africano solicitó ante el Juzgado Civil de Grand-Bassam una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el hundimiento de la embarcación del Gobierno. El Juzgado elevó la causa ante el Tribunal de Conflictos para su pronunciamiento, quien dando cuenta de la irracionalidad de la teoría del servicio público resolvió que, “(e)fectuando mediante remuneración el traslado de peatones y vehículos de una ribera de la laguna a la otra, la Colonia Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial corriente; por consiguiente (...) pertenece a la autoridad judicial (civil) conocer las consecuencias dañosas del accidente invocado”<sup>(9)</sup>.

De esta manera, no obstante hallarse frente a una actividad prestada por el Gobierno que, conforme a la

(9) BRITO R. Mariano. *Concesión de servicio público*. En: *Estudios de Derecho Administrativo*. Número 22. Montevideo, 1968. p. 16.

teoría del servicio público, debía calificar como un servicio público, el Tribunal de Conflictos estimó que la justicia ordinaria era competente para resolver la causa, dada la similitud que la gestión del servicio prestado por el Gobierno de Costa de Marfil mantenía con los servicios de transportes ejercidos por el sector privado.

#### 1.4.2. El abandono de la teoría del servicio público.

Se produjo, pues, a partir de entonces, un abandono de los postulados de la teoría del servicio público, y los tribunales administrativos pronto reincorporarían a su jurisprudencia la no tan antigua teoría de la soberanía, a fin de mantener su competencia solamente sobre aquellos casos en los cuales el Gobierno actuase en ejercicio de su *ius imperium*.

Esta reincorporación se dio, claro está, en medio del coro de protesta de Dugüit y sus seguidores, cuya consternación no se hizo esperar. “Se creía -señalaba Dugüit- estar desembarazado de una vez por todas de esta falsa y desdichada distinción (entre actos de autoridad y actos de gestión) y, sin embargo, puede preguntarse si ella no está renaciendo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, jurisprudencia que aparece confusa y aun contradictoria (...). Sea lo que sea, yo mantengo plenamente lo que dije (...). De dos cosas una: o una actividad es servicio público o no lo es. Si ella es un servicio público, ella tiene siempre los mismos caracteres; todas las consecuencias que se vinculan a que ella es un servicio público deben aplicarse y toda distinción entre pretendidos servicios públicos de autoridad y de gestión, debe ser definitivamente descartada, so pena de caer en la confusión y el error (...)”<sup>(10)</sup>.

## 2. La evolución del servicio público.

Ante el alejamiento de los postulados propuestos por Dugüit y sus seguidores, hubo múltiples intentos por reformular el concepto de servicio público al amparo de la tradicional teoría de la soberanía. Si en un principio se hizo necesario distinguir a los actos de autoridad de los actos de gestión, ahora se hacía necesario distinguir a ambos de los servicios públicos.

Por un lado, estaban los particulares desarrollando actividades empresariales mediante la producción de bienes y la prestación de servicios privados; y, por otro lado, estaba el Gobierno, que realizaba actos de autoridad,

de gestión y servicios públicos. Estos últimos servicios, prestados por el gobierno, eran también prestados por el sector privado cuando mediaba una concesión, y se le encargaba a éste su prestación.

De esta manera, los servicios públicos pasaron a ser entendidos como actividades de especial importancia y necesidad para la población, que eran asumidas por el Gobierno y que, en tal virtud, sólo podían ser prestadas directamente por él, o por los particulares a quienes el Gobierno delegara tal facultad mediante el otorgamiento previo de una concesión.

Sin embargo, la crisis generada por la Primera Guerra Mundial determinó que los Gobiernos sometieran al régimen de los servicios públicos un sinnúmero de actividades que venían siendo prestadas por el sector privado, asumiendo él mismo la prestación de tales actividades y haciendo a un lado el mecanismo de la concesión. La injerencia del Gobierno, pues, en todos los sectores de la economía, se convirtió en una realidad latente que impedía al sector privado actuar en ejercicio de su libertad de empresa. El Gobierno se convirtió, entonces, en el titular de múltiples actividades respecto de las cuales su participación resultaba necesaria para una adecuada prestación del servicio.

No obstante, a medida que transcurría el tiempo y quedaba atrás el rezago de la guerra y de la crisis, los Gobiernos se fueron desprendiendo poco a poco de todas aquellas actividades cuyo control absoluto habían asumido, y optaron por retornar al mecanismo de la concesión como una forma de descargar en el sector privado la prestación de determinadas actividades bajo una supervisión y fiscalización estricta.

Frente a esta realidad, en la que el Gobierno dejaba de ser tan sólo un ente regulador de actividades de interés general y se convertía en el prestador directo y concedente de un gran número de actividades que antes pertenecían al sector privado; la concepción de lo que debía ser un servicio público intentó adecuarse al cambio y fue evolucionando al compás de la injerencia gubernamental en este sector de la economía.

Para entender esta nueva concepción del servicio público, es necesario distinguir entre dos interrogantes que resultan esenciales, a saber, (i) ¿qué es un servicio público?; y, (ii) ¿qué debe ser un servicio público? La primera interrogante está referida al concepto mismo del servicio público, mientras que la segunda se refiere a aquellas actividades que deben calificar como servicios públicos. No es posible, entonces, dar respuesta a la segunda sin contestar previamente la

(10) DUGÜIT, León, citado por VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. 5ta. edición. Cali: Banco Popular, 1977. p. 234.

---

Un servicio público, que quede claro, es un concepto instrumental, que permite al Gobierno contar con la facultad discrecional de conceder o no la explotación económica de una determinada actividad en el mercado.

---

primera, pues sólo en la medida que entendamos qué es un servicio público, podremos determinar qué actividades deben ser consideradas como tales.

### 2.1. ¿Qué es un servicio público?

Sobre esta primera interrogante no existe mayor debate en la doctrina jurídica. El servicio público, como tal, es entendido como un concepto instrumental, en virtud del cual el Gobierno mantiene la potestad de autorizar o no su prestación al sector privado. No es riesgoso afirmar, pues, que el servicio público es entendido como toda actividad susceptible de ser explotada económicamente, respecto de la cual el Gobierno cuenta con la facultad discrecional de conceder o no su explotación en el mercado.

Sin embargo, es preciso reparar en el análisis de los principales elementos definitorios de este concepto, a fin de entender qué tipo de actividades califican como tales.

#### 2.1.1. Una actividad explotable económicamente.

Para hablar de servicio público, se requiere, en primer lugar, que se trate de una actividad explotable económicamente. La participación del sector privado en la economía se justifica sólo en la obtención de los beneficios económicos que éste obtiene por la producción de bienes o la prestación de servicios en el mercado. De esta manera, si no fuese posible obtener una retribución económica por las actividades que los privados realizan, difícilmente se verían interesados en su prestación.

A nuestro entender, existen sólo dos clases de actividades que no permiten al sector privado la obtención de beneficios económicos. Éstas son, de un lado, aquellas actividades que requieren para su ejercicio del *ius imperium* del Gobierno; y, de otro lado, aquellas respecto de las cuales no es posible individualizar el cobro del servicio entre sus beneficiarios. En ambos

casos se hace necesaria la intervención del Gobierno para que dichas actividades puedan ser satisfechas.

En el primer caso nos encontramos ante los típicos actos de autoridad, que distan mucho del concepto de servicio público por ser actos que sólo pueden ser prestados por el Gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano (*ius imperium*).

En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actividades que, si bien no requieren de un poder soberano para su ejercicio, no representan interés alguno para el sector privado, dada la imposibilidad de imputar los costos del servicio que se brinda entre sus beneficiarios. Es el caso por ejemplo del alumbrado público, la limpieza de parques y jardines, la semaforización de calles y avenidas, entre otras, en las cuales no es posible imputar los costos del servicio entre sus beneficiarios. En efecto, no es posible determinar objetivamente cuánto se beneficia una persona por la luz que recibe la fachada de su casa, por la limpieza del parque de su distrito, o por la implantación de un semáforo en la avenida que utiliza para ir a su trabajo. Se requiere pues, en estos casos, que el Gobierno asuma la prestación de dichas actividades y determine el pago que corresponde hacer a sus beneficiarios independientemente del beneficio que perciban. Sin embargo, ello no obsta a que el Gobierno pueda contratar a personas privadas para que asuman la prestación de estas actividades mediante el pago de una contraprestación determinada. Así por ejemplo, el alumbrado público puede ser prestado por empresas privadas, al igual que la limpieza de parques o la semaforización de calles. Sin embargo, se trata de actividades que requieren de la necesaria intervención del Gobierno, pues de lo contrario no habría forma de obtener contraprestación alguna por parte de los beneficiarios del servicio.

Los servicios públicos, por otro lado, no están referidos a ninguna de estas actividades, sino más bien a actividades en las cuales el sector privado sí mantiene un interés económico, y que son posibles de ser explotadas por éste en el mercado. A estos efectos, hace bien Vitta en establecer un criterio de distinción entre servicios públicos y funciones públicas, al señalar que "(...) habrá servicio público cuando los destinatarios de la actividad estatal sean individualizables o determinables, en tanto que habrá función pública cuando la actividad estatal beneficie a la colectividad en su conjunto sin que los usuarios sean entonces determinables"<sup>(11)</sup>.

(11) VITTA, citado por MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 48.

Según este autor, al igual que un amplio sector de la doctrina, al cual nos aunamos, aquellas actividades que requieran ser prestadas por el Gobierno dada la imposibilidad de ser explotadas económicamente, constituyen **funciones públicas** y no servicios públicos. De esta manera, la individualización de los destinatarios del servicio se presenta como el factor determinante para distinguir entre una **función pública** y un **servicio público**, por cuanto en virtud de dicha individualización sería posible atribuir la carga económica del servicio a un sujeto determinado, y hacer del mismo una actividad lucrativa susceptible de ser explotada económicamente.

### 2.1.2. Una actividad concesionable.

Sin duda alguna, la concesión gubernamental es el principal elemento definitorio del servicio público, en torno al cual gira la definición del concepto mismo. Si no mediase una concesión gubernamental, no sería posible hablar de un servicio público.

La concesión gubernamental apareció como un mecanismo por medio del cual, el Gobierno facultaba al sector privado a concurrir al mercado en la prestación de aquellas actividades sobre las cuales el Gobierno hubiese decidido interferir de modo avasallante, con el fin de garantizar su adecuada satisfacción. Tal y como afirman los autores López Pellicer y Sánchez Días, "(...) (la concesión) aparece ligada con el nacimiento (...) de los grandes servicios públicos de carácter económico (ferrocarriles, obras públicas, etcétera), como fórmula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica (...) con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos"<sup>(12)</sup>.

Este mecanismo, el de la concesión, confería al Gobierno una serie de poderes y facultades de carácter permanente, que le permitían controlar el acceso del sector privado al mercado, así como la dirección y gestión de la actividad y el eventual cese de su prestación. En este sentido, Fernando Garrido Falla no dudaba en definir al servicio público como todo, "(s)ervicio técnico prestado al público (...) cuya titularidad pertenece a la Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial"<sup>(13)</sup>.

En efecto, el otorgamiento previo de una concesión para la prestación de un servicio público, implicaba que el Gobierno declarase primero dicho servicio bajo su titularidad. Es claro que si la actividad no se encontraba bajo la titularidad del Gobierno, no había nada que conceder. Sólo en tanto el Gobierno fuese el titular de la actividad, podía estar facultado para conceder su prestación al sector privado. De lo contrario, el acceso a su prestación se encontraría libre de restricciones.

En este orden de ideas, Ramón Entrena Cuesta afirmaba que, "(...) el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo una cuestión que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales y, sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente, de forma que, aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentre en posición de ejercicio de la libertad de empresa"<sup>(14)</sup>.

Ahora bien, según veremos más adelante, en todo sistema de organización económica basada en una economía de mercado, el acceso al mercado se produce en virtud del derecho a la libertad de empresa reconocido constitucionalmente. Por tanto, la titularidad del Gobierno sobre una determinada actividad se traduce en un mecanismo que restringe el derecho a la libertad de empresa de los particulares y, más concretamente, el derecho a la libertad de acceso al mercado, que se encuentra, en estos casos, sujeto al otorgamiento previo de una concesión gubernamental.

### 2.1.3. La discrecionalidad del Gobierno para concesionar.

Hemos dicho que el concepto de servicio público gira en torno al otorgamiento de una concesión gubernamental, que permite al sector privado ejercer en el mercado la actividad declarada como tal por el Gobierno. Esta declaración gubernamental del servicio

(12) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAS, citados por FERNÁNDEZ TORRES, Manuel. *El servicio público del gas*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 86. Mayo-agosto 1978. p. 63.

(13) GARRIDO FALLA, Fernando. *El concepto de servicio público en derecho español*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 135. Setiembre-diciembre 1994. p. 21.

(14) ENTRENA CUESTA, Ramón. *El principio de libertad de empresa*. En: GARRIDO FALLA, Fernando (compilador). *El modelo económico en la Constitución española*. Op. cit.: p. 163.



público, y su consecuente sometimiento a la titularidad del Gobierno, supone que el otorgamiento de la concesión no constituye un deber imperativo del Gobierno de acceder a cualquier solicitud del sector privado para prestar un determinado servicio público, sino que le permite al gobierno contar con una facultad discrecional para controlar el acceso al mercado para la prestación de dicha actividad, y los términos en los cuales otorga la concesión.

Cabe señalar que la facultad discrecional del Gobierno para decidir el otorgamiento de la concesión, es precisamente lo que caracteriza al mecanismo de la concesión. Si el Gobierno no contase con la facultad discrecional para permitir el acceso del sector privado al mercado de servicios públicos, mal podría decirse que éstos se encuentran bajo su titularidad.

En efecto, si el Gobierno no contase con la facultad discrecional de negarse a permitir el acceso del sector privado al mercado, estaríamos, simplemente, ante servicios que pueden ser prestados libremente por el sector privado, regulados o no, que pueden requerir para su prestación del otorgamiento previo de una **autorización, permiso o licencia**. Sin embargo, todos éstos no son más que mecanismos objetivos que permiten al Gobierno supervisar el cumplimiento de determinados requisitos legales, que los privados deben cumplir antes de ingresar al mercado.

Por el contrario, en el caso específico de los servicios públicos, el Gobierno cuenta con la facultad discrecional de limitar el acceso al mercado, aun cuando los particulares cumplan con los requisitos necesarios para prestar el servicio. Dicha facultad discrecional se hace manifiesta mediante el mecanismo de la concesión.

Es necesario, pues, determinar qué actividades deben ser sometidas al mecanismo de la concesión y qué actividades deben ser libradas al sector privado para su prestación en el mercado. Es precisamente, a partir de esta necesidad, que surge en diversos autores la inquietud por limitar los alcances del concepto de servicio público y, consecuentemente, establecer los criterios para determinar aquellas actividades que deben ser consideradas como tales, y sometidas al otorgamiento previo de una concesión para poder ser prestadas en el mercado.

## 2.2. ¿Qué debe ser un servicio público?

De acuerdo al concepto de servicio público que hemos desarrollado y analizado hasta aquí, han surgido diversas teorías que han intentado delimitar los alcances de dicho concepto y determinar cuáles son aquellas

actividades respecto de las cuales el Gobierno puede contar con la facultad discrecional de conceder o no su explotación económica en el mercado.

El desarrollo de estas teorías se ha visto forjado por la necesidad de limitar el concepto de servicio público, en virtud del cual el Gobierno extrae del ámbito privado la prestación de determinadas actividades y condiciona su prestación al otorgamiento previo de una concesión, restringiendo el derecho constitucional a la libertad de empresa que es propio del sector privado.

Se trata de una de las cuestiones que más polémica ha levantado en el ámbito del Derecho Administrativo y a cuya solución ha estado orientado el esfuerzo de un sinnúmero de juristas que han pretendido encontrar una fórmula que permita responder a la inquietante pregunta, ¿qué debe ser un servicio público?, con el fin de encontrar el elemento determinante que justifique el requerimiento de una concesión gubernamental para poder acceder a la explotación económica de una determinada actividad en el mercado.

Sin embargo, la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la respuesta parece cada vez más evidente. Una de las principales razones en las que puede justificarse dicha falta de consenso se explica quizá en la diversidad de regímenes económicos que han servido de marco para el desarrollo del concepto de servicio público. En consecuencia, la respuesta a ¿qué debe ser un servicio público?, debería encontrarse, creemos, al interior del régimen económico que rige la organización económica de cada Estado, sin pretender generalizarse vanamente, copiando conceptos de regímenes económicos distintos.

En este sentido, creemos que todos los criterios propuestos hasta el día de hoy por la doctrina, para identificar aquellas actividades que debieran calificar como servicios públicos, responden a realidades jurídicas que no se ajustan a la realidad peruana. Por tanto, resulta necesario referirnos a las teorías más importantes, para luego, partiendo de un análisis de nuestra actual realidad jurídico-económica, podamos diferenciar aquellas actividades que deben calificar como servicios públicos de aquellas que deben ser libradas a la iniciativa privada en el Perú.

### 2.2.1. La teoría del interés general.

Para un amplio sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido a todas aquellas actividades destinadas a satisfacer el interés general de la población. Para Manuel María Diez, por ejemplo, por servicio público debía entenderse: "(...) la prestación que efectúa

(el gobierno) en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general<sup>(15)</sup>.

De igual modo, Guillermo González Charry consideraba que, “(e)n esencia, los servicios públicos no son otra cosa que la satisfacción por el Estado, en forma directa o indirecta, de aquellas necesidades que paulatinamente van adquiriendo el carácter de imprescindibles para el funcionamiento ordenado de la colectividad, y que por tal razón no pueden dejarse en su continuidad, regularidad y eficacia a la prestación arbitraria de los particulares, y bajo la égida de su propio interés pecuniario<sup>(16)</sup>.”

Al respecto, Jorge Calafell precisaba que, “(u)na necesidad se convierte en servicio público, cuando los poderes públicos deciden asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general, que sin esa intervención sería insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha(...)<sup>(17)</sup>.” Desde este punto de vista, continuaba Calafell, uno de los propósitos del servicio público es evitar la crisis en la sociedad ante la falta o escasez de éstos. En consecuencia, refiriéndose a la sociedad mexicana señalaba, “(...) puesto que el hambre se ha convertido en una verdadera amenaza sobre todo, en ciertas (zonas) marginadas de nuestra población, no vemos muy descabellada ni muy distante la idea de que la alimentación en general sea regulada por un servicio público<sup>(18)</sup>.”

Sin embargo, para nosotros, tal idea sí resulta descabellada. De ser ello así, qué impedimento habría para considerar también servicios públicos a la salud, la vivienda, la educación, la cultura y a todo el resto de actividades sociales que el sector privado puede explotar libremente sin la restricción de contar con una concesión previa. Desde luego, ninguno. No obstante, para Calafell, calificaban como servicios públicos tanto la distribución de agua potable, la enseñanza pública y la defensa nacional, por cuanto todas estas actividades están orientadas a la satisfacción de un interés general.

Para estos autores, la importancia de la actividad y el interés general en su prestación, eran razón suficiente para calificar como servicios públicos determinadas actividades y someter a las mismas al otorgamiento previo de una concesión gubernamental.

Pero, contrariamente a la posición sostenida por ellos, se encuentra la de aquellos que consideramos a estas actividades, como tantas otras, fundamentalmente privadas y que deben ser libradas a la libertad empresarial del sector privado, únicamente bajo un sistema de regulación gubernamental. De lo contrario, toda actividad que revista de cierta importancia calificaría como un servicio público, vulnerando el derecho al libre acceso al mercado del sector privado.

Por tanto, el criterio de distinción empleado por estos autores, basado en el interés general, resulta poco certero cuando se trata de distinguir con él a los servicios públicos del resto de servicios mercantiles que eran prestados en el mercado. En tal virtud, no sin razón afirmaba Jaime Vidal Perdomo que, “(l)a propia dinámica de la teoría, que llamaba servicio público a lo que satisfacía un interés general, primero a cargo del Estado, luego también en manos de particulares, y el aumento del intervencionismo estatal, fomentado por las guerras o por las nuevas necesidades colectivas, que llevaron al Estado a convertirse en empresario industrial y comercial, fueron ampliando sí la teoría, pero, a la vez, destruyéndola por dentro, al hacerle perder claridad(...)<sup>(19)</sup>.”

## 2.2.2. La teoría de la necesidad colectiva.

En contraposición a aquellos que sostenían que existía una clara diferencia entre el concepto de servicio público y de función pública, cierto sector de la doctrina pretendió definir al servicio público como aquél destinado a la satisfacción de necesidades colectivas. Es decir, aquellas necesidades que eran demandadas de manera conjunta por un determinado grupo social, sin que fuese posible individualizar en él, el interés de cada uno de los miembros del grupo.

En tal sentido, Jaime Vidal Perdomo afirmaba lo siguiente, “(s)i las gentes en un tiempo creyeron tener su bienestar en la sociedad política basado sobre el respeto a la libertad, pues ella aseguraba espontáneamente la satisfacción -a la vez- de los intereses individuales y los generales, de un tiempo acá se ha visto cómo no basta la proclamación solemne de las libertades de las personas, sino que para progresar

(15) DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1967. p. 198.

(16) GONZÁLES CHARRY, Guillermo, citado por BORRERO YOSHIDA, Luis Alfonso. *¿Es la intermediación financiera un servicio público?* Op. cit.; p. 22.

(17) CALAFELL, Jorge Enrique. *Los servicios públicos*. En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 19, 1988. p. 199.

(18) *Ibid.*; p. 199.

(19) VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Op. cit.; p. 231.

vitalmente es menester que el Estado atienda directamente necesidades del conglomerado social, pues estas no pueden verse resueltas por el simple esfuerzo individual<sup>(20)</sup>.

Para este autor, la razón que impedía que la iniciativa privada se hiciese cargo de necesidades de carácter colectivo, estribaba en que “(e)n todas las épocas de las sociedades políticas han existido servicios a cargo del Estado. La idea que la sustenta es la de que, además de los intereses de cada miembro de la comunidad, existen otros que son comunes a los habitantes de un territorio y que, naturalmente, la conveniencia aconsejaba que estén en manos de las respectivas autoridades<sup>(21)</sup>.”

En este sentido, la presencia de intereses comunes, imposible de ser individualizados, era presentada como el criterio determinante para constituir determinada actividad en un servicio público. Sin embargo, ya hemos visto como este interés colectivo no podía ser satisfecho por el sector privado en ejercicio de su libertad de empresa, sino que se requería contar con un poder superior capaz de individualizar los costos que la prestación del servicio demandaba.

El requerimiento de tal poder impedía que el sector privado pudiese ejercer libremente su actividad empresarial, por lo que mal podría considerarse que la satisfacción de dicho interés fuese susceptible de ser explotada económicamente. En consecuencia, la calificación de tal actividad como un servicio público no resultaba apropiada, por cuanto era evidente que nos encontrábamos ante una función pública.

### 2.2.3. La teoría de la actividad esencial.

Debido a la poca eficiencia para distinguir al concepto de servicio público que representaban los criterios de interés general y necesidad colectiva, cierto sector de la doctrina pretendió encontrar en determinadas actividades esenciales el factor determinante para identificar qué actividades debían calificar como servicios públicos.

Para De la Cuétara, por ejemplo, “(...) hay que decir rotundamente que tan sólo las prestaciones básicas son exigibles por medios de Derecho Público, y, por lo mismo, tan sólo ellas son prestaciones de servicio público (...). Todo lo demás debe negociarse y exigirse

mediante fórmulas comerciales comunes<sup>(22)</sup>. Si bien este autor no hace referencia expresa a actividades esenciales, señala que tan sólo las prestaciones básicas son susceptibles de ser satisfechas mediante un servicio público. Pero, evidentemente, si de lo que se trata es de delimitar al máximo las fronteras del concepto para determinar qué actividades son las que deben ser sometidas a un régimen de concesión por parte del gobierno, qué diferencia habría entre las actividades básicas y las actividades esenciales. Aparentemente ninguna. De lo que se trata, en ambos casos, es de actividades tendentes a satisfacer necesidades fundamentales para el desarrollo social. Sin embargo, bajo esta definición, cómo identificar qué actividades básicas pueden ser satisfechas libremente por el sector privado, y en qué casos se hace necesario el otorgamiento de una concesión.

Según parece, entonces, la definición propuesta por De la Cuétara resulta insuficiente para la realización de este objetivo. Asimismo, resultan insuficientes definiciones como las propuestas por José Luis Meilán, para quien el servicio público se constituía tan sólo como aquella “(...) actividad esencial para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta -por los particulares- es siempre posible<sup>(23)</sup>”; o por Daniel Edgardo Maljar, para, quien “(...) existe servicio público cuando (el Gobierno) asume una determinada actividad esencial para la población ejerciéndola por sí misma o concediéndola a los particulares<sup>(24)</sup>.”

Bajo estas definiciones de servicio público, no resultaba posible identificar con precisión qué actividades debían calificar como tales y cuáles debían ser libradas al sector privado, por cuanto muchas de las actividades esenciales que requería la población, bien podían ser prestadas en un régimen de libertad de empresa sin necesidad de ser sometidas a una concesión gubernamental. Además, ¿cómo definir lo que debe entenderse por una actividad esencial para la población?

En este afán de delimitar las fronteras del concepto en base al carácter esencial de determinadas actividades, Juan Carlos Cassagne afirmaba también que, “(...) el servicio público -como institución jurídica del mundo actual- sólo adquiere sentido si se lo concibe

(20) Ibid.; p. 221.

(21) Ibid.; p. 223.

(22) ARIÑO, Gaspar y otros. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 152.

(23) MEILAN GIL, José Luis. *El servicio público en el derecho actual*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Números 15-17, 1994. p. 359.

(24) MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammulabi, 1998. p. 252.

en base a un sistema de gestión privada circunscrito a aquellas prestaciones vitales de índole económica que no puedan realizarse bajo un régimen de libertad<sup>(25)</sup>.

Al igual que De la Cuétara, este autor tampoco se refiere expresamente al carácter esencial de las actividades a ser sometidas al régimen de servicio público, pero afirma que el mismo sólo adquiere sentido en tanto se encuentre circunscrito a prestaciones vitales de índole económica que no puedan ser realizadas en un régimen de libertad de empresa. Pero cabe preguntarnos entonces, ¿qué hay de aquellas actividades que no son consideradas prestaciones vitales, pero que, al mismo tiempo, no pueden ser realizadas en un régimen de libertad de empresa? ¿Acaso éstas no serían consideradas también servicios públicos?

Por su parte, Gaspar Ariño consideraba que el servicio público había de estar referido a actividades que, sin ser inherentes a la soberanía del Gobierno (funciones públicas), resultaban **indispensables para la vida social**. En efecto, continuaba Ariño, la actividad a ser calificada como un servicio público debía estar regida por las siguientes notas, "(...) primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado; segunda, se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social (lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: para la vida del Estado no es necesaria); y, cuarta, se trata de una actividad cuyo ejercicio no supone el ejercicio de poderes soberanos"<sup>(26)</sup>.

Sin embargo, el problema que presenta la definición de Ariño es que existe un gran número de actividades indispensables para la vida social, que bien pueden ser satisfechas libremente por el sector privado y que no requieren calificar como servicios públicos para su prestación. De ello era consciente el citado autor, y por eso afirmaba que todo concepto que intente esbozarse de servicio público, será siempre un concepto aproximado y tendencioso, más no un riguroso concepto jurídico de contenido uniforme y preciso, sino que se tratará necesariamente de un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá en cada momento y en cada país del contexto socio político.

#### 2.2.4. La teoría de la obligatoriedad de la prestación.

Por otro lado, para un reducido sector de la doctrina, relativamente reciente, el elemento definitorio para determinar qué debe ser un servicio público y qué no, radica en un criterio de obligatoriedad. Es decir, la diferencia fundamental entre el sometimiento de una determinada actividad al régimen de los servicios públicos y su libramiento al libre ejercicio empresarial en el sector privado estaría basada en la obligatoriedad, para quien realiza el servicio, de prestarlo a todos quienes lo requieran.

En esta línea se ha pronunciado el argentino Héctor Mairal al afirmar que, "(a)ctualmente, definir en nuestro país a un servicio público significa decidir que determinada actividad se prestará bajo un régimen de obligatoriedad y no discriminación, cualquiera que sea su titular"<sup>(27)</sup>. De esta manera, Mairal entendía que el carácter distintivo de una actividad económica para determinar si el régimen jurídico al que está sujeta constituye o no un servicio público, es el criterio de la obligatoriedad.

Si bien para el citado autor argentino, esta noción de servicio público vale sólo para el sistema jurídico argentino y no pretende validez universal, debemos señalar que, en nuestra opinión, la misma carece de validez en cualquier ordenamiento jurídico, incluso en el argentino, por cuanto consideramos que la obligatoriedad podría ser sólo consecuencia de que un determinado servicio público sea considerado como tal, mas no la causal de su declaración. Además, es posible encontrar determinados servicios públicos prestados en libertad de competencia por concesionarios privados, los cuales no se encuentran obligados a prestar el servicio a quien lo requiera, sino que cuentan con el derecho de hacerlo o no.

#### 2.2.5. La teoría de los monopolios naturales.

Para otro sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido sólo a aquellas actividades que no pudiesen ser prestados en un régimen de libre competencia por constituir monopolios naturales y que requerían, en tal virtud, de una concesión gubernamental que permitiera identificar al óptimo prestatario del servicio otorgando en favor de éste la realización

(25) CASSAGNE, Juan Carlos. *El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado*. Op. cit.; p. 96.

(26) ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Op. cit.; p. 294.

(27) MAIRAL, Héctor. *La ideología del servicio público*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Número 14. Buenos Aires. Setiembre - diciembre 1993. p. 435.

(28) CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 26.

exclusiva de la actividad, sometiendo al mismo a un intenso control que evite el ejercicio de prácticas abusivas en perjuicio de la colectividad.

La razón de ello, según Luis Cases, estribaba en que, “(e)xisten determinados sectores económicos en que resulta ineficiente, en términos económicos, la existencia de más de una empresa. En este caso, por un lado, la regulación aparece para controlar a esta empresa, que disfruta de un monopolio natural, a fin de evitar que incremente sus beneficios en perjuicio de los ciudadanos (...)”<sup>(28)</sup>.

Sin embargo, esta posición de la doctrina no se condecía con la realidad de los Estados, en la cual se venían declarando servicios públicos a actividades que bien podían estructurarse sobre la base de la libre competencia, como era el caso del transporte urbano, por ejemplo, o del servicio de correos, del transporte por carreteras o de la navegación aérea, etcétera. En efecto, señalaba Ariño, “(...) el monopolio de hecho se ha mantenido durante muchos años en la mayoría de los servicios públicos. En aquellos que exigían una infraestructura de red para su prestación (agua, gas, electricidad, teléfono y transmisión de datos o señales, ferrocarriles de todo tipo, trolebuses, etcétera) la justificación venía dada por la inconveniencia de duplicar las redes en estos sectores en los que se dan las condiciones económicas propias de un monopolio: disminución de coste con el aumento de demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta”<sup>(29)</sup>.

Sin embargo, en aquellos que no requerían de una infraestructura de red para su prestación y que podían estructurarse sobre la base de la competencia en la oferta, según Ariño, la declaración como servicio público se justificaba en la necesidad de garantizar a los prestatarios del servicio, la existencia de unos mercados en exclusiva sobre los que se pudiesen calcular una demanda cierta y unos ingresos determinados.

En consecuencia, debemos decir para concluir, junto con Guillermo Cabanellas, que, “(...) si bien los servicios públicos constituyen generalmente monopolios naturales, o sea actividades en las que no es económicamente viable o razonable el funcionamiento de dos empresas que, concurrentemente, lo presten (por ejemplo, los ferrocarriles, donde el tendido de líneas paralelas implica una duplicación inútil de capital), existen diversos sectores sujetos al régimen de los

servicios públicos que no revisten tal carácter y en los que los organismos públicos deben otorgar las concesiones de manera de mantener condiciones competitivas en la medida en que ello no sea lesivo para la prestación del servicio en cuestión, o para los demás intereses protegidos por la legislación que dé lugar al régimen de concesiones”<sup>(30)</sup>.

#### 2.2.6. La teoría del servicio al público.

Ante la carencia de una fórmula que sirviera para determinar qué servicios debían calificar como **servicios públicos**, algunos autores no encontraron mejor salida que considerar servicio público a todo servicio brindado al público. Entre dichos autores es posible encontrar a Miguel Marienhoff, para quien, “(s)ervicio público no es otro que servicio para el público”<sup>(31)</sup>.

Sin embargo, la inminente necesidad de distinguir entre aquellos servicios que podían ser prestados al público por el sector privado, en pleno ejercicio de su libertad de empresa, de aquellos que requerían previamente de una concesión por parte del Gobierno para poder ser explotados económicamente, llevó a estos autores a distinguir entre dos clases de servicios públicos: los **propios** y los **impropios**.

Esta distinción, que tuvo origen en Italia, atribuía la calificación de **impropios** a aquellos servicios que, para ser prestados por el sector privado, requerían someterse solamente a determinadas normas y disposiciones reglamentarias emitidas por el Gobierno, que velaban por la salud y la seguridad de los usuarios, así como por el respeto a los derechos del consumidor.

En consecuencia, señalaba Marienhoff, los **servicios públicos improprios** eran tales por naturaleza y dado su carácter objetivo no requerían ser calificados ni reconocidos como tales por el Gobierno, sino que eran prestados libremente por los particulares en observancia de la reglamentación correspondiente. Tal era el caso de los taxis, las farmacias, las panaderías, etcétera; que constituían servicios públicos en tanto se trataba de servicios brindados al público. El carácter de servicio público de todas estas actividades, precisaba Marienhoff, “(...) es virtual u objetivo. Comprobada la existencia de la actividad, queda simultáneamente acreditada la existencia del respectivo servicio público impropio”<sup>(32)</sup>.

Por otro lado, se identificaba como **propios** a aquellos servicios que, al igual que los **impropios**, eran

(29) ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 338.

(30) CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.

(31) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 21.

(32) *Ibid.*; p. 40.

servicios prestados al público pero que, por alguna u otra razón, los gobernantes habían decidido que fuesen prestados directamente por ellos o por medio de concesionarios. En tal sentido, afirmaba Marienhoff, “(l)os servicios públicos propios son los que (el Gobierno) presta, directa o indirectamente, por así haberlo decidido o resuelto para satisfacer una necesidad o un interés general(...)<sup>(33)</sup>. De esta manera, aunque no lo diga así el autor, sólo los servicios propios responderían al concepto de servicio público, por medio del cual la doctrina identifica a aquellos servicios que requieren de una concesión gubernamental para poder ser explotados económicamente en el mercado.

Evidentemente, denominar servicios públicos a toda clase de servicios prestados a la población y pretender distinguir a los mismos en propios, según requiriesen de una concesión gubernamental para su explotación económica; e impropios, según fuesen realizados en ejercicio pleno de la libertad de empresa, supuso un fuerte rechazo de un amplio sector de la doctrina que no veía en aquella distinción más que una diferenciación ambigua y confusa entre dos tipos de servicios que no podían por ningún motivo ser signados bajo el mismo nombre.

Y es que claro, vistos solamente como servicios brindados al público, no existe diferencia alguna entre un tipo de servicio y otro por cuanto ambos son prestados a un público determinado. Sin embargo, la necesidad de distinguir entre aquellos servicios que requerían de una concesión por parte del Gobierno para su prestación, de aquellos que podían ser prestados por el sector privado en ejercicio pleno de su libertad de empresa, ha llevado a que el concepto de servicio público propio no aluda más que al concepto de servicio público tradicional, y que el concepto de servicio público impropio no sea considerado como un servicio público propiamente dicho, sino tan sólo como una actividad sometida al régimen de libre mercado y de libertad de empresa.

En efecto, no obstante la calificación que puedan recibir estas actividades de parte de cierto sector de la doctrina, debe quedar claro que estos últimos no son servicios públicos y que no conviene atribuirles dicha denominación. Se trata de actividades fundamentalmente privadas que, no obstante estar dirigidas al público general y revestir de un importante interés para la sociedad, son desarrolladas solamente bajo el papel regulador del Gobierno y no requieren de una concesión.

Frente a la amplia diversidad de criterios con los cuales se buscaba justificar el sometimiento de determinadas actividades al régimen de los servicios públicos -un régimen eminentemente concesional- y ante la falta de consenso en la doctrina y en la legislación de los Estados por encontrar una fórmula que permitiese encontrar qué servicios debían ser sometidos a un régimen concesional del Gobierno, y qué servicios debían ser dejados a la libre actividad empresarial del sector privado, hubo algunos autores que se atrevieron a negar toda utilidad conceptual del servicio público.

En este sentido, determinar qué actividades pueden ser prestadas libremente por el sector privado y las que requieren contar necesariamente con una concesión gubernamental para poder ser prestadas en el mercado, constituye una tarea fundamental en la organización económica de cada Estado. En razón de ello, la importancia del concepto de servicio público no puede ser negada ni relegada a un segundo plano, por cuanto son los límites que enmarcan el contenido conceptual de dicho término los que permitirán distinguir entre un tipo de actividad y otra.

Cabe señalar que los fallidos intentos de la doctrina por intentar hallar un criterio para distinguir entre aquellas actividades que deben calificar como servicios públicos de aquellas que deben ser libradas a la actividad empresarial del sector privado, no pueden servir de excusa para negar la utilidad conceptual del servicio público, y definir con él a aquellos servicios que requieren ser prestados bajo un régimen concesional.

En consecuencia, considerando que el sometimiento a una concesión gubernamental para explotar económicamente una actividad en el mercado, supone siempre una restricción a la libre iniciativa privada reconocida constitucionalmente, se hace necesario encontrar un criterio que permita identificar, objetivamente, aquellos casos en los cuales el otorgamiento de esta concesión se justifica y resulta necesario al interior del ordenamiento jurídico que regula nuestro sistema de organización económica.

### **3. El servicio público en el Derecho peruano.**

Según hemos visto, el servicio público no es un concepto que pueda generalizarse, sino que requiere definirse a partir del ordenamiento jurídico económico propio de cada Estado. Ahora bien, siendo el servicio

(33) Ibid.; p. 39.

público un elemento restrictivo de la libertad de empresa, por cuanto en virtud de este calificativo el Gobierno cuenta con la potestad de determinar el acceso al mercado para la prestación de un determinado servicio, el criterio para determinar qué debe ser un servicio público al interior de nuestro régimen económico debe ser lo más objetivo posible, a fin de delimitar al máximo esta facultad gubernamental.

En este sentido, el criterio para identificar las actividades que pueden calificar como servicios públicos en el Perú, debe partir de nuestro régimen económico constitucional actualmente vigente, así como de la concepción moderna del servicio público que entiende a éste como toda actividad susceptible de ser explotada económicamente, respecto de la cual el Gobierno cuenta con la facultad discrecional de conceder o no su explotación económica en el mercado.

### 3.1. El régimen constitucional económico peruano.

El sistema de organización económica peruano se encuentra fundamentado en un modelo económico social de mercado, dentro del cual la libre iniciativa privada constituye el motor principal de la economía y la libertad de empresa una pieza esencial para el desarrollo de la misma.

En este orden de ideas, se reconoce que el mercado es el medio más adecuado para organizar el proceso de toma de decisiones económicas -muy por encima de cualquier intento de planificación- por cuanto en él se tiende a maximizar la producción de los recursos que demanda la sociedad, respetando en todo momento la libertad para el ejercicio de los derechos individuales. Tal y como afirma Hartwig: “(e)l elemento central es la idea de que sólo un ordenamiento de mercado, con competencia en todos los mercados y con libre observancia de precios, permite el mejor abastecimiento de todos los agentes del mercado y por ello también fomenta el bienestar general”<sup>(34)</sup>.

Sin embargo, se reconoce también que un mercado, por más eficiente y competitivo que sea, no alcanza a lograr por sí solo el bienestar y la justicia social que toda sociedad anhela. Por tanto, en una economía social de mercado, se le atribuye al Gobierno la función de corregir los resultados del mercado, en aras de mantener un mínimo de bienestar general sin atentar contra los mecanismos mediante los cuales funciona éste. En este

sentido se afirma que: “(...) el Estado debe velar por el funcionamiento de esta economía de mercado, porque se observen las reglas de juego, no sólo en el ámbito del mercado, sino también en el ámbito social (...)”<sup>(35)</sup>.

De este modo, la intervención gubernamental en una economía social de mercado debe limitarse a cuidar el orden del mercado y proteger a los agentes que en él intervienen de abusos irregulares; a establecer políticas de equilibrio social mediante políticas tributarias y laborales, es decir, mediante una redistribución equitativa de los ingresos fiscales y mediante el reconocimiento de beneficios laborales a los trabajadores; y, finalmente, a la realización actividades asistenciales que garanticen a la población un mínimo de seguridad y bienestar en campos como la salud, la educación, la vivienda y la alimentación. Más precisamente, señala Ramón Entrana Cuesta, “(...) en un orden de economía social de mercado, el (Gobierno) debe garantizar la capacidad de competencia en el mercado, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado y ordenando, completando y fomentando la competencia; debe actuar en el proceso de distribución mediante una política de rentas y patrimonio; debe actuar en el campo coyuntural para dar constancia a los procesos económicos; debe intervenir con actuaciones estructurales en aquellas actividades que no puede acometer el sector privado; y debe realizar una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado”<sup>(36)</sup>.

Dentro de este marco, un sistema económico social de mercado se rige por principios liberales propios de una economía capitalista, tales como (i) la libre iniciativa privada, que permite al sector privado desarrollar en el mercado las actividades económicas de su preferencia; y, (ii) la actividad empresarial subsidiaria del Gobierno, en virtud de la cual el Gobierno debe limitarse a intervenir en aquellos sectores en los que el sector privado carezca de interés, o le resulte imposible.

### 3.2. Una nueva tesis de distinción.

Considerando los antecedentes expuestos hasta aquí, es posible, ahora sí, desarrollar una tesis que permita distinguir a aquellas actividades respecto de las cuales el Gobierno cuenta con la facultad discrecional de conceder o no su explotación económica en el mercado, de aquellas actividades que pueden ser

(34) HARTWIG y otros. *Economía Social de Mercado*. Lima: Universidad del Pacífico, 1991. p. 30.

(35) *Ibid.*; p. 30.

(36) ENTRENA CUESTA, Ramón. *Op. cit.*; p. 155.

prestadas libremente por el sector privado sin restricciones discrecionales de ningún tipo.

En nuestra opinión, ninguno de los criterios formulados por la doctrina hasta el día de hoy, constituye un elemento objetivo de determinación de aquellas actividades susceptibles de ser consideradas como servicios públicos en una economía como la nuestra. Ya hemos visto que criterios como el interés general en la prestación del servicio; la necesidad colectiva en la realización de una determinada actividad; el carácter esencial de determinadas actividades; la obligatoriedad en la prestación del servicio; la presencia de monopolios naturales; o, la prestación pública del servicio, constituyen en su integridad criterios fallidos que adolecen, todos y cada uno de ellos, de defectos y debilidades que no permiten precisar con exactitud las actividades que deben ser calificadas como servicios públicos al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, el concepto del servicio público sigue siendo empleado en nuestra legislación bajo distintas acepciones, sin que exista una idea clara ni unívoca de lo que debe entenderse por tal concepto. Ello constituye un problema de actualidad crucial, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de muchos otros Estados, puesto que se está legislando en forma particular, sobre un área que no ha podido ser particularizada conceptualmente.

Creemos, por tanto, necesario que toda referencia subjetiva al concepto de servicio público sea descartada de plano, y se objetivice al máximo el significado de tal concepto, en tanto se trata de un instrumento que permite al Gobierno restringir el acceso de los particulares al mercado, amparado en un criterio discrecional.

De esta manera, haciendo a un lado todo criterio subjetivo para identificar las actividades que deben calificar como servicios públicos, somos de opinión que el único motivo que justifica el sometimiento de una determinada actividad al otorgamiento previo de una concesión gubernamental dentro de un sistema económico como el peruano, debe estar restringido a aquellas actividades cuyo acceso al mercado se encuentra restringido por razones de índole técnico-económico.

En efecto, la gran mayoría de actividades que se desarrollan en el mercado son de libre acceso, por cuanto no existen impedimentos que determinen una restricción discrecional del Gobierno para su prestación. Esta es la situación de una inmensa gama de actividades que son realizadas por el sector privado en ejercicio de su libertad de empresa, y que permiten su prestación en el mercado en condiciones de competencia. Así ocurre con



las panaderías, los supermercados, las farmacias, los grifos, las clínicas, los colegios, los bancos, las empresas de seguros, las administradoras privadas de fondos de pensiones, entre muchas otras. Cualquier privado que intente incursionar en el mercado de estas actividades es libre de hacerlo, siempre que cumpla con la normativa legal vigente, y con las condiciones reglamentarias exigidas por el gobierno para velar porque dichos servicios no atenten contra la seguridad, la salud o la vida de las personas, ni contra sus demás derechos fundamentales.

Sin embargo, existen otras actividades en las cuales el ingreso al mercado no es libre y se encuentra restringido. Se trata de actividades en las cuales el mercado en que se desarrollan falla, y no permite el libre acceso de particulares dispuestos a competir. Es el caso de servicios que requieren de grandes infraestructuras para realizar actividades como de saneamiento, construcción ferroviaria, transmisión y distribución de electricidad, entre otras, cuya concurrencia en el mercado a través de dos o más empresas no resulta económicamente viable; servicios que requieren del espectro radioeléctrico para operar, tales 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 se encuentra limitado. En todos estos casos, en los cuales existen razones de índole técnico económico que impiden el libre acceso al mercado de los particulares, se hace necesaria la intervención del Gobierno, a fin que sea éste quien determine el número de particulares que pueden ingresar, así como aquellos sobre los que debe recaer la prestación del servicio.

Es así que se justifica el mecanismo de la concesión. Dada la imposibilidad de permitir el libre acceso al mercado a todos los particulares dispuestos a ingresar, se hace necesario que el Gobierno otorgue en concesión el derecho de ingreso al mercado a quienes considere mejor calificados para la prestación del servicio. Sin embargo, esta necesidad de intervención del Gobierno como entidad encargada de determinar el acceso al mercado del sector privado y otorgar en concesión el derecho para ingresar al mismo, sólo encuentra cabida en aquellos mercados en que razones técnico económicas impiden el ejercicio de la libertad de acceso al mercado con que cuenta el sector privado en nuestro régimen económico constitucional.

En nuestra opinión, estas restricciones de acceso al mercado aparecen, la gran mayoría de las veces, cuando la prestación de una determinada actividad requiere contar con un bien que es de dominio público o de propiedad del Estado, respecto del cual el Gobierno cuenta con facultades de administración y control. Sin embargo, no se trata que la explotación de cualquier bien de dominio público o de propiedad del Estado dé lugar a un servicio para cuya prestación se requiera contar con una concesión gubernamental. El requerimiento de una concesión estará justificada, solamente, cuando existan razones técnico económicas que impidan al sector privado acceder libremente a dichos bienes para el ejercicio de su actividad económica. En tanto el acceso a dichos bienes sea económica y técnicamente posible, y no presente restricciones de acceso, el requerimiento de una concesión sería por demás absurdo y contrario a nuestro sistema económico constitucional.

Ahora bien, cuando la realización de una determinada actividad requiere contar con bienes que van más allá de la esfera del derecho de propiedad privada, como los bienes de dominio público o de propiedad estatal, el Gobierno cuenta con facultades de administración y control que le permiten velar por su adecuada explotación y conservación.

Estas facultades de administración y control con que cuenta el Gobierno, requieren ser entendidas dentro de nuestro sistema económico constitucional, que atribuye a éste la función de estimular la creación de riqueza, crear condiciones de competencia, y actuar empresarialmente sólo de manera subsidiaria. En consecuencia, la administración gubernamental de los bienes de dominio público o de propiedad del Estado, no supone que sea el Gobierno el encargado de su explotación económica, sino que corresponde a éste, solamente, determinar el otorgamiento de concesiones para su explotación económica y velar por la adecuada utilización de estos bienes. En efecto, dentro de un régimen económico social de mercado, corresponde al Gobierno crear las condiciones que sean necesarias para facilitar el acceso al mercado de la mayor cantidad de particulares posibles, promoviendo la competencia entre ellos.

No obstante, es evidente que esta capacidad de creación de condiciones por parte del Gobierno estará siempre limitada por las restricciones técnico-económicas que limitan la explotación del bien de dominio público o de propiedad pública. De este modo, habrá bienes que podrán ser explotados por varios particulares en condiciones competitivas, otros que permitan el acceso de un número limitado y otros que, por razones de eficiencia económica, sólo harán posible la concurrencia de un particular.

Sin embargo, creer que corresponde al Gobierno la prestación de los servicios que requieren contar con bienes dominio público o de propiedad pública para su explotación, constituye un error gravísimo. En una economía social de mercado, el Gobierno debe ser tan sólo un administrador de los bienes de dominio público y de propiedad pública, mas no un explotador económico de los mismos. Su labor de administración debe consistir únicamente en realizar las labores necesarias que permitan a la iniciativa privada encargarse de la explotación económica del bien y establecer un marco normativo que regule la adecuada utilización del mismo en beneficio de la sociedad. De lo contrario, nos encontraríamos frente a un Gobierno gestor de un sinnúmero de servicios, lo cual se ha configurado siempre en la historia como un fracaso económico, político y social.

Es ésta, pues, la labor del Gobierno en el área de servicios públicos y a ello debe abocar su poder gubernamental. Corresponde sólo al Gobierno la titularidad de la administración de los bienes de dominio público y de propiedad pública y determinar si es posible o no su explotación económica mediante

el ejercicio de determinadas actividades que requieran contar con ellos para su prestación.

Atrás debe quedar el resto de criterios empleados por la doctrina fundamentados en el interés general por la prestación de determinadas actividades; en las necesidades colectivas de la población; en la esencialidad de los servicios; en los monopolios técnicos o naturales; en la obligatoriedad de los mismos o en su prestación al público en general. La determinación de los servicios públicos debe fundamentarse única y exclusivamente en razón de la explotación de un bien de dominio público o de propiedad pública que no permita el libre acceso de los particulares para la realización de una determinada actividad económica. En todos los demás casos, el servicio deberá estar librado a la iniciativa privada, manteniendo el Gobierno sólo facultades de orden y regulación, careciendo de justificación alguna para someter al mismo al otorgamiento previo de una concesión.

#### 4. Conclusión.

No obstante lo expuesto hasta aquí, el concepto de servicio público en el Derecho peruano viene siendo utilizado de manera indebida tanto en nuestra legislación como en nuestra doctrina. El uso indebido de este concepto responde a la adopción de diversas teorías y posturas extranjeras, que intentan adecuar el uso de este concepto a sus necesidades jurídico-económicas, en algunos casos muy distantes a la realidad peruana.

La reformulación de este importante concepto en el Derecho peruano debe partir, pues, por distinguir claramente lo que es un servicio público, de lo que debe ser un servicio público. Un servicio público, que quede claro, es un concepto instrumental, que permite al Gobierno contar con la facultad discrecional de conceder o no la explotación económica de una determinada actividad en el mercado. Así, las actividades que no requieran de una concesión del Gobierno, no serán servicios públicos.

El punto de quiebre aparece al tratar de determinar qué actividades deben calificar como servicios públicos o, lo que es lo mismo, qué actividades deben estar sujetas a una concesión gubernamental para poder ser prestadas en el mercado. A nuestro entender, en el Derecho peruano, regido por los principios económicos de libre empresa y subsidiariedad de la actividad empresarial del Gobierno, sólo es posible condicionar el ejercicio de determinadas actividades al otorgamiento previo de una concesión gubernamental, cuando existan razones de índole técnico-económico que lo justifiquen.

Dicha justificación encuentra cabida, solamente, cuando el acceso al mercado al sector privado se encuentra restringido y cuando razones técnico-económicas no permiten el ingreso de particulares que desean competir. En tales casos, la intervención del Gobierno se hace necesaria para determinar las posibilidades de acceso y otorgar en concesión el derecho a ingresar al mercado a quienes considere mejor capacitados para prestar el servicio.

Para nosotros, en la gran mayoría de los casos, son las actividades que requieren contar con bienes de dominio público o de propiedad pública, las que deben estar sujetas al otorgamiento de una concesión, en la medida en que la explotación de dichos bienes por el sector privado resulte restringida por razones técnico-económicas.

Es importante, pues, tener en consideración estas premisas, antes de aventurarse a calificar una determinada actividad como un servicio público. Si el acceso a un determinado mercado es restringido y no permite el libre acceso del sector privado, entonces se requerirá que el gobierno otorgue en concesión el derecho a prestar el servicio, y estaremos ante un servicio público. Si el acceso a un determinado mercado es libre y cualquier particular que cumpla con la normativa legal vigente puede prestarlo, entonces no hay razón que justifique su entrega en concesión, ni su calificación como servicio público. 卐