

EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Jorge Danós Ordóñez*

La importancia de la noción de servicio público en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, es innegable. El servicio público como presupuesto para la calidad de vida y el ejercicio de los derechos fundamentales son dos de las bases de esta premisa. No obstante, si bien el Tribunal Constitucional ha tratado de delimitar las pautas para considerar a una actividad como servicio público, lo cierto es que nuestro ordenamiento no alberga un concepto uniforme de dicha noción.

En el presente artículo, el autor analiza el concepto de servicio público presentando las principales características de las actividades calificadas como tales, así como las consecuencias que genera dicha calificación en el régimen de prestación del servicio, atendiendo a la calidad de servicios esenciales que éstos ostentan.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Ehecopar abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es analizar los fundamentos constitucionales del régimen de los servicios públicos en nuestro país; con tal objeto, pasaremos revista a la jurisprudencia en la que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de los principales aspectos relacionados con los servicios públicos.

II. AUSENCIA DE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL UNIFORME DE SERVICIO PÚBLICO

Es importante tener presente que la Constitución peruana no consagra un concepto unívoco de servicio público. Es evidente que varios de los preceptos que utilizan la noción de servicio público están comprendiendo, bajo la misma denominación, la referencia simultánea a dos conceptos de servicios públicos: (i) algunos de los preceptos se refieren a los servicios públicos como sinónimo de funciones estatales, es decir como una denominación que los identifica genéricamente con el poder público, o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente jurídico que implica el ejercicio o autoridad por parte de las entidades estatales; en cambio, (ii) otros preceptos constitucionales sí utilizan un concepto más moderno de servicio público para referirse a actividades económicas de carácter prestacional, calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por los particulares.

En tal sentido, el artículo 119 de la Constitución, al establecer que la dirección y gestión de los “servicios públicos” están confiadas al Consejo de Ministros y a cada uno de los Ministros en los asuntos que competen a la cartera a su cargo, está utilizando el referido concepto para designar a toda la actividad administrativa o a los servicios administrativos en sentido orgánico, partiendo de una concepción del Estado como un Estado prestador de servicios, de manera similar a la noción de servicio público que se utilizaba en Francia a

comienzos del siglo pasado, pero con la finalidad de justificar el ejercicio del poder por los gobernantes y de discernir la jurisdicción competente para conocer de las controversias contra la administración pública.

Responde al concepto de servicio público de contenido económico que nosotros suscribimos, el artículo 58, ubicado al inicio del Título que regula el régimen económico en la Constitución, que consagra la economía social de mercado y que asigna al Estado el deber de actuar principalmente en determinadas áreas entre las que se encuentra expresamente los “servicios públicos”. Consideramos que es también el caso del artículo 92, cuando establece la incompatibilidad de la función de congresista con la de formar parte de empresas que “prestan servicios públicos”, y del artículo 162, cuando dispone que corresponde a la Defensoría del Pueblo supervisar “la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”¹.

En nuestra opinión, los otros preceptos constitucionales que contienen la noción de servicios públicos la utilizan para referirse simultáneamente a los dos conceptos antes explicados. Tal es el caso del artículo 192, cuando establece que corresponde a los gobiernos regionales fomentar los “servicios públicos de su responsabilidad”, y el numeral 5) del artículo 195, que le otorga competencia a los gobiernos locales para “organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”; preceptos que, conforme se puede comprobar de la lectura de las normas de desarrollo constitucional que regulan el régimen de las citadas instancias de gobierno territorial, emplean la noción de servicio público para referirse a las funciones públicas en general que les compete gestionar (algunas de las cuales tienen carácter prestacional, como es el caso de los servicios de limpieza pública y de saneamiento, entre otros, que reciben el nombre de servicios públicos locales)², pero también a las actividades económicas de servicio público que desarrollan operadores privados en el ámbito estricto de la circunscripción local³.

¹ Precepto constitucional desarrollado por el artículo 30 de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, conforme al cual: “El Defensor del Pueblo tiene competencia para supervisar la actuación de las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas o la prestación de servicios públicos por particulares”.

² La relación de los denominados “servicios públicos locales” obra en el artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; asimismo, el inciso c) de la Ley 27783, Ley de Bases de Regionalización, establece que es competencia exclusiva de las municipalidades “(a) administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local”.

³ Es importante recordar que los incisos j) y h) del artículo 26.1 de la Ley 27783, Ley de Bases de Regionalización establece que la regulación de los servicios públicos y la gestión de la infraestructura pública de carácter nacional son de exclusiva competencia del Gobierno Nacional. También lo establecen los incisos h) e i) del numeral 2) del artículo 4 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

En el presente trabajo, utilizaremos el concepto de servicio público que hemos dado en llamar “de contenido económico”, para referirnos a determinadas actividades económicas, radicado principalmente en el artículo 58 de la Constitución, de manera concordante con el que viene siendo utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que será materia de análisis.

III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Dos aspectos enmarcan el concepto de servicios públicos en la Constitución peruana de 1993. El primero, a título de antecedente, lo constituye la importante transformación del rol del Estado en la economía que se produjo desde comienzos de la pasada década de los 90, caracterizado por la liberalización de actividades económicas para permitir su desarrollo en condiciones de competencia y la transferencia al sector privado de empresas y servicios públicos mediante los procesos de promoción de la inversión privada, reservándose para la administración pública un rol básicamente regulador y supervisor⁴. El texto de la Constitución vigente fue elaborado precisamente cuando se encontraban en pleno desarrollo procesos que tenían por finalidad modificar la gestión de los servicios públicos que se prestaban tradicionalmente a través de empresas estatales, la mayor parte de las veces en régimen de monopolio.

El segundo aspecto importante para entender el contexto en el que se enmarca el concepto constitucional de servicio público en la actualidad, lo constituyen las construcciones que ha elaborado en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho y los postulados del régimen de economía social de mercado que le sirve de soporte⁵, “en el que imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”⁶, en el que se “busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social” y en el que “el Es-

tado emerge como garante final del interés general”, reservándosele respecto del mercado “una función supervisora y correctiva o reguladora”⁷. El valor interpretativo de estas construcciones jurisprudenciales para configurar el concepto constitucional de servicio público se aprecia en mayor medida teniendo en cuenta la escueta redacción de los preceptos que en nuestra Constitución hacen referencia a la noción de servicio público⁸ y lo que, en nuestra opinión, podríamos denominar “reinterpretación” que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre régimen económico consagrado en la Constitución, potenciando los aspectos “sociales” del mismo.

En resumen, para entender plenamente los alcances del concepto de servicio público de contenido económico en la Constitución peruana, debe tenerse presente los citados antecedentes que explican la mutación del rol del Estado en la economía durante la década pasada, cuando pasó de cumplir un rol protagónico mediante la gestión directa de actividades económicas a través de empresas estatales, a desempeñar el papel de regulador de las actividades económicas a título de garante de los intereses de la colectividad, así como también los desarrollos de la jurisprudencia constitucional sobre la forma de Estado y el régimen económico constitucional, que asignan al servicio público un rol instrumental importante para la satisfacción de necesidades públicas esenciales con el objeto de que los particulares obtengan las condiciones materiales indispensables para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE SERVICIO PÚBLICO

A pesar de la deficiencia anteriormente anotada de la carencia de un concepto uniforme de servicio público en la Constitución peruana, consideramos que es posible en este punto intentar aproximarnos a la determinación de un concepto constitucional de servicio público de carácter eco-

⁴ Opina de manera similar: PÉREZ HUALDE, Alejandro. “La raíz constitucional de la protección del usuario de los servicios públicos”. En: AAVV. Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2007. p. 480.

⁵ La jurisprudencia más importante sobre el régimen económico en la Constitución es la STC 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 de noviembre del 2003. Caso Roberto Nesta Brero contra franja tarifaria.

⁶ STC 10063-2006- PA/TC, de fecha 8 de noviembre del 2007. Fundamento jurídico 37.

⁷ STC 00019-2006- PI/TC, de fecha 14 de marzo del 2007. Fundamentos jurídicos 23, 17 y 19.

⁸ A diferencia de otros países de nuestro entorno, cuyas Constituciones consagran preceptos más ricos en su contenido al regular a los servicios públicos. Tal es el caso del artículo 42 de la Constitución Argentina a partir de la reforma aprobada en 1994 y los artículos 365 (“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...)”) al 370 de la Constitución Colombiana de 1990.

nómico que sirva de punto de partida para los análisis posteriores de sus principales elementos configuradores.

La doctrina del Derecho administrativo ha sido pródiga en aportar realmente numerosas definiciones no necesariamente con un significado unánime que, sin embargo, deben interpretarse teniendo en cuenta el momento histórico y el contexto jurídico-legislativo propio de los países en los que escriben los distintos autores.

No obstante la parquedad de los preceptos constitucionales nacionales que se refieren a los servicios públicos, su consagración en el artículo 58 tiene un significado muy importante porque le asigna los siguientes caracteres: (i) se trata de actividades diferentes a las de promoción del empleo, salud, educación, seguridad e infraestructura, que constituyen cometidos estatales también contemplados en el citado precepto; (ii) son actividades que, por su trascendencia para la vida social, justifican que se le encargue al Estado "actuar" preferentemente en materia de servicios públicos, precisamente por mandato del mismo precepto que consagra la economía social de mercado, en un régimen que reconoce la primacía de la libre iniciativa privada en la economía y que señala como rol del Estado orientar el desarrollo del país, con la finalidad de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de las personas; (iii) en principio, deberían ser prestados por empresas privadas, por aplicación del artículo 60, que consagra la regla de la subsidiariedad del Estado en la actividad económica, de modo que éste sólo puede desarrollar actividad empresarial en los sectores en los que no haya oferta privada o, aún existiendo dicha oferta, ella resulte insuficiente (lo que indica que el rol del Estado no consiste necesariamente en prestar directamente los servicios públicos, sino en la obligación de crear las condiciones para asegurar su efectiva prestación a todos los ciudadanos).

De lo expuesto se concluye preliminarmente que en la Constitución los servicios públicos refieren a actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador

de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente.

Ya en el plano legal, conforme lo ha constatado el propio Tribunal Constitucional⁹, nuestro ordenamiento jurídico-administrativo no contiene una definición general del concepto de servicio público, porque el desarrollo del régimen legal del mismo se ha realizado mediante diversas leyes que atienden las especificidades de cada tipo de servicio público en función a las características de cada industria, como sucede en el caso de las telecomunicaciones, energía y saneamiento, entre otros servicios públicos. Sin embargo, como veremos más adelante, la revisión del régimen legal de los diferentes servicios públicos permite encontrar postulados comunes que se derivan del marco constitucional y de la naturaleza misma de tales actividades que responden a fines de interés general y que ayudan a configurar una definición más precisa del concepto de servicio público.

V. REQUISITOS PARA CALIFICAR UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) uno de carácter material, que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que debe tratarse de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El carácter esencial es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos. Sólo pueden recibir esta calificación aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país.

⁹ Dice el Tribunal: "(...) nuestro ordenamiento no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público (...)". STC 00034-2004-PI/TC, de fecha 15 de febrero de 2005. Caso medio pasaje. Fundamento jurídico 37.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en su jurisprudencia que los servicios públicos constituyen “actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país”, de “especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas” y que tienen una “naturaleza esencial para la comunidad”¹⁰.

La determinación de las actividades económicas que merecen ser calificadas como servicios públicos depende de la valoración de su carácter esencial, vital o básico en cada época; puede comprender a toda la actividad o a sólo una modalidad o parte de ella (determinadas fases de la industria eléctrica y no toda); en tal sentido, es importante tener en claro que si bien el carácter esencial o indispensable para la colectividad constituye requisito constitucional para que una actividad pueda ser calificada como servicio público, nuestro régimen constitucional no exige imperativamente que todas las actividades que participen de las características anotadas tengan que ser necesariamente caracterizadas por el legislador como servicios públicos, porque en función del contexto político-económico, los poderes públicos pueden optar por otras soluciones que permitan que las actividades en cuestión puedan ser realizadas en el mercado por agentes económicos privados en condiciones de competencia. En igual medida, los poderes públicos pueden disponer la despublificación de una actividad o parte de ella, cuando ya no consideren necesario mantener la caracterización de una actividad como servicio público porque se estima que los intereses públicos en juego pueden ser atendidos sin necesidad de recurrir a la técnica de los servicios públicos.

En cuanto al segundo requisito, referido a la formalidad que debe adoptarse para la calificación de una actividad económica como servicio público, existe consenso en nuestro país de que se requiere una declaración por norma legal, condición que viene tácitamente impuesta por la necesidad de que sea el legislador quien determine el carácter esencial o no para la colectividad de una actividad, a la vez que establezca el régimen jurídico específico para cada tipo de servicio público.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que si bien nuestro ordenamiento jurídico “no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales” (servicios pú-

blicos), la determinación de qué actividades económicas califican dentro del mismo “resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular”, generando para el Estado una tarea especial de promoción y aseguramiento, lo que a su vez permite apreciar “la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto”¹¹.

La necesidad de que la calificación de servicio público sea declarada por vía legal y la condición se trate de prestaciones esenciales para la colectividad, constituyen requisitos indispensables para que una actividad económica pueda ser caracterizada como servicio público. La carencia de cualquiera de estas notas tipificantes establecidas por la Constitución podría ser cuestionada mediante los mecanismos de control jurisdiccional de la supremacía constitucional (proceso de inconstitucionalidad, etcétera).

VI. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE UNA ACTIVIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

Calificada una determinada actividad económica como servicio público por el legislador, se generan dos consecuencias importantes que pasaremos a analizar:

A. Titularidad estatal

De un lado, el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que la asunción de titularidad sólo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público. De ahí que aunque la titularidad del servicio público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del servicio público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares.

¹⁰ Ibid. Fundamentos jurídicos 40 y 41.

¹¹ Ibid. Fundamento Jurídico 37.

En la doctrina del Derecho administrativo, existe debate acerca de la titularidad estatal de los servicios públicos, también conocida como la *publicatio* de la actividad, porque constituye la nota distintiva para la concepción tradicional de los servicios públicos, que enfatiza el criterio orgánico o subjetivo a la hora de definirlos como actividades de carácter esencialmente estatal y en consecuencia sujetas a un régimen exorbitante de derecho público con fuerte intervención por parte del Estado.

Los que postulan un concepto opuesto, se afilian a una concepción que denominan material o sustantiva de los servicios públicos, conforme a la cual lo característico de estas actividades no reside tanto en la titularidad estatal de las mismas, sino en su carácter esencial o necesario para satisfacer las necesidades primordiales de la colectividad. En la doctrina administrativa de los servicios públicos, se tiende a reconocer que esta concepción material o sustantiva de los servicios públicos es superadora de la concepción tradicional de carácter subjetivo, porque se adecua en mayor medida a los parámetros de una economía social de mercado en la que la gestión de las actividades por mandato del principio de subsidiariedad debe fundamentalmente estar a cargo de empresas privadas, que actúen en un régimen de competencia para brindar mejores prestaciones a los usuarios.

En nuestra opinión, asumir que nuestro régimen constitucional se adhiere a la tesis de la titularidad estatal de los servicios, no resulta reñido con la concepción material o sustantiva de los mismos, porque aun cuando el artículo 58 de la Constitución señala que el Estado está obligado a actuar principalmente en las actividades de servicios públicos, no se deriva de dicho precepto que la consecuencia necesaria de la *publicatio* de una actividad implique reserva alguna a la gestión pública directa o monopólica de la misma.

Baldo Kresalja señala respecto del régimen constitucional de los servicios públicos en el Perú que: "(...) debe tenerse presente que no se suprime la *publicatio* como nota central, porque ello no implica nada más la incorporación una actividad estatal al sistema del Derecho Público,

la que por decisión estatal se sujeta a potestades administrativas especiales y que se encuentra limitada por los principios de subsidiariedad y libertad de empresa constitucionalmente incorporados. La incorporación de la competencia económica en la gestión de la mayoría de los servicios públicos económicos no hace en lo absoluto necesario abandonar la *publicatio*, pues resulta indispensable seguir distinguiendo entre los servicios públicos y las actividades de interés público (...)"¹².

Una primera consecuencia de que una actividad económica sea calificada como servicio público es que el Estado asume la responsabilidad de garantizar la prestación de la misma mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo, preferentemente a cargo de operadores privados. En un régimen constitucional propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, que consagra la economía social de mercado, la responsabilidad del Estado respecto a los servicios públicos de contenido económico y de carácter prestacional se justifica en la obligación asignada al Estado de generar las condiciones materiales indispensables que permitan a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos.

En tal medida, la responsabilidad del Estado peruano en los servicios públicos no consiste necesariamente en prestar directamente la actividad, sino en generar las condiciones; es decir, establecer el marco institucional, para asegurar que los servicios públicos sean proporcionados a los ciudadanos y que puedan ser desarrollados por operadores privados que accedan a la actividad en virtud de títulos habilitantes como los contratos de concesión.

Como bien señala Alejandro Uslenghi: "la consecuencia inmediata de la *publicatio* es la responsabilidad del Estado por la prestación de la actividad que ha calificado como servicio público. Si la actividad calificada como tal es de aquellas *necesitadas* para toda la comunidad, que hacen a la calidad de vida indispensable que es necesario atribuir a todos o gran parte de los

¹² KRESALJA, Baldo. "El rol del Estado y la gestión de los servicios público". En: THEMIS-Revista de Derecho 39. Lima. 1999. p. 96. Participa de la misma opinión Diego Zegarra Valdivia, para quien "(...) la noción de servicio público en el Perú tiene como soporte principal el elemento de la titularidad estatal del servicio, de manera que es el Estado –a través del legislador– el que tiene la capacidad de determinar si se establece una reserva a su favor para la gestión de una determinada actividad". ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "El Servicio Público. Fundamentos". Lima: Palestra. 2005. p. 350.

individuos que integran la nación, al asumir la titularidad el Estado se hace *responsable* de su cumplimiento. Gestionará esta actividad a través de medios propios o la pondrá a cargo de particulares por “delegación” pero nunca podrá prescindir de su obligación de asegurar la prestación a la comunidad”¹³.

Sobre el tema, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado con claridad que: “(...) **hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio**, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”¹⁴ (el resaltado es nuestro).

Para el referido alto Tribunal, el rol fundamental del Estado en el régimen constitucional de los servicios públicos no es realizar directamente la actividad, porque su gestión puede ser delegada a los particulares mediante las vías previstas legalmente (concesión); corresponde más bien al Estado asumir la responsabilidad de facilitar su prestación con el objeto de asegurar la satisfacción de las necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común, de tal manera que la prestación por empresas particulares no afecta la obligación del Estado, ya que según el Tribunal Constitucional, “(...) ello no le resta capacidad de intervención, pues **la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población**”¹⁵ (el resaltado es nuestro).

B. Sujeción a un determinado régimen de carácter público

La segunda consecuencia importante de la declaración formal de una actividad como servicio

público, ya no en función del Estado, sino respecto de la actividad misma, lo constituye la aplicación de un régimen jurídico especial de carácter público que determina las potestades del Estado y los derechos de los prestadores del servicio, con la finalidad de asegurar el suministro de las citadas prestaciones esenciales que satisfacen necesidades primordiales de la sociedad.

La especificidad del servicio público respecto de cualquier otra actividad económica reside no sólo en su carácter esencial para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas, sino también en su sujeción a una disciplina normativa especial, que como dice la profesora Elisenda Malaret, “impone unas reglas distintas del derecho propio de las actividades de los particulares”¹⁶, sin obviar, claro está, los principios esenciales y las libertades económicas consagradas en la Constitución.

Desde esta perspectiva, el servicio público puede ser concebido como una modalidad o técnica de intervención del Estado en la economía, con la finalidad de asegurar la realización de prestaciones esenciales para la comunidad, mediante la aplicación de un régimen jurídico especial a determinadas actividades económicas, que está en gran parte resumido en un conjunto de principios que disciplinan la gestión del servicio por los operadores y que correlativamente implica otorgar potestad al Estado para que ejerza las funciones públicas de regulación, control y supervisión de su cumplimiento.

Conforme señala el profesor Juan Carlos Cassagne, la declaración por ley de una actividad económica como servicio público, también denominada *publicatio*: “(...) no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema de derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad estatal se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial”¹⁷.

En nuestra opinión, el servicio público también puede ser entendido como un régimen normativo especial, aplicado a determinadas actividades

¹³ USLENGHI, Alejandro. “El servicio público como categoría constitucional”. En: CASSAGNE, Juan Carlos (director). Servicio Público y Policía. Universidad Católica Argentina El Derecho. Argentina: Editorial Universitas. 2006. p. 30.

¹⁴ STC 00034-2004-PI/TC. Op. cit. Fundamento jurídico 41.

¹⁵ Ibid. Fundamento jurídico 42.

¹⁶ MALARET, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”. En: Revista de Administración Pública 145. Madrid. 1998. p. 64.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Servicio Público en el campo de la contratación administrativa” En: CASSAGNE, Juan Carlos y Gaspar ARIÑO ORTIZ. “Servicios Públicos, Regulación y Renegociación”. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexos Abeledo-Perrot. 2005. p. 61.

expresamente calificadas por el legislador por su carácter esencial para la satisfacción de las necesidades públicas indispensables para la colectividad, que se resume en un conjunto de principios que constituyen fuentes de obligaciones jurídicas para los prestadores o gestores de los servicios y simultáneamente potestades para las entidades estatales encargadas de velar por su cumplimiento. Señala al respecto Luis Miguez Macho: "El servicio público aparece así como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder Público en un momento histórico dado"¹⁸.

VII. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Existe consenso en la doctrina de Derecho administrativo en la identificación precisa de los principios que determinan las características fundamentales del régimen jurídico especial aplicable a los servicios públicos, sin perjuicio de los desarrollos concretos que se pongan de manifiesto en la normativa legal que regula cada uno de los mencionados servicios: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación debido al carácter indispensable de los mismos; (iii) regularidad que comprende la sujeción del prestador a las reglas del servicio y a los estándares de cantidad y cantidad exigidos, y (iv) adaptabilidad a las evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios.

Los referidos principios que se derivan de la propia naturaleza esencial de los servicios públicos han sido recogidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"(...) existen una serie **de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público** y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

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

- c) Su naturaleza **regular**; es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de **igualdad**"¹⁹ (el resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, aunque el Tribunal Constitucional refiere a los citados principios como elementos caracterizadores de una actividad como el servicio público, que justifican el tratamiento constitucional de dicho tipo de actividades, no resulta claro si para el Tribunal los principios antes mencionados derivan directamente de la propia norma constitucional. Es indudable que algunos de los citados, como es el caso del principio de igualdad o generalidad, tiene fundamento en la consagración de la igualdad como derecho constitucional, los otros, como es el caso de los principios de continuidad y de regularidad, encuentran sustento en la propia naturaleza esencial de los servicios públicos como actividades prestacionales de contenido económico indispensables para satisfacer las necesidades primordiales de las personas consagradas por la Constitución, y en el precepto constitucional que garantiza los derechos de los usuarios, conforme a los desarrollos realizados por la jurisprudencia constitucional. Resulta menos nítido el fundamento constitucional del principio de mutabilidad o adaptabilidad a las condiciones técnicas que no ha sido referido en la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Los principios de los servicios públicos son caracterizados por la profesora Elisenda Malaret²⁰ como "fuentes de obligaciones jurídicas", susceptibles "(...) a la vez, de derechos y obligaciones tanto en relación a los usuarios como al organismo encargado de la gestión del servicio público de que se trate (...). Las obligaciones que gravan a la Administración y al gestor del servicio público son la contrapartida directa de los derechos de los que los usuarios se pueden prevalecer".

Señala también la citada autora que si bien los principios de los servicios públicos "(...) le imponen en el marco de todos los servicios públicos, también lo es que la intensidad de su aplicación no es necesariamente uniforme".

La concreción de estos principios, que caracterizan el régimen jurídico especial al que están sometidas

¹⁸ MIGUEZ MACHO, Luis. "Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios". Barcelona: Cedecs. 1999. p. 106.

¹⁹ STC 00034-2004-PI/TC. Op. cit. Fundamento jurídico 40.

²⁰ MALARET, Elisenda. Op. cit. p. 67.

las actividades calificadas como servicios públicos, está desarrollada en las normas sectoriales de los servicios públicos, atendiendo a sus especiales características técnicas y económicas. También son recogidos de manera expresa o con carácter implícito en los contratos de concesión en calidad de reglas que disciplinan la gestión de los operadores privados, para garantizar su cumplimiento. Por tanto, se puede afirmar que tanto las regulaciones de los servicios públicos, como los contratos de concesión contienen los mecanismos y reglas que garantizan la efectividad de los citados principios.

Como ya se ha dicho, estos principios: (i) generan obligaciones para las empresas prestadoras; (ii) le confieren potestades al Estado para regular y supervisar la correcta prestación de los servicios públicos con la finalidad de garantizar su acceso a los ciudadanos en atención al carácter esencial de los mismos, y (iii) correlativamente les otorga derechos a los usuarios para el disfrute de tales prestaciones, pero también para exigir de las entidades estatales el correcto y oportuno ejercicio de los poderes conferidos para garantizar las prestaciones.

Aunque no es el propósito de este trabajo realizar un desarrollo exhaustivo de los alcances de los citados principios, consideramos necesario efectuar una síntesis que permita explicar el rol que cumplen en la configuración del régimen constitucional de los servicios públicos:

A. El principio de igualdad o generalidad

Tiene dos manifestaciones: (i) se expresa en la obligación de las empresas operadoras de contratar con toda persona que requiera la prestación de la actividad sin distinción alguna, siempre que esté dispuesta a aceptar las condiciones generales establecidas para el disfrute del servicio, tarea que constituye una obligación para las empresas operadoras y correlativamente la consagración de un "derecho de acceso al servicio" por parte de los interesados, y (ii) que el contenido de la relación contractual sea idéntico para cada una de las categorías de usuarios establecidas; es decir, que a los particulares se les

dispense igual tratamiento, sin discriminación, salvo que se funden en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario.

Dice Francisco José Villar Rojas²¹ que el referido "derecho de acceso al servicio" constituye un derecho subjetivo y por tanto, exigible mediante las vías previstas legalmente, en los términos que establezcan las normas que regulan la actividad de las empresas operadoras, o los respectivos contratos de concesión y siempre que el particular cumpla las condiciones que para ser usuario se establezcan legalmente.

B. El principio de continuidad

Implica la obligación de proporcionar el servicio sin interrupciones en atención al carácter esencial de las prestaciones involucradas que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades colectivas primordiales y la generación de las condiciones materiales mínimas que hacen posible el desarrollo de cada persona individualmente considerada, lo que determina que el servicio deba prestarse en forma perenne.

Dice José Luis Villar Ecurra²² que el principio de continuidad puede admitir concreciones diferentes según el tipo de servicios públicos de los que se trate, porque existen servicios en los que la prestación debe ser constante y perenne, sin paros ni cortes de ningún tipo, tales como la prohibición de agua potable, electricidad, etcétera; pero también existen prestaciones de imposible prestación continúa, como sucede con el transporte público aéreo o terrestre, en los países que caracterizan a dichas actividades como servicios públicos.

Al respecto, Diego Zegarra²³ confirma que el principio de continuidad "no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una escala de la continuidad, según la naturaleza de los servicios y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos".

Las técnicas de protección de la continuidad son variadas y están consagradas en marcos legales incluso ajenos al específico de los servicios

²¹ VILLAR ROJAS, Francisco José. "Privatización de servicios públicos". Madrid: Tecnos. 1993. p. 255. Señala también que el derecho de acceso se pregona respecto de un servicio organizado y en funcionamiento porque en el derecho español se entiende que "ningún particular pueda reclamar la ampliación del mismo, en vía jurisdiccional, por ser ésta una decisión discrecional de la Administración".

²² VILLAR ESCURRA, José Luis. "Servicio Público y Técnicas de Conexión". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1980. p. 211.

²³ ZEGARRA, Diego. "El Servicio Público. Fundamentos". Lima: Palestra. 2005. p. 59.

públicos: tal es el caso de las normas laborales, que prohíben la huelga en los servicios públicos²⁴, y de las penales²⁵; normas que tienen en común la garantía del principio de continuidad, que en términos de Sala Arquer²⁶, caracteriza a una actividad que por ser de vital y objetiva esencialidad no debe interrumpirse.

C. El principio de regularidad

Este principio significa que los operadores deben realizar las prestaciones a su cargo con sujeción a los modelos o estándares de calidad del servicio que hayan sido establecidos para su funcionamiento, ya sea en los respectivos marcos regulatorios o en los contratos de concesión, con la finalidad de garantizar la calidad de las prestaciones.

El objetivo del principio de regularidad es que los usuarios no deben perjudicarse, ni las necesidades colectivas verse insatisfechas, por circunstancias anómalas o disfuncionales imputables al operador que determinen deficiencias o el mal funcionamiento de las prestaciones que forman parte del servicio público.

D. El principio de mutabilidad o adaptabilidad a las condiciones técnicas

Implica la obligación para los gestores de prestar los servicios en las mejores condiciones técnicas posibles, incorporando las innovaciones tecnológicas propias del progreso del servicio para que las prestaciones suministradas a los usuarios respondan a un nivel óptimo de satisfacción de los intereses de la colectividad.

²⁴ Artículos 82 a 84 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, conforme al cual cuando una huelga afecte los "servicios públicos esenciales", corresponde a los trabajadores en conflicto "garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan".

²⁵ El artículo 283 del Código Penal tipifica las conductas de quienes entorpezcan el normal funcionamiento de los servicios públicos.

²⁶ ARQUER, Sala. "El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el derecho español". Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1977. p. 79.