

El Nuevo Servicio Público en la Constitución Peruana

Giancarlo Torres Toledo¹

Alumno del 6º Año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: **I.- ORIGEN Y EVOLUCION DEL SERVICIO PÚBLICO.** **A)** El Servicio Público como Actividad, **B)** El Servicio Público como Concepto: **1.-** La Escuela de Toulouse o de la puissance publique; **2.-** La Escuela de Burdeos; **3.-** La doctrina norteamericana de las Public Utilities. **II.- LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LA DESPUBLIFICACIÓN O HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.** **III.- EL SERVICIO PÚBLICO.** **A)** Noción, **B)** Clases de Servicios Públicos, **C)** Elementos del Servicio Público, **D)** Diferencias entre el Servicio Público y otros conceptos: **1.-** El Servicio Público vs. La Función Pública; **2.-** El Servicio Público vs. La Gestión Económica; **3.-** El Servicio Público vs. El Servicio Público Impropio o Virtual; **4.-** El Servicio Público vs. El Servicio Público Social. **IV.- EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO.** **V.- EL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCION PERUANA.** **VI.- PROPUESTAS DE REFORMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA FIDELIDAD A LA CONSTITUCIÓN.** **VII.- CONCLUSIONES.** **VIII.- BIBLIOGRAFÍA.**

Palabras Claves:

Servicio Público, Despublificación, Constitución económica, regulación, *public utility*

¹ Miembro del Taller de Derecho Administrativo "Eduardo Lafferriere" (TADAEL).

RESUMEN:

La historia del concepto Servicio Público está llena de crisis. Hoy presentamos un nuevo concepto de Servicio Público en el que los elementos tradicionales como la publicatio, la reserva de ley, la prestación monopólica o la titularidad estatal son eliminados al amparo de una interpretación antojadiza del Principio de Subsidiariedad y la Economía Social de Mercado, promoviendo lo que Gaspar Ariño llamó «la locura liberal». Nosotros asumimos una postura crítica de esa interpretación y formulamos algunas propuestas al respecto.

I.- ORIGEN Y EVOLUCION DEL SERVICIO PÚBLICO

Como bien apunta Mairal, tres circunstancias caracterizan el Servicio Público: la teoría jurídica, la ideología y un enfoque adjetivo². Por otro lado, Santamaría Pastor ha señalado que el Servicio Público puede ser analizado desde una perspectiva material histórica y como un concepto³. Seguiremos aquí la metodología propuesta por el profesor español.

A) El Servicio Público como actividad

Durante el absolutismo no se conoció la noción de Servicio Público sino únicamente la actividad de Policía. Posteriormente, consecuencia del mercantilismo y el iluminismo⁴ el Estado decide incentivar la actividad empresarial de los privados a través de la actividad de Fomento⁵.

Resulta especialmente interesante la trascendencia del concepto de Daseinvorsorge en virtud del cual se explica cómo en el siglo XVII las

² MAIRAL, Héctor. «La Ideología del Servicio Pública». Revista de Derecho Administrativo, set-dic, Buenos Aires, 1993, p. 364.

³ SANTAMARIA PASTOR, J. A. «Principios del Derecho Administrativo», Vol. I, ed. Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Madrid, 1998, p. 291.

⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho Público Administrativo». ARA. 1º edición. Lima, 2004, p. 553.

⁵ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit. p. 292.

personas producían para su consumo personal o familiar, sin que exista mucha interrelación entre las personas, hasta que producto de la explosión demográfica y el afianzamiento del capitalismo mercantil hay un mayor contacto de personas e intercambio de bienes, por lo que alguien debe asumir el llamado de la producción y distribución para garantizar la procura existencial. Así, la Administración Pública asume el carácter de una organización productora de bienes y servicios⁶, lo cual se ve reforzado por la progresiva desaparición de las organizaciones sociales intermedias debido al individualismo liberal, lográndose un mayor acercamiento entre la Administración y los particulares toda vez que ahora la primera asume la responsabilidad de prestar los servicios públicos sociales, tarea antes asumida por las mencionadas organizaciones sociales⁷.

En un primer momento se llamaba servicios públicos a actividades como justicia, defensa y relaciones exteriores, lo cual se diferencia con la noción de Servicio Público que se tendrá a fines del Siglo XIX ya que i) los servicios señalados tienen carácter coactivo o limitador, no servicial, y ii) los servicios eran llamados *uti universi*, es decir, no dirigidos a los ciudadanos sino a una comunidad abstracta⁸.

Con el Estado Liberal aparece el *uti singulari* en tres etapas: 1) el Estado asume los servicios asistenciales debido a la disminución del poder y patrimonio de la Iglesia; 2) etapa de creación de Infraestructura como base física para otros servicios, donde se dejó el abstencionismo y el Estado asume la titularidad para prestar o concesionar actividades empresariales; 3) etapa en la que el Estado a asume propiedad y gestión directa de empresas mercantiles y actividades empresariales⁹.

Las razones de este activismo de la Administración Pública se encuentran en la experiencia de los servicios públicos municipales impulsados por

⁶ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit. p. 293.

⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho...», p. 554.

⁸ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit. p. 294.

⁹ *Ibidem*, pp. 295-297.

los socialistas fabianos en Inglaterra¹⁰, la necesidad de un papel activo de la Administración producto de la primera Guerra Mundial, la influencia del socialismo soviético, una reacción ideológica de los franceses ante los planteamientos de los publicistas alemanes como consecuencia de la derrota ante Prusia (1870)¹¹, las necesidades de industrialización en un contexto en el que los privados no tenían suficiente capital para invertir, etc.¹².

B) El servicio público como Concepto

Mairal señala que la Teoría del Servicio Público surge por oposición a la idea germana de autoridad-subordinación como nota diferenciadora del Derecho Público debido a la rivalidad por haber perdido la guerra de 1870 con la que se consolida la Unificación alemana. Duguit señalaba que el Estado no era una potencia (tesis germana), sino una Cooperativa de sspp controlados y organizados por los gobernadores, realizándose el planteamiento marxista de monopolizar los medios de producción¹³. Los sspp eran el criterio diferenciador del Derecho Administrativo, llegándose a identificar el servicio público con la actividad estatal¹⁴.

1. La Escuela de Toulouse o *puissance publique*.

El máximo representante fue el Decano de la Facultad de Derecho, el liberal Hariou. Se plantea que el Derecho Administrativo tiene por finalidad la gestión de sspp. La actuación pública con poder (*puissance publique*) es un medio cuyo fin es la prestación de sspp. La prestación de servicios públicos es un fin público. El fundamento de esta doctrina

¹⁰ HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de los derechos en la relación jurídica pública o el límite objetivo a la acción de los gobernantes». Ipeape. 1º edición. Lima, 2005, p. 69.

¹¹ MAIRAL, Héctor. Ob. Cit. p. 363

¹² SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit. p. 297-299

¹³ MAIRAL, Héctor. Ob. Cit. p. 363

¹⁴ FARRANDO, Ismael. «La relación jurídica del usuario con los concesionarios de Servicio Público». En: SARMIENTO GARCIA, FARRANDO, FRITZ, ÁBALO, y otros (libro colectivo). «Los Servicios Públicos». Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 23.

*se encuentra en la soberanía formal e irreal que recaía únicamente en unos pocos (legisladores)*¹⁵.

2. La Escuela de Burdeos.

*Los principales exponentes fueron Leon Duguit y Gaston Jeze. Se busca sustituir la Soberanía por la noción de Servicios Públicos*¹⁶, de lo cual se desprende el carácter político del concepto que busca lograr la igualdad y la progresión social¹⁷. Se dice que el fundamento está en el «Poder Público Liberador»¹⁸, a través del cual se realizaría una función social en busca de concretar los derechos preexistentes y necesidades indispensables¹⁹.

*Algunas críticas se plantearon desde aquel entonces a los planteamientos formulados como que se dejaba riesgo de arbitrariedad, la posibilidad de anarquía total y que se convertía a los ciudadanos no en el fin sino en el objeto de las decisiones. Sin embargo, también es menester resaltar algunos aportes como el haber establecido al fin público como un límite al poder; así como crear una regla de Derecho en virtud de la cual se determina el sentido de los actos administrativos*²⁰.

*Es en este escenario en el que se formulan algunas de las más famosas críticas a la noción de servicio público como aquella defendida por García de Enterría y Villar Palasí en la que se diferenciaba tajantemente al sspp del concepto de actividad industrial, encontrando resistencia en Garrido Falla y Jordana de Pozas, quienes sostuvieron que la noción de sspp comprendía la de actividad industrial*²¹. Por otro lado, también surgieron discusiones acerca de las diferencias con con-

¹⁵ HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de...». pp.71- 72.

¹⁶ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit, pp. 300-301.

¹⁷ HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de...». p. 71

¹⁸ Ibidem, p. 72.

¹⁹ Ibidem, p.72.

²⁰ Ibidem, p. 73.

²¹ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit, pp. 301-302.

ceptos tales como Servicios Públicos Sociales y Servicios Públicos Impropios²², aunque no hay que olvidar la crítica acerca de la contradicción entre la ideología liberal seguida por aquellos días en Francia y el modelo clásico de los servicios público basada en la reserva (a través de la publicatio) de una actividad monopólica a un Estado que ostenta la titularidad estatal. Dicha contradicción fue salvada con la figura del concesionario interpuesto, es decir, un privado debía crear una empresa asumiendo el riesgo y ventura y seguir un procedimiento concesional para celebrar un contrato en virtud del cual recibiría un título habilitante que permitiría el ejercicio de derechos y obligaciones. Así, el Estado mantenía la titularidad del Servicio Público, pero un concesionario privado se encargaba de la explotación del servicio²³.

Se puede decir entonces que la concepción clásica entiende por sspp aquella «actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones basadas en la titularidad estatal»²⁴. El Régimen Jurídico tradicional se basa en la titularidad estatal, concesiones como títulos habilitantes, temporalidad de las concesiones, poderes de dirección y vigilancia, continuidad del servicio, régimen tarifario²⁵, gestión esencialmente estatal, monopolio, publicatio y gestión con normas de derecho público²⁶.

Huapaya Tapia ha puesto de manifiesto que a lo largo de la evolución de la noción de Servicio Público se observa un concepto subjetivo y uno objetivo. En Francia, el concepto clásico era de carácter subjetivo pues entendía por sspp a aquella actividad de titularidad estatal, mientras que el concepto objetivo se refiere a un régimen jurídico de una actividad sujeta a intervención por su carácter estatal²⁷.

²² Ibídem, p. 303.

²³ HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de...». p. 75.

²⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación». ARA. 1º edición. Lima, 2011, p. 555.

²⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho...», pp. 581- 609.

²⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Administración Pública...». pp. 597- 598.

²⁷ Ibídem, p. 598.

Es menester poner de relieve un hecho trascendental en la historia jurisprudencial de la evolución del concepto de Servicio Público llamado arret Blanco²⁸ en el que un agente estatal que conducía un camión del estanco de tabaco francés ocasionó un accidente, producto de lo cual se señaló el carácter esencial y de interés público del servicio público, así como la competencia de la jurisdicción administrativa (no ordinaria) para conocer el caso.

Para concluir esta breve e incompleta reseña de la historia de un concepto categorial y fundamental en la historia de nuestro Derecho Público debemos referirnos a les lois de Rolland, jurista francés discípulo de Duguit, quien formuló primigeniamente las llamadas leyes naturales de los Servicios Públicos, las cuales, con algunas variaciones no sustanciales siguen hasta nuestros días²⁹. Entre ellas se puede destacar la continuidad, la regularidad o que el servicio se preste según las condiciones, reglas y términos establecidos por el concedente, la de igualdad, la obligatoriedad o que el servicio se pueda proveer a toda persona que cumpla las condiciones reglamentadas previamente, la generalidad o vocación de universalidad y la adaptación a las mejores condiciones técnicas³⁰.

3. La doctrina norteamericana de las Public Utilities.

En Estados Unidos nunca se adoptó el concepto de Servicio Público. Existía la libertad de búsqueda de la felicidad y bienestar por lo que las empresas prestadoras siempre fueron privadas y el Estado solo regulador³¹.

Los public utilities son en equivalente la Teoría de los Servicios Públicos en USA, los cuales se entienden como aquella actividad privada reglamentada donde la propiedad privada es un presupuesto esencial³².

²⁸ Arret es una solución jurisprudencial del glorioso Consejo de Estado francés.

²⁹ Ibidem, p. 597

³⁰ HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de...». P. 79.

³¹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Administración Pública...». p. 602.

³² SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Concesión de Servicio Público». Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 37.

Según Sarmiento García, las clases de public utility son i) las empresas que prestan servicios públicos fijos a través de instalaciones y ii) las empresas de transporte público. Agrega el referido autor que la principal diferencia entre la Teoría francesa clásica y la Teoría de los public utilities está en el concepto de titularidad estatal³³.

Domenico Sorace señala que la noción de public utility tiene antecedentes en el siglo XIV en Inglaterra en los conceptos de private calling y common calling. Sin embargo, el concepto de common calling es muy diferente al de public utility toda vez que este último concepto implica un régimen jurídico y el deber de tener siempre reservas para garantizar calidad, precio justo y el servicio universal, así como garantizar a las empresas el derecho a una contraprestación, a elegir una modalidad de prestación y a recibir protección por los daños en competencia³⁴.

La primera Comisión reguladora fue la Interstate Regulatory Commission (1877) porque ni el Legislativo ni el Poder Judicial tienen el conjunto de intervenciones para presionar a las empresas, son muy rígidos, no pueden actuar de oficio, carecen de competencias técnicas, etc.³⁵. Se ha dicho también que las ventajas de las agencias reguladoras son: la independencia del ejecutivo (por la duración del cargo y la difícil remoción de los funcionarios), aplican criterios técnicos contenidos en la ley, hay un control posterior por el Poder Judicial, los miembros no son politizados, etc.³⁶.

Cabe agregar que la doctrina de las public utilities tienen fundamento constitucional en el general police power en tutela del bienestar general respetando el due process clause que refieren las enmiendas V y

³³ SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Concesión de...», p. 38.

³⁴ SORACE, Domenico. «Estado Y Servicios Públicos- La perspectiva europea», Lima, 2006, pp. 33- 35.

³⁵ SORACE, Domenico, Ob. Cit. p. 36.

³⁶ Ibidem, p. 37.

*XIV, según las cuales se tiene una perspectiva del Estado como organizador y regulador*³⁷.

*Las public utility encuentran una primera aproximación en el caso Munn V. Illinois (1876) en el que el Tribunal Supremo establece que hay un límite a la fijación de precios cuando los bienes de dominio privado están afectos a un interés público*³⁸, por lo que el Estado podía intervenir en virtud de su poder de policía³⁹.

*En los casos Brass V. Dakota y Nebbia V. New York se establece que se pueden fijar tarifas máximas incluso sin que exista un monopolio, y que la Regulación es un control por el bien público, de lo que se desprende que toda actividad que pueda considerarse de interés público implica el uso de la Regulación también llamado control público*⁴⁰.

*En un segundo momento es cuando podemos hablar estrictamente de public utility, ya que ésta no será equivalente a cualquier actividad económica que esté afecta al interés público*⁴¹. La regulación de las public utility presupone una serie de condiciones: servicio indispensable, prestado por empresa privada monopólica, el control de las Independent Commissions⁴² y busca conciliar la maximización de beneficios y el interés público⁴³.

La regulación en este segundo momento tiene por finalidad simular los resultados de un mercado competitivo y corregir problemas.

³⁷ Ibídem, p. 38.

³⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. «La regulación como técnica de intervención administrativa», En: Blog Derecho y Sociedad, octubre del 2009, <http://blog.pucp.edu.pe/item/30045/la-regulacion-como-tecnica-de-intervencion-administrativa>

³⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Ob. Cit.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ibídem.

⁴² Ibídem.

⁴³ SORACE, Domenico. Ob. Cit. p. 32.

En un tercer momento aparece la llamada Regulación para la Competencia, en virtud del cual el núcleo de la doctrina de las public utility no está en el interés público, sino en el Mercado⁴⁴. Se busca corregir las fallas de mercado e introducir condiciones de competencia través de medidas coercitivas^{45 46}.

Esta evolución debe analizarse en el contexto en el que las relaciones entre Economía y Estado cambian de tal manera que i) la soberanía del Estado cede cada vez más ante la Economía hasta que la segunda logra una superioridad sobre la primera, ii) el Estado pasa de ser un pedagogo a ser un regulador y iii) se pasa de un control unitario a un control fragmentado debido a la aparición de las Independent Commissions⁴⁷.

Llegamos ahora a un concepto de Regulación como el conjunto de técnicas de intervención pública que supone una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad de las empresas⁴⁸.

⁴⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Ob. Cit.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Es en esta etapa en la que aparece la distinción entre Regulación económica y Regulación social: «a) **la regulación social**, o una intervención del Estado en los mercados dirigida a lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos privados perjudiquen a los derechos de terceros los cuales se formalizan como intereses públicos o de la colectividad, en materias tales como seguridad, sanidad, medio ambiente, seguridad alimentaria, seguridad frente a los avances tecnológicos, protección al consumidor, cohesión social, entre otras materias; y por otro, b) **la regulación económica** (o regulación en sentido estricto), que implica en su *acepción clásica* una intervención *sustitutiva* del Estado sobre los aspectos esenciales de los derechos fundamentales económicos (propiedad, libertad de empresa, libertad de contratar) a efectos de reemplazar las condiciones de funcionamiento de los mercados escasa o pocamente competitivos, *simulando* la existencia de competencia mediante el establecimiento de barreras de entrada y de salida sobre las actividades, etc». Ver: HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Algunos apuntes sobre las relaciones entre Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de regulación». Revista Ius et Veritas. Año XX. N° 40. Lima, 2010, p. 317.

⁴⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Ob. Cit.

⁴⁸ Ibidem.

*La regulación implica fundamentalmente una idea o acción ordenadora de derecho público sobre el mercado, y refleja en buena cuenta, el concepto macro que contiene la mayoría de las diversas formas jurídicas de intervención del Estado sobre la economía*⁴⁹.

*Actualmente «la definición Regulación va mas allá de las fallas de mercado... y de la regulación para la competencia, es decir, ha de dirigirse a que el mercado como institución social cumpla con una función económica sin olvidar que debe asociarse a unos objetivos que en algunos casos están al margen del mercado»*⁵⁰.

II. CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LA DESPUBLIFICACIÓN O HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Alberto Bianchi señala que hay cuatro etapas en la evolución del Servicio Público: 1) Siglo XIX- 1950, en la que el Estado otorgaba privilegios mediante concesión a privados, 2) 1950-1990, en la que Estado nacionaliza y asume la propiedad y gestión de los servicios, 3) 1991- 2002, donde se promueve la desregulación y privatización de la gestión, y 4) 2002-nuestros días, en los que no se tiene tan claro el rumbo pero se evidencia una orientación a mejorar las condiciones de los ciudadanos.

*Dentro del primer periodo se observa que «el concepto clásico de servicio público en Francia ha sufrido varias crisis debido a la inexactitud de sus alcances y a la amplitud de su contenido (por ejemplo mediante la formulación de la doctrina de los servicios públicos impropios e industriales en los arret Soleil y des Vosgues)»*⁵¹.

⁴⁹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Algunos apuntes sobre...», p. 316.

⁵⁰ ZEGARRA VALDIVIA, Ob. Cit.

⁵¹ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Administración pública...», p. 600

El papel del Estado con titularidad estatal reservada se refuerza desde la crisis de 1929 donde se consolida el Estado Social o de Bienestar (que surge en las Constituciones de Querétaro y Weimar) debido a las políticas económicas de Keynes y al New Deal (propuesto por Hoover y aplicado por Rosvelt) que propuso un Estado promotor de la economía y preocupado por el desempleo y la incapacidad de las empresas de invertir capital en los sectores estratégicos. Esta situación se agrava luego de la segunda Gran Guerra con la influencia del socialismo soviético y tesis como la del Salto Dialectico propuesta en su momento por Lennin. Es en este escenario en el que los Estados asumen un rol nacionalizador y empresarial (proceso llamado «la Expansión Cuantitativa del Derecho Administrativo»), combatido por el Plan Marshall y la promoción de los derechos humanos hasta la llegada de la famosa Crisis del Petróleo (1973) debido al incremento de gasto corriente que solo permitía a la Administración Pública solventar su propio mantenimiento, la incapacidad financiera de financiar las políticas públicas y un aumento demográfico⁵².

Se ha llegado a afirmar que el hombre de este contexto no vive en el Estado, sino del Estado⁵³, además que este Estado benefactor que mantiene a todos cobra tributos muy altos, aumentando peligrosamente su dominación hasta el límite de poder convertirse en un Estado total⁵⁴. Ariño ha dicho al respecto: «no digo que la corrupción sea consecuencia necesaria del Estado social pero sí afirmo que cuanto más dinero pasa por las manos de los políticos más difícil es la austeridad»⁵⁵. Asimismo, señala también que debemos procurar pasar de un Estado de bienestar a una Sociedad de Bienestar o Sociedad de Propietarios donde tenga mayor participación el llamado tercer sector: el público- privado⁵⁶.

⁵² HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de...». pp. 97-101.

⁵³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Lecciones de Administración (y políticas públicas)». Iustel. Madrid, 2011, p. 824.

⁵⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Lecciones de Administración...». p. 826.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 827.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 830.

La huida del Derecho administrativo es un término acuñado en 1903 por Fritz Fleuner⁵⁷ para describir los intentos de los civilistas alemanes de la época para interpretar y explicar el Derecho Administrativo a través de las normas y principios de las instituciones privatistas. Este fenómeno se presenta una vez más ante nuestros ojos en el contexto líneas arriba descrito en el que se cuestiona el papel del Welfare State principalmente a través de tres vías: la eliminación de la empresa pública⁵⁸, la aplicación de un régimen jurídico privado y la privatización del Derecho Administrativo⁵⁹. El proceso de Despublificación se presenta no como un triunfo de una batalla ideológica, sino como el resultado de un proceso de biología histórica, aunque no basta decir que debemos volver al Estado liberal, ya que sería una solución simplista⁶⁰. Debemos pasar de un Estado gestor a uno regulador y de un régimen de monopolio a uno de libre competencia⁶¹.

Hay quienes han sostenido que en el contexto de Despublificación del Derecho Administrativo el Servicio público «cumplió su misión y hay que hacerle un digno entierro»⁶², lo cual ha sido contradicho por un sector de la doctrina nacional: «la huida del Derecho es en realidad una huida de las garantías del Estado de Derecho»⁶³, lo cual se evidencia «cuando se usa y abusa de las vías excepcionales de flexibilización del sistema que contiene el propio Derecho Administrativo, liberando de garantías las

⁵⁷ LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos. «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo». Revista Administración Pública, N° 153, Madrid, p. 205.

⁵⁸ Hemos desarrollado en otro lugar algunas precisiones para desmitificar el dogma de la mala e ineficiente empresa pública en base a la necesidad de establecer metas u objetivos claros, un régimen de incentivos y una gerencia profesional. Ver: TORRES TOLEDO, Giancarlo. «Sobre el Proceso de Selección Natural: Las Cajas Municipales vs. Las Empresas Públicas»,

⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho...». p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 150.

⁶¹ *Ibidem*, p. 154.

⁶² *Ibidem*, p. 613.

⁶³ HERRERA GUERRA, Carlos. «La Despublificación del Derecho Administrativo». Ipeape. 1° edición. Lima, 2004, p. 111

enajenaciones patrimoniales o recurriendo a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración»⁶⁴.

Herrera Guerra define la Despublicación como «el fenómeno por el cual se pretende sustraer de la actuación administrativa los principios, normas y procedimientos del Derecho Público y Administrativo... Se trata de una labor de reinterpretación deconstructiva de las instituciones administrativas al explicarlas utilizando términos y definiciones propias del Derecho Privado»⁶⁵. El citado autor critica la pretensión de plantear las críticas despublicadoras desde el principio de neutralidad ideológica, toda vez que toda propuesta sobre las políticas públicas y la organización del Estado implican asumir una opción política⁶⁶. Agrega que el principal error de los críticos del Derecho Administrativo radica en considerar que el Estado y las personas jurídicas privadas tienen el mismo fin y la misma naturaleza, lo cual es del todo incorrecto ya que el fin del Estado es la tutela del interés general y tiene una naturaleza estatutaria basada en el Principio de Legalidad⁶⁷.

Como consecuencia de la Huida del Derecho Administrativo el Servicio Público sufre una metamorfosis en sus elementos esenciales (el fin, la persona que lo presta y el régimen jurídico aplicable), especialmente en lo relativo a la persona encargada de prestarlo y el régimen jurídico aplicable toda vez que los privados también pueden prestar los servicios y porque ya no se observa un régimen exorbitante, sino una concurrencia con el Derecho Privado⁶⁸.

Nosotros estamos de acuerdo en la necesidad de revalorar el Derecho Público y a la misma noción de Servicio Público para mantener a salvo

⁶⁴ LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos, Ob. Cit. p. 202.

⁶⁵ HERRERA GUERRA, Carlos. «La Despublicación...», p. 37.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁸ MARIA DIEZ, Manuel. «Manual de Derecho Administrativo». Editorial Plus Ultra. 2da Edición. Buenos Aires, 1981, pp. 14 y 15.

las garantías del Estado de Derecho y el legado de un Derecho Administrativo concebido como un límite objetivo a la actuación de los gobernantes producto de las grandes batallas doctrinales libradas durante dos siglos por los administrativistas. Todo lo dicho se refuerza en el actual escenario, en el que hay riesgo de un posible viraje a unas políticas más intervencionistas debido a los peligros a los que se enfrentan cotidianamente los ciudadanos⁶⁹. Como dice Ariño, no se trata de ir de la utopía socialista a la locura liberal, lo cual sería muy simplista, sino asumir posiciones técnicas y rigurosas para justificar adecuadamente las actuaciones de la administración.

⁶⁹ «Gunther Teubner es de los pocos que han intentado reinventar la legalidad teniendo en cuenta este caótico escenario. La noción liberal de derecho fundamental, que es la aceptada hasta nuestros días nació bajo la idea de protección del individuo frente al Estado (y que muy rápidamente se convirtió en la protección también de las corporaciones frente al Estado). Por otro lado, una noción más social se refiere a la «eficacia horizontal de los derechos fundamentales», la que alega que también los particulares con poder (por ejemplo, las corporaciones) pueden afectar los derechos fundamentales de otros individuos. Para Teubner, sin embargo, esto no es suficiente. La idea de «eficacia horizontal» siempre implica una *ponderación* ya sea directa o indirecta entre los «derechos» del particular poderoso (por ejemplo, el «derecho a contaminar») y los derechos del particular afectado. Pero la realidad es mucho más compleja. Si tenemos en cuenta las relaciones globales de poder veremos cómo además de la protección frente al Estado es necesaria una protección total frente a los discursos, sistemas e instituciones del orden mundial, la matriz anónima». Ver: MERINO ACUÑA, Roger. «La reedificación de los derechos frente a la matriz anónima». En: Comparación Jurídica y Teoría Crítica, 25 de noviembre del 2010, <http://comparacioncritica.blogspot.com/2010/11/la-reedificacion-de-los-derechos-frente.html>

Cabe agregar también que «tras un análisis del pensamiento libertario hemos comprobado que sus argumentos centrales además de ser contradictorios con la propia noción de Estado de derecho (lo cual al final quizá no sería tan relevante), no producen ningún tipo de beneficio ni mejora en las condiciones de vida de las personas. Todo lo contrario, parecería que su aplicación estaría produciendo los efectos inversos, es decir, que los niveles de vida de la mayoría de las personas estarían disminuyendo paulatinamente - inclusive en los países desarrollados - y lo que es más grave aún, estaría contribuyendo a alimentar una política de competencia que haría ver a nuestros vecinos con desconfianza y como potenciales enemigos. Por último, el reconocimiento por parte de uno de los nombres más cercanos a la tradición libertaria como el Profesor F.A Hayek de que el «orden espontáneo» mal que bien requeriría de la intervención humana (nos referimos al Estado de derecho) no haría sino afirmar que lo económico no puede imponerse a lo político». Ver: HERNANDO NIETO, Eduardo. ¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?», En: Pensamiento Constitucional, Año IV, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1997, p. 54.

III.- EL SERVICIO PÚBLICO

A) *Noción.*

El Servicio Público es conocido por ser un concepto impreciso, lo que ha dado como resultado que muchos sugieran su supresión. Sin embargo, hay razones para descartar semejante propuesta: consolidación en la práctica, en la legislación y en la doctrina⁷⁰.

Cabe señalar que el servicio público es un actividad administrativa, realizada a través de una prestación directa o indirecta en especie, de manera periódica y que satisfaga las necesidades singulares de importancia colectiva⁷¹.

Maria Diez ha dicho que hay un concepto orgánico y otro funcional del servicio público. En el primero se entiende al servicio público como una organización (aparato administrativo) dirigida por un organismo, mientras que el concepto funcional (que dicho sea de paso, ha prevalecido) se centra en la actividad a realizar⁷².

Es ampliamente sabido que el Servicio Público se enmarca dentro de la técnica llamada actividad prestacional, la cual es posible definir como «aquella actividad indispensable para la vida colectiva, cuya titularidad es asumida en exclusiva por el Estado y destinada a los usuarios a título singular»⁷³ o como «actividad creada y controlada para asegurara la satisfacción de necesidades colectivas de interés general de carácter material sujetas a un régimen de derecho público y a una regulación intensa»⁷⁴.

⁷⁰ SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Noción y Elementos del Servicio Público». En: SARMIENTO GARCIA, FARRANDO, FRITZ, ÁBALO, y otros (libro colectivo). «Los Servicios Públicos». Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 1-2.

⁷¹ SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Noción y Elementos...», p. 14.

⁷² MARIA DIEZ, Manuel. Ob. Cit. p.10.

⁷³ VIGNOLO CUEVA, Giancarlo. «La Solución al Caso Lidercon». En: Revista ITA IUS ESTO, N° 6, Año 6, Piura, 2009, p. 135.

⁷⁴ GUZMAN NAPURI, Christian. «Introducción al Derecho Público Económico». Ediciones Caballero Bustamante. 1° edición. Lima, 2009, p. 154.

Es menester señalar que el Servicio Público está sujeto a un régimen de Derecho público y que la Ley define lo que se considera como tal, todo lo cual se evidencia en nuestra legislación ya que «para prestar el servicio público de telecomunicaciones se requiere una concesión aprobada por norma con rango de ley, con lo cual lo que se está haciendo es declarar la reserva de tales servicios sancionando la titularidad pública sobre ellos (publicatio)»⁷⁵

B) Clasificación de los Servicios Públicos.

Sobre la clasificación de los Servicios Públicos no debe decirse mucho. Como dijo García Máynez toda clasificación es cuestión de criterio, por lo que de acuerdo a la finalidad o utilidad que una clasificación pueda reportar se podrá optar por una u otra. La clasificación tiene un fin explicativo y su utilidad es relativa; varía según las necesidades. Seguiremos aquí la clasificación propuesta por María Diez⁷⁶ por la amplitud de criterios empleados:

- a) Por la titularidad del Servicio Público puede ser un sspp nacional, regional o local.*
- b) Por la necesidad de prestación podrá ser voluntario o necesario.*
- c) Por el carácter de la prestación podrá ser sspp esencial o secundario.*
- d) Por la forma de ejercicio podrá ser monopolístico o competitivo.*
- e) Por la razón de utilización podrá ser de utilización necesaria o facultativa.*
- f) Por el carácter de la necesidad podrá ser un sspp permanente o intermitente.*

C) Elementos del Servicio Público.

Mairal señala que hay tres elementos del Servicio Público: Objetivo o funcional, relativo a la presencia de una actividad que satisface necesidades de interés general; Subjetivo, constituido por la persona jurídica

⁷⁵ ORESTES SILVA IBARRA, Alberto. «Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en la legislación peruana». Tesis para optar el título de abogado, UNMSM, 2009, p.130.

⁷⁶ MARIA DIEZ, Manuel. Ob. Cit. pp. 23-24.

que desarrolla y controla dicha actividad; y Normativo, o sea el régimen exorbitante del Derecho Privado⁷⁷.

Danós también refiere a los elementos funcional y normativo⁷⁸ como requisitos necesarios para que una actividad privada sea sspp, mientras que María Diez hace referencia a elementos subjetivo y funcional⁷⁹, por lo que preferimos la aproximación expuesta por Mairal debido a su amplitud.

D) Diferencias del Servicio Público con otros conceptos.

El servicio Público ha sido parte de contiendas doctrinales, polémicas de las que salió fortalecido en ocasiones y otras en las que no tanto. Analizaremos a continuación las más importantes.

1. El Servicio Público vs. La Función Pública⁸⁰. La función pública es una actividad esencial a la existencia del Estado, mientras que el sspp tiene por fin garantizar el bienestar de los ciudadanos; la función pública implica una potestad soberana ejercida a través de actos administrativos, mientras que los sspp se realizan a través de prestaciones de carácter técnico; la función pública es ejercida por funcionarios, mientras que la gestión de los sspp puede ser privada; el financiamiento de la función pública se obtiene a través de impuestos, mientras que el de los sspp se obtiene a través de el cobro de tarifas⁸¹; y el régimen laboral de la función pública es de carácter estatutario (basado en leyes y reglamentos), mientras que el de los sspp es de carácter contractual⁸² (basado en auto reglamentación programática de intereses).

⁷⁷ MAIRAL, Héctor. Ob. Cit, p. 367.

⁷⁸ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución peruana». En: Themis, Revista N° 55, Lima, 2011, p. 258.

⁷⁹ MARIA DIEZ, Manuel. Ob. Cit. p.10.

⁸⁰ Producto de los planteamientos de la escuela de Burdeos y Toulouse se estableció una equiparación entre la actuación general de la Administración Pública y la actividad prestacional, por lo que la doctrina se preocupó de establecer algunas diferencias.

⁸¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho...», pp. 561-562.

⁸² VIGNOLO CUEVA, Giancarlo. Ob. Cit. p. 136.

2. *El Servicio Público vs. La Gestión Económica (en adelante GE)*⁸³. Mientras el sspp tiene por fin satisfacer al público, la GE tiene una finalidad de ordenación; en el sspp hay titularidad pública, mientras que en la GE no; mientras que en el sspp hay garantía de regularidad y continuidad, en la GE no hay contacto con el público; solo en el sspp hay un derecho del usuario a exigir la prestación; solo el sspp implica el ejercicio de potestades; el sspp se financia a través de tarifas, mientras que la GE en precios, etc.⁸⁴
3. *El Servicio Público vs. El Servicio Público Impropio o Virtual*. En el régimen de los sspp la Administración Pública presta y concesiona, mientras que en los sspp impropios la Administración solo reglamenta actividades privadas; en los sspp la concesión es el título habilitante, mientras que en los sspp impropios es la autorización, etc.⁸⁵

A pesar de las diferencias, también hay muchas semejanzas: los sspp impropios pueden incidir en el interés público, son objeto de intervención de la Administración, y están destinadas a los ciudadanos⁸⁶. Estas semejanzas han llevado a la doctrina a englobarlas en algunas categorías intermedias entre el sspp y las actividades privadas, aunque también ha habido quien señale que esas reglamentaciones propias de los sspp impropios se reducen a una pura función de policía (ENTRENA CUESTA)⁸⁷.
4. *Los Servicios Públicos vs. Los Servicios Públicos Sociales*. Mientras los sspp tiene un carácter comercial o industrial, los sspp buscan únicamente el mejoramiento de las condiciones de los indivi-

⁸³ La Gestión Económica se sustenta no en fines mercantiles, sino en fines de utilidad general pues consiste en la producción y dación de bienes producto del fenómeno de la empresa pública concurrencial en los 40. Se les llamo incluso Servicios Públicos industriales o económicos, sin embargo, lo más interesante es la polémica doctrinal que surgió en torno a ellos. Por un lado, Garrido Falla sostuvo que era lo mismo que el Servicio Público, mientras que Villar Palasí señaló que era tan solo una parte del Servicio Público.

⁸⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho...», pp. 562-564.

⁸⁵ SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Noción y Elementos...», p. 9.

⁸⁶ SANTAMARIA PASTOR, J. A. Ob. Cit, p. 303.

⁸⁷ Ibidem, pp. 303-304.

duos; para la prestación de los sspp se requiere concesión o delegación, mientras que los sspp sociales se pueden prestar libremente; el financiamiento de los sspp se obtiene a través de tarifas, mientras que los sspp sociales se financian a través de impuestos; los sspp se dirigen a los usuarios, mientras que los sspp sociales se dirigen a beneficiarios, etc.⁸⁸.

IV.- EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO.

El concepto del nuevo servicio Público es producto del proceso despublificador. Las consecuencias se ven cuando, por ejemplo, en sectores como electricidad no se requiere concesión como título habilitante o en los servicios de telecomunicaciones de valor añadido tampoco se requiere de concesión, sino únicamente de un registro ante el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Todo lo dicho es consecuencia del proceso privatizador que se evidencia en la experiencia comparada⁸⁹. En el Perú si bien hay privatizaciones que implican transferir la propiedad, también hay privatizaciones en las se reserva la propiedad de los activos para el Estado⁹⁰.

Según María Teresa Quiñones la principal ventaja de este nuevo concepto de Servicio Público radica en que ya no se tiene un derecho temporal como el que implica la concesión, sino que la licencia o autorización para explotar se asemeja al derecho no suje a plazo como el de una farmacéutica o un banco⁹¹.

⁸⁸ SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Noción y Elementos...», p. 10-11.

⁸⁹ QUIÑONES ALAYZA, María; FERNANDEZ BACA, Álvaro; SALINAS RIVAS, Sergio; BONIFAZ, Luis y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Mesa Redonda: Los Servicios Públicos en debate». En: Derecho y Sociedad, 2009. Revista N° 26, p. 218.

⁹⁰ QUIÑONES ALAYZA, María; FERNANDEZ BACA, Álvaro; SALINAS RIVAS, Sergio; BONIFAZ, Luis y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Ob. Cit. p. 219.

⁹¹ Ibidem, p. 218.

Según Jorge Santistevan las principales características del nuevo Servicio Público son: prestaciones con contenido económico, la subdivisión del Servicio Público (a través de la técnica de la partenogénesis), las Prestaciones no se harán en virtud de la titularidad estatal, sino en virtud de la función de Garante de la Administración Pública y un Régimen de Derecho Público que intervenga a través de los instrumentos propios de la Regulación⁹².

El Estado pasa de prestador del servicio a garantizador de derechos y libertades ciudadanas, gozando de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir su función: no interesa quién presta el servicio sino que éste incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios. Como ha señalado Rodríguez Arana «la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la «publicatio», salvo excepciones, sino la técnica autorizadora («ordenatio») cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio»⁹³. El centro de atención se encuentra ahora en la satisfacción de necesidades de usuarios a través de la función de garante⁹⁴.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí donde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia⁹⁵.

La comisión europea distingue en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: Servicio de interés general, Servicio de interés económico general, Servicio público, Obligación de servicio público y Empresa Pú-

⁹² SANTISTEVAN DE NORTIEGA, Jorge. «Servicio Público, Regulación y Constitución». Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Pp. 36-40.

⁹³ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. «Servicio Público y Derecho Comunitario europeo». En: Derecho y Sociedad, N° 26, Lima, 2009, p. 35.

⁹⁴ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Ob. Cit. p. 36.

⁹⁵ Ibidem, p. 38.

blica. Cabe gregar que a lo largo del Libro Verde se desarrolla otro concepto clave: el servicio universal.

El Servicio Universal tiene tres características esenciales: calidad, accesibilidad y asequibilidad. En el Servicio Universal se complementan los elementos del régimen de sspp (continuidad, regularidad) y del mundo del mercado (libre competencia)⁹⁶ ya que la implementación de políticas de servicio universal -deseables o imprescindibles en cualquier país que desee mantener o alcanzar paz social y estabilidad económica- resulta plenamente compatible con un modelo de servicios públicos prestados en régimen de competencia⁹⁷.

Se han utilizado herramientas para hacer factible el servicio universal: imposición de mayores cargas a los concesionarios, tarifa subsidiada, participación directa del Estado, la creación de un fondo de servicio universal a través de subsidio cruzado⁹⁸.

V.- EL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA.

Intentamos hacer algunas críticas sobre la interpretación mayoritaria acerca del rol del Estado en la Economía Social de Mercado y respecto a la promoción de los Servicios Públicos en la Constitución. Hay quienes sostienen que todo se debe privatizar (ya que es el único camino) y se debe modificar sustancialmente nuestro marco legal en lo relativo a las garantías de protección de la inversión privada para ser coherentes con los avances de los TLC y los Tratados Bilaterales de Protección de la Inversión (BIT's, por sus siglas en inglés). Las razones de lo señalado se encuentran en la incapacidad del Estado para promover las políticas

⁹⁶ Ibidem, p. 41.

⁹⁷ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa y SATTTLER, Verónica. «Apuntes sobre el Derecho Universal en un Régimen de Concurrencia». En: Revista de Derecho Administrativo. Año 3, N° 4, enero 2008, p.49.

⁹⁸ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa y SATTTLER, Verónica. Ob. Cit, p. 47.

públicas, ya que casi todo el presupuesto se destina a gasto corriente y pago de deuda⁹⁹.

Guzmán Napurí y Alberto Orestes sostienen un rol del Estado mínimo o abstencionista: «Nuestra Constitución reconoce que la iniciativa privada es libre (art. 58)... En la Constitución no se encuentra fundamento alguno para la intervención estatal en actividades económicas de prestación de servicios al público y, más bien, se reconoce la libertad de empresa»¹⁰⁰. Asimismo, cabe agregar que «lo expuesto es coherente con el modelo de Economía Social de Mercado basada en principios de libre competencia y libre iniciativa privada»¹⁰¹.

Los fundamentos que sustentan el repetido hasta el cansancio dogma de las privatizaciones son de carácter histórico y económico principalmente. Así, el Instituto APOYO hizo una serie de recomendaciones antes de la formación del Constituyente de 1993 en lo relativo a: establecer un principio de la subsidiariedad por el cual toda intervención del Estado tenga justificaciones económicas; redefinir el tratamiento sobre la planificación del Estado en materia económica y garantizar así una adecuada política presupuestaria; eliminar la invocación del interés social; eliminar las frases de contenido programático; incorporar normas que orienten el rol distribuidor del Estado; redefinir el tratamiento sobre monopolios; eliminar las promociones y exoneraciones de actividades específicas, etc.¹⁰². También se dijo que «si bien es posible argumentar que algunos países del Sudeste asiático pudieron experimentar procesos acelerados con niveles importantes de intervención estatal de este tipo, en la enorme mayoría de los casos, entre ellos los de América Latina, estos experimentos condujeron a los países al estancamiento económico. Es

⁹⁹ LINARES JARA, Mario. «Sistema Internacional de Protección de la Inversión Privada Extranjera y los Contratos Públicos». GRIJLEY. 1º edición. Lima, 2006, pp. 1- 4.

¹⁰⁰ ORESTES SILVA IBARRA, Alberto. Ob. Cit. p. 132.

¹⁰¹ Ibidem, p. 133.

¹⁰² INSTITUTO APOYO. «La Reforma de los contenidos económicos de la Constitución». Lima, 1992, pp. 31 y 32.

por ello que se debe entender a los primeros más como la excepción que como la regla»¹⁰³.

En Europa las empresas públicas no eran deficitarias, sino que la razón de la ola de privatizaciones ahí se fundamentó en la imposibilidad de implementar economías de escala y la necesidad de invertir en promoción de investigaciones en ciencia y tecnología. Por otro lado, en América Latina, la razón de la ola privatizadora se sustentó en el carácter deficitario de las empresas públicas, la recesión, la inflación y el desempleo.

Un fundamento de carácter económico en el que se sustentan las interpretaciones restrictivas del principio de Subsidiariedad en la Constitución está en las dificultades de la Regulación. Para analizar si un sector de la industria debe ser regulado debemos seguir cuatro advertencias: i) Responder la pregunta ¿esta actividad tiene características económicas tales que, si dejáramos que el mercado funcionara libremente, terminaría en las manos de una empresa monopólica?, ii) no debemos olvidar que la regulación es un instrumento muy tosco e impreciso, iii) hay diferentes sistemas de regulación y todos tiene sus tendencias, y iv) un sistema de regulación implica sustituir la decisión del mercado por la de un ser humano, lo que implica ciertos peligros¹⁰⁴.

Si bien el desarrollo constitucional de los sspp no es abundante, su consagración en el artículo 58 es muy importante porque permite desprender algunas características: la actividad prestacional es diferente a la de fomento, su transcendencia habilita al Estado a actuar, y que por el Principio de Subsidiariedad la gestión debe ser privada¹⁰⁵. «De lo expuesto se concluye que en la Constitución los sspp refieren a actividades económicas de especial transcendencia para la vida del país, de carácter prestacional respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol garan-

¹⁰³ INSTITUTO APOYO. Ob. Cit, p. 20.

¹⁰⁴ BREYER, Stephan. «Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública». Estudios políticos, N° 78, Santiago, 2000, pp. 29-36.

¹⁰⁵ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «El régimen de los Servicios Públicos...», p. 258.

te o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general a través de la prestación, por parte de los operadores privados o, en su defecto, por el Estado directamente»¹⁰⁶.

Como ya ha dicho el Tribunal Constitucional, la Economía Social de Mercado es un principio, el cual concibe la posibilidad del Estado de usar correctivos sociales para generar condiciones de igualdad de oportunidades. El principio de economía social de mercado no pretende la total abstención del Estado o su desentendimiento de la economía. Felizmente nuestro régimen constitucional contiene instrumentos jurídicos para desarrollar regulación eficiente que desincentive la inversión¹⁰⁷.

El artículo 58 de la Constitución señala que el Estado actúa, principalmente, en materia de servicios públicos. Pero esta actuación debe respetar el Principio de Subsidiariedad, recogido en el artículo 60; es decir, atender a los sectores más pobres y excluidos propiciando la construcción y gestión de infraestructuras y servicios públicos que no son rentables¹⁰⁸.

Como vemos, una interpretación más coherente que tome en cuenta los principios constitucionales y los demás dispositivos de nuestra Carta Magna nos lleva a concebir a un Estado regulador y promotor de los sspp, para así cumplir los fines de solidaridad e igualdad que inspiran toda norma fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho. En el caso del medio pasaje, el Tribunal Constitucional señaló que:

41. Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de es-

¹⁰⁶ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «El régimen de los Servicios Públicos...», p. 258

¹⁰⁷ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Entrevista: Aspectos generales de la Regulación de Servicios Públicos en el Perú. En: Derecho y Sociedad, Revista N° 36, Lima, 2011, pp. 163 y 164.

¹⁰⁸ QUIÑONES ALAYZA, María; FERNANDEZ BACA, Álvaro; SALINAS RIVAS, Sergio; BONIFAZ, Luis y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Ob. Cit. p. 212.

pecial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado.

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

En esa misma línea, estamos de acuerdo con lo planteado por Abruña Puyol cuando señala que «el contenido del servicio público se refiere a prestaciones de bienes y servicios de tipo material técnico sin ejercicio de potestades públicas... La Administración Pública concedente se reserva el ejercicio del poder público, otorgando solamente la gestión de la actividad material que debe ejercerse en conformidad con las normas que ella misma dicta»¹⁰⁹.

Cabe agregar que en el artículo 65 de la Constitución se brinda tutela a los usuarios de los servicios públicos debido al carácter indispensable de los mismos. Asimismo, debe indicarse que el artículo 162 hace referencia a la legitimidad de la Defensoría del Pueblo para supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Consideramos necesario hacer referencia al artículo 119 de la Constitución en el que se deja constancia que la dirección y gestión de los servicios públicos están en manos del Consejo de Ministros. Sin embargo, la

¹⁰⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. «Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento peruano». Palestra. 1º edición. Lima, 2010, p. 90.

doctrina mayoritariamente ha dejado en claro que aquí se está empleando una acepción distinta de servicio público empleado en este trabajo. Se refiere a las funciones públicas en general que le corresponde gestionar¹¹⁰.

VI.- PROPUESTAS DE REFORMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA GARANTIZAR LA FIDELIDAD A LA CONSTITUCIÓN.

Como ya se indicó, el Estado desarrolla un rol de promoción y regulación, respecto de las cuales cabe hacer unas modificaciones a nivel legislativo —y acaso constitucional— para obtener compatibilidad con el desarrollo constitucional antes descrito. Sin ánimo de agotar propuestas, comentaremos algunas propuestas importantes¹¹¹:

- i) Garantizar una mayor transparencia para un efectivo control ciudadano y de los medios de comunicación.*
- ii) Precisar y hacer más riguroso el régimen de incompatibilidades de quienes tienen poder de decisión en los procesos regulatorios.*
- iii) Regular la gestión de intereses de verdad y no de manera irreal como la actual legislación.*
- iv) Si bien la huelga no es el tema central de este trabajo, creemos que sí es posible justificar la huelga aun en caso de servicios esenciales, pero con restricciones. Por ejemplo, al menos garantizando la continuidad del servicio.*

¹¹⁰ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «El régimen de los Servicios Públicos...», p. 256; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. Cit. p. 32.

¹¹¹ Las sugerencias formuladas se pueden encontrar en: DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «Entrevista: Aspectos generales...»; KRESALJA ROSELLO, Baldo y OCHOA CARDICH, Cesar. «Propuesta para un Régimen Económico Constitucional». En: Revista Pensamiento Constitucional, Año VI, N° 6, Pontifica Universidad Católica, Fondo Editorial. Lima, 1999; QUIÑONES ALAYZA, María; FERNANDEZ BACA, Álvaro; SALINAS RIVAS, Sergio; BONIFAZ, Luis y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Ob. Cit.

- v) *Existe la necesidad de introducir de manera explícita los límites a la actividad empresarial y las libertades económicas. Estos vendrían a ser los derechos fundamentales y en las obligaciones del Estado de promover condiciones de igualdad de oportunidades. Para esto será necesario establecer una serie de supuestos explícitos en los que quepa la intervención del Estado en materia económica y los valores que pretende defender.*
- vi) *Creación fuera del regulador, quizás en la PCM, donde se realice análisis costo beneficio de normas regulatorias.*
- vii) *La mejor forma de conseguir los mejores servicios públicos se encuentra un buen equilibrio entre competencia y regulación.*

VII. CONCLUSIONES.

- *La evolución del servicio público está marcada por las constantes crisis. Pasando por los debates entre las Escuelas de Toulouse y Burdeos, las confusiones con conceptos como función pública o gestión económica hasta el último proceso de despublicación iniciado con la crisis del petróleo en 1973.*
- *La doctrina de los public utilities es independiente a la noción clásica de Servicio Público de corte francés. Su desarrollo es más jurisprudencial y va de la mano con el concepto de regulación. En este modelo se observa agentes estatales reguladores con mayor independencia y competencias para realizar una intervención más incisiva en la actuación de los privados. Cabe agregar que en USA el Estado nunca asumió rol de prestador monopolístico.*
- *El nuevo servicio público se desenvuelve en un proceso privatizador en el que los elementos tradicionales como publicatio, titularidad estatal o prestación directa y monopolística del Estado han casi desaparecido.*
- *La interpretación que debe hacerse sobre la regulación constitucional de los servicios públicos en la Constitución no debe ser de carácter meramente abstencionista. Implica también un nuevo rol promotor y regulador del Estado donde tiene una serie de obligaciones a las que se debe avocar prioritariamente según el artículo 58 de la Carta Magna. Una de estas obligaciones prioritarias es*

garantizar la prestación de servicios públicos de manera continua, con calidad, de manera igualitaria, pero garantizando también una utilidad a la empresa prestadora.

- Es menester hacer una serie de reformas para que la regulación de los Servicios Públicos guarde fidelidad a una adecuada, amplia y sistemática interpretación de la Constitución. Debemos dejar de verla simplemente como un documento que constituya luz verde para que los empresarios puedan hacer lo que quieran, sino que debe recordarnos que los derechos individuales tienen límites y que el Estado tiene obligaciones que garantizar a los ciudadanos.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA (EN ORDEN ALFABÉTICO).

- ABRUÑA PUYOL, Antonio. «Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento peruano». Palestra. 1° edición. Lima, 2010.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios del Derecho Público Administrativo». ARA. 1° edición. Lima, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Lecciones de Administración (y políticas públicas)». Iustel. Madrid, 2011.
- BREYER, Stephan. «Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública». Estudios políticos, N° 78, Santiago, 2000.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución peruana». En: Themis, Revista N° 55, Lima, 2011, pp. 225-264.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Entrevista: Aspectos generales de la Regulación de Servicios Públicos en el Perú. En: Derecho y Sociedad, Revista N° 36, Lima, 2011, pp. 163-165.
- FARRANDO, Ismael. «La relación jurídica del usuario con los concesionarios de Servicio Público». En: SARMIENTO GARCIA, FARRANDO, FRITZ, ÁBALO, y otros (libro colectivo). «Los Servicios Públicos». Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- GUZMAN NAPURI, Christian. «Introducción al Derecho Público Económico». Ediciones Caballero Bustamante. 1° edición. Lima, 2009.

- HERRERA GUERRA, Carlos. «El Derecho Administrativo: la lengua de los derechos en la relación jurídica pública o el límite objetivo a la acción de los gobernantes». Ipeape. 1° edición. Lima, 2005.
- HERRERA GUERRA, Carlos. «La Despublicación del Derecho Administrativo». Ipeape. 1° edición. Lima, 2004.
- HERNANDO NIETO, Eduardo. ¿Por que la economía de mercado es anticonstitucional?», En: *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1997.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Algunos apuntes sobre las relaciones entre Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de regulación». *Revista Ius et Veritas*. Año XX. N° 40. Lima, 2010.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. «Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación». ARA. 1° edición. Lima, 2011.
- INSTITUTO APOYO. «La Reforma de los contenidos económicos de la Constitución». 1992.
- KRESALJA ROSELLO, Baldo y OCHOA CARDICH, Cesar. «Propuesta para un Régimen Económico Constitucional». En: *Revista Pensamiento Constitucional*, Año VI, N° 6, Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial. Lima, 1999.
- LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos. «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo». *Revista Administración Pública*, N° 153, Madrid.
- LINARES JARA, Mario. «Sistema Internacional de Protección de la Inversión Privada Extranjera y los Contratos Públicos». GRILEY. 1° edición. Lima, 2006.
- MAIRAL, Héctor. «La Ideología del Servicio Pública». *Revista de Derecho Administrativo*, set-dic, Buenos Aires, 1993, pp. 359-437.
- MARIA DIEZ, Manuel. «Manual de Derecho Administrativo». Editorial Plus Ultra. 2° edición. Buenos Aires, 1981.
- MERINO ACUÑA, Roger. «La reedificación de los derechos frente a la matriz anónima». En: *Comparación Jurídica y Teoría Crítica*, 25 de noviembre del 2010, <http://comparacioncritica.blogspot.com/2010/11/la-reedificacion-de-los-derechos-frente.html>
- ORESTES SILVA IBARRA, Alberto. «Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones». Tesis para optar el título de abogado, UNMSM, 2009.

- QUIÑONES ALAYZA, María; FERNANDEZ BACA, Álvaro; SALINAS RIVAS, Sergio; BONIFAZ, Luis y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. *Mesa Redonda: Los Servicios Públicos en debate*. En: *Derecho y Sociedad*, 2009. Revista N° 26, pp. 211- 232.
- QUIÑONES ALAYZA, María Teresa y SATTLER, Verónica. «Apuntes sobre el derecho universal en un régimen de concurrencia». En: *Revista de Derecho Administrativo del CDA*, Año 3, N° 4, enero 2008, pp. 35- 49.
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime. «Servicio Público y Derecho Comunitario europeo». En: *Derecho y Sociedad*, N° 26, Lima, 2009, pp. 33-41.
- SANTAMARIA PASTOR, J. A. «Principios del Derecho Administrativo», Vol. I, ed. Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Madrid, 1998.
- SANTISTEVAN DE NORTIEGA, Jorge. «Servicio Público, Regulación y Constitución». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, pp. 36-40.
- SARMIENTO GARCIA, Jorge. «Concesión de Servicio Público». Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- SARMIENTO GARCIA, Jorge «Noción y Elementos del Servicio Público». En: SARMIENTO GARCIA, FARRANDO, FRITZ, ÁBALO, y otros (libro colectivo). «Los Servicios Públicos». Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- SORACE, Domenico. «Estado Y Servicios Públicos- La perspectiva europea», Lima, 2006, p. 31- 40.
- VIGNOLO CUEVA, Giancarlo. «La Solución al Caso Lidercon». En: *Revista ITA IUS ESTO*, N° 6, Año 6, Piura, 2009.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. «La regulación como técnica de intervención administrativa», En: *Blog Derecho y Sociedad*, octubre del 2009, <http://blog.pucp.edu.pe/item/30045/la-regulacion-como-tecnica-de-intervencion-administrativa>