

# Una introducción a la gestión de los servicios públicos

Christian Guzmán Napurí\*  
Carolina Gamarra Barrantes\*\*

*Los servicios públicos presentan una importancia fundamental en toda sociedad en tanto resultan esenciales en la mejora de la calidad de vida de los individuos. Por ello, la cobertura que estos alcanzan resulta tan importante como su propia prestación.*

*El presente artículo aborda detalladamente las diversas formas y mecanismos de gestión que los servicios públicos han tenido a lo largo de los años en nuestro país. En ese sentido, los autores hacen especial referencia a la gestión privada de estos servicios desarrollando las diversas formas de participación de los particulares en la administración eficiente de los servicios públicos.*

En la moderna doctrina sobre servicios públicos, se admite la posibilidad de diversas formas de gestión de los mismos, dada la necesidad de establecer mecanismos de prestación diferenciados. Ello en primer lugar proviene de la superación de la idea errónea de la exclusividad estatal en la prestación de los servicios públicos, lo cual ha permitido desde hace algunas décadas, la aparición de mecanismos de gestión mixta o de gestión privada, en especial desde el colapso del Estado de Bienestar durante la década de los setenta. En segundo lugar, las formas de gestión diferenciadas permiten asegurar la prestación de servicios públicos de variada naturaleza.

En buena cuenta, la administración pública puede entonces brindar un servicio público de manera directa, o convertirse únicamente en el garante del mismo; siendo el Estado, en el fondo, quien hace posible esa administración, prestándolo directamente cuando ello sea estrictamente indispensable o autorizando al particular a brindar dicho servicio, limitándose al cumplimiento de un rol meramente regulador.

Tradicionalmente, el servicio público constituye una actividad creada y controlada por la Administración Pública Estatal para asegurar la satisfacción de ne-

cesidades colectivas de interés general y de carácter material, económico o cultural, la misma que se encuentra sujeta a un régimen de derecho público, y sometida a una regulación intensa por parte del Estado<sup>1</sup>.

## 1. GESTIÓN ESTATAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La gestión estatal, tradicionalmente denominada gestión directa, implica la prestación del servicio por parte del Estado, en forma directa, sin el empleo de la actividad privada. La gestión estatal de los servicios públicos se sustenta en la necesidad de asegurar una prestación mínima de ciertos derechos indispensables para la colectividad, que el mercado o los agentes particulares no podrían hacer posible. Como resultado, la prestación de servicios públicos por parte del Estado es subsidiaria.

Es necesario señalar que dicha gestión estatal debe estar sometida a determinados parámetros derivados de la aplicación del **Principio de Legalidad**, el mismo que establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas<sup>2</sup>.

\* Abogado consultor especialista en Derecho Público. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la citada universidad, en las áreas de derecho constitucional y de derecho administrativo. Profesor de diversos postítulos en materia de derecho público dictados en la referida universidad. Árbitro en materia de derecho público y de contratación pública.

\*\* Abogada consultora especialista en Derecho Administrativo y Derecho Empresarial. Adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de diversos postítulos en materia de derecho administrativo dictados en la referida universidad. Con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa en la citada universidad.

1 Sobre el particular: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo – «**El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos**». En: Themis N.º 39. Lima: PUCP, 1999, p. 47. Para un acercamiento exhaustivo al concepto: ZEGARRA VALDIVIA, Diego – «La noción de servicio público en el sistema jurídico peruano: una aproximación». En: Derecho administrativo. Lima: Jurista - Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2004, p. 509 y ss.

2 Numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

A su vez, la gestión estatal admite diversas modalidades, establecidas en relación con la eficiencia de la gestión, la necesidad de un mayor o menor control y dirección estatales, así como la normatividad específica aplicable a cada caso concreto:

1. Gestión estatal mediante órganos especializados.
2. Gestión estatal mediante organismos especiales.
3. Gestión mediante personas jurídicas encargadas del servicio.
4. Gestión a través de empresas del Estado.

### 1.1. Gestión por órganos especializados

En esta modalidad de gestión estatal existe un órgano –normalmente un órgano de línea– que se encuentra incorporado a la estructura de un organismo, al cual se asigna la responsabilidad de prestación del servicio público en cuestión. Ejemplos de ello son las diversas direcciones de los municipios y los ministerios encargadas de la gestión de determinados servicios públicos. Los servicios públicos locales –limpieza pública, serenazgo, parques y jardines, entre otros–, se gestionan en general a través de esta modalidad; a la vez que ciertos servicios públicos gestionados directamente por el Estado, como la educación básica pública.

Una primera consecuencia es que las normas aplicables en materia de organización y funciones provienen de manera exclusiva del derecho administrativo. Asimismo, estos servicios públicos se financian a través de tasas, que constituyen tributos conforme a la norma aplicable, y que constituyen la contraprestación por la realización de un servicio individualizado. Sin embargo, en muchos casos las normas aplicables al personal en estos órganos incluyen el régimen laboral de la actividad privada, e incluso, la contratación civil.

El órgano especializado se caracteriza por carecer de autonomía y personalidad jurídica propia, estando sometido a jerarquía respecto del organismo al cual pertenece, con todas las consecuencias que ello genera. Sin embargo, al órgano en cuestión se le atribuye competencias con carácter estable y con cierto manejo funcional y técnico. Es evidente que dichas competencias deben ser otorgadas por la Ley, como ya lo hemos señalado.

### 1.2. Gestión por organismo administrativo especial

La gestión mediante un organismo especial consiste en la creación de un organismo *ad hoc* para prestar

el servicio, que goza de autonomía y personalidad jurídica<sup>3</sup>. La autonomía tiene por finalidad limitar el control político sobre los citados organismos. La personalidad jurídica permite a su vez que el organismo actúe de manera directa, pudiendo interactuar con el resto de organismos de la Administración Pública y con la actividad privada.

En estos casos, entonces, la regulación del funcionamiento del organismo proviene enteramente del derecho administrativo, así como la relación con los usuarios. Sin embargo, en general, las normas aplicables a los empleados públicos se encuentran comprendidas dentro del régimen laboral de la actividad privada.

En general, la gestión de servicios públicos mediante organismos especiales se realizaría a través de los antes denominados Organismos Públicos Descentralizados, hoy simplemente Organismos Públicos, que se encuentran adscritos a algún sector de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto por el artículo 28° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

En estos casos, la relación entre el titular del sector y el organismo en cuestión es meramente tutelar, sin que pueda establecerse algún mecanismo de jerarquía. La intención entonces es la de descentralizar la prestación del servicio. Ejemplos de la gestión de servicios públicos a través de organismos especiales han sido poco comunes en el Perú. De hecho, el único caso que podemos encontrar en este momento no se dirige a un servicio público, sino a una actividad de interés público, mal llamada servicio público impropio por algún sector de la doctrina<sup>4</sup> y es el Instituto Nacional de Radio y Televisión Peruana (IRTP), que es un organismo público.

### 1.3. Personas Jurídicas especiales que no son empresas públicas

Son entidades públicas que técnicamente no podrían considerarse como organismos *ad hoc*, pero tampoco como empresas públicas, no obstante que las mismas prestan servicios públicos. En general se consideran empresas públicas que en su organización se encuentran sometidas fundamentalmente a derecho público interno. Son creadas y reguladas por Ley.

Ejemplos de lo antes señalado se enmarca en las Empresas Municipales, en especial las que prestan servicios de saneamiento. La regulación, en estos casos es predominantemente administrativa, donde el derecho privado tiene una injerencia muy limitada. Dichas entidades son susceptibles de entregarse en concesión, como se está haciendo actualmente, a fin de transferir a manos privadas la gestión del

3 MORELL OCAÑA, Luis – Curso de Derecho Administrativo II. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 134.

4 Por ejemplo: FERNANDEZ RUIZ, Jorge – «El servicio público de educación prestado por particulares». En: Educación, Ciencia y Cultura. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, p. 123.

servicio, manteniendo el Estado la titularidad sobre la empresa. En el ámbito de las actividades de interés público podemos considerar en este rubro al Banco de la Nación, que desarrolla actividad financiera incluso compitiendo con la banca comercial.

#### 1.4. Empresas del Estado propiamente dichas

En el Perú, hasta la década de los noventa, los servicios públicos –y gran parte de la actividad económica– eran operados por empresas del Estado, caracterizadas por operar de conformidad con un régimen mixto, en donde predominan las normas de derecho privado y en las que existe únicamente capital público. Sin embargo, a las empresas estatales se les siguen aplicando ciertas normas provenientes del derecho administrativo, como por ejemplo las normas de contratación administrativa, o las normas de control administrativo.

En general, las empresas estatales se constituyeron como sociedades anónimas, donde el íntegro del capital era suscrito por el Estado. Ahora bien, las empresas del Estado deben establecerse de manera excepcional, en mérito del denominado principio de subsidiariedad, establecido en el artículo 60° de la Constitución, por el cual, solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Entre los ejemplos de empresas estatales que prestan servicios públicos, aún existentes, se encuentran diversas empresas de generación y distribución de energía eléctrica, en especial en el interior del país, así como Sedapal y Serpost. Si bien gran parte de las empresas públicas existentes en el Perú han sido privatizadas en la actualidad, muchas de ellas se hallan aún en poder del Estado.

«La lógica de eliminación del concepto de reserva de actividades económicas ha permitido doctrinariamente ir sustituyendo el concepto de titularidad estatal de los servicios públicos por el de garantía respecto de la prestación de los mismos»

#### Los problemas alrededor de las empresas públicas gestoras de servicios públicos.

Durante el apogeo del llamado Estado de Bienestar, las empresas estatales eran en general las encargadas de prestar los servicios públicos. Sin embargo, la crisis energética de la década de los setenta, entre otras circunstancias, afectó el régimen económico de los estados, situación en la cual se comenzó a pensar seriamente en la necesidad de transferir a manos privadas el manejo de determinadas actividades que se encontraban en manos del Estado, sean servicios públicos o no.

Lo que ocurre es que cuando el Estado ejerce actividad empresarial se convierte en un actor del mercado que a la vez es el encargado de regular el mismo. Si asumimos que el Estado interviene en la economía a fin de corregir las distorsiones que el mercado presenta, mal podría ser un productor al interior de dicho mercado, pues sería afectado también por dicha distorsión. Además, dicha situación afectaría la imparcialidad del regulador, que se vería tentado a regular a favor de la empresa pública que participa de dicho mercado. Por ello, se prefiere un Estado Regulador a un Estado Empresario o Proveedor.

Asimismo, el hablar de empresa pública implica, de alguna manera, una *contradictio in terminis*, dado que en principio las empresas son entes creados para la producción de lucro, entendido éste como la ganancia de sus dueños. Igualmente, el Estado, por definición, no produce lucro. Tal contradicción, aunada al hecho de que los representantes del Estado en las juntas de las empresas estatales carecen de incentivo económico (los dividendos), incentivo que sí poseen los socios de una empresa privada<sup>5</sup>, ha sido la que ha generado la conocida ineficiencia de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos en la mayoría de las naciones del Mundo<sup>6</sup>; ineficiencia mostrada no solo en la falta de cobertura del servicio, sino además en la calidad del mismo.

Lo que ocurre es que el Estado participaba en actividades económicas sin que los costos de transacción lo justificaran, puesto que en muchos casos los particulares podían llegar a soluciones eficientes sin necesidad de la intervención de aquél. En consecuencia, la indebida acumulación de funciones en el Estado generó que el mismo se administrara en forma ineficiente. Dicha administración ineficiente, es claro, no se restringía únicamente a la que se realizaba sobre entidades públicas, sino que también afectaba a las entidades de derecho privado que eran de propiedad del Estado.

5 Es evidente que la razón por la cual las empresas privadas pretenden obtener ganancias como finalidad intrínseca de las mismas (sino, no serían empresas) es la propia necesidad o afán de lucro de sus dueños.

6 Al respecto: ARIÑO, Gaspar; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel; MARTÍNEZ, J.L. - El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 112 y ss.

Por otro lado, la empresa pública genera distorsiones en la economía, al crear entes económicos que no están sometidos al mercado. Las empresas públicas utilizan fondos públicos para su funcionamiento. Asimismo, no son susceptibles de incurrir en insolvencia y emplean infraestructura del Estado. Como resultado de ello, cuando las empresas públicas operan en el mercado concurriendo con entes privados, generan competencia desleal, la misma que perjudica a la economía en su conjunto.

### El principio de subsidiaridad

El principio de subsidiaridad tiene sentido en el hecho de que la actividad empresarial del Estado debe encontrarse fuertemente limitada. No solo por el hecho de que el Estado es un empresario ineficiente, sino además porque la existencia de empresas públicas es *per se* indebida desde el punto de vista económico. Como lo hemos señalado, las empresas públicas no solo distorsionan el mercado, y generan competencia desleal respecto de las empresas privadas que concurren en el mercado, sino que además favorecen la corrupción y desincentivan la inversión en el mercado de servicios públicos y en la economía en general, como veremos enseguida. Como resultado, la economía de un país debe propender a la privatización de las empresas públicas y a la sustitución del régimen de control estatal a un esquema de competencia<sup>7</sup>.

## 2. GESTIÓN MIXTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La gestión mixta implica el establecimiento de formas de colaboración entre el Estado y los particulares, a fin de que estos últimos participen en actividades respecto de las cuales el Estado no quiere perder el control directo de la gestión del servicio público, sea por la naturaleza del servicio, sea por el estado del mercado de la actividad en cuestión.

Es posible, desde el punto de vista económico, que diversas actividades puedan realizarse a través de una acción conjunta entre el Estado y la actividad privada, actividades que pueden incluir servicios públicos que no son susceptibles de ser privatizados. En estos casos es posible que el Estado interactúe con los particulares, permitiendo una mayor eficiencia en la prestación de los servicios.

En este orden de ideas, la doctrina y en especial el derecho comparado reconocen diversas modalidades de gestión mixta de servicios públicos según la intensidad de la participación y el control estatal, que son las siguientes:

### 2.1. Empresas de Economía mixta

Las empresas de economía mixta –que gozan de per-

sonalidad jurídica– se caracterizan por poseer capital proveniente del Estado y de la actividad privada, sin que la actividad privada obtenga el control de la citada persona jurídica. En estos casos, el Estado y el empresario particular comparten riesgos y beneficios, conformando una persona jurídica distinta de los entes que la componen.

Como veremos más adelante, las empresas de economía mixta son reguladas a través de una superposición de regímenes provenientes del derecho privado y el derecho público. Sin embargo, el contrato que da lugar a la empresa es un contrato de sociedad, nunca un contrato administrativo.

### Accionariado del Estado

Por otro lado, el Estado puede poseer un conjunto de participaciones en empresas eminentemente privadas, de tal manera que carezca de un absoluto control sobre las mismas, pero que pueda poseer cierta injerencia. De hecho, en el caso peruano el Estado mantuvo una cantidad determinada de acciones de empresas privatizadas – en especial, empresas operadoras de servicios públicos – a fin de mantener cierta injerencia en las mismas y permitir la implementación de programas de participación ciudadana o de capitalización.

### 2.2. Gestión Interesada (Join Venture)

En el *join venture* el costo y el riesgo de la actividad son ambos compartidos entre el Estado y el particular, sin que medie la conformación de una persona jurídica distinta a los citados entes. En estos casos, la colaboración entre los privados y el Estado se realiza en condiciones de igualdad. Este mecanismo es útil en especial para corregir la brecha de infraestructura que se presenta en muchos países, y el Perú no es una excepción. Sin embargo, éste no es empleado en nuestro país.

En general, el acuerdo por el cual se genera la gestión interesada no conforma un contrato administrativo. Los contratos de colaboración empresarial, por ejemplo, se encuentran en la categoría del *Join Venture*, que constituye, en rigor una figura jurídica suprasocietaria, ya que las entidades y empresas no pierden su autonomía económica ni jurídica.

### 2.3. Asociación en participación

En la asociación en participación, si bien no se configura una persona jurídica distinta, la Administración y el particular trabajan de manera coordinada de tal manera que aquella conserva una situación privilegiada, en calidad de asociante, a través de lo que se denomina régimen exorbitante.

7 Para un análisis de las ventajas de la privatización a partir de las deficiencias de las empresas públicas: VICKERS, John y YARROW, George - Un análisis económico de la privatización. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 44 y ss.

La asociación en participación, que se formaliza mediante convenio, permite a la Administración tener un mayor control de la prestación del servicio público que en el *join venture*. Son poco comunes estas figuras en la Administración Pública peruana, pero se dan en el derecho comparado, en especial en el ámbito europeo.

#### 2.4. Encargo de gestión

El encargo de gestión consiste en la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano que puede ser encargado a otros órganos o entidades (dentro o fuera de la entidad a la que pertenece dicho órgano) por razones de eficacia, o cuando la entidad – u órgano – encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma<sup>8</sup>.

El encargo de gestión, al igual que la delegación, se da entre entidades distintas de la Administración Pública; e incluso entre la Administración Pública y particulares. En materia de gestión de servicios públicos y en el ámbito peruano es la modalidad más empleada, siendo común en la gestión de ciertos servicios públicos locales, en los cuales la actividad material es efectuada por una empresa privada, mientras el gobierno local sigue haciendo cobro de las tasas respectivas.

Esta institución se regula de manera genérica por primera vez en la Ley N.º 27444, puesto que no la encontrábamos en ninguna de las normas de procedimiento precedentes, no obstante que ha sido común observar convenios en los cuales se ha encargado determinadas actividades a determinados órganos o entes de la Administración por parte de otros.

Ahora bien, encontramos importantes diferencias entre el encargo de gestión y la delegación. En primer lugar, el encargo de gestión no implica transferencia de competencia, la misma que es conservada por el órgano delegante. Asimismo, el encargo de gestión se confiere para la realización de actividades operativas o materiales, a diferencia de la delegación, que implica la transferencia de facultades decisorias. Finalmente, la delegación se hace efectiva mediante un acto administrativo, mientras que el encargo de gestión, por ser un mecanismo de colaboración administrativa, se formaliza mediante convenio, como veremos seguidamente.

El encargo de gestión es formalizado mediante convenio, en el cual deberá señalarse en forma expresa la mención de la actividad o actividades a las que se

«la privatización genera la necesidad de establecer mecanismos de control y fiscalización de la actividad privada, en especial si es que no existe un régimen de libre competencia en la prestación del servicio»

afecte, el plazo de vigencia del encargo, la naturaleza y su alcance<sup>9</sup>. Ello implica que el encargo de gestión, en primer lugar, debe estar definido materialmente. Asimismo, el encargo de gestión es por definición temporal y no puede exceder el plazo señalado en la resolución que lo establece. Finalmente, el convenio debe definir el tipo de encargo que se está realizando y, cuál es el alcance de dicho encargo en términos de atribuciones y facultades.

El convenio es una figura particular dentro del derecho administrativo moderno. La figura aparece solamente tres veces en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en dos de los casos referidos a mecanismos de cooperación y en uno de ellos a la posibilidad de que se celebren entre particulares en el ámbito de los procedimientos trilaterales. Ello demuestra un tratamiento poco orgánico de la institución, puesto que el ordenamiento jurídico peruano no define de una manera adecuada que debe entenderse por convenio.

En este orden de ideas, debe entenderse por convenio todo acuerdo en el cual participa la Administración Pública. En primera instancia, el convenio tiene una relación de género a especie con el contrato público, pues este último tiene naturaleza patrimonial. Sin embargo, cuando se habla de convenio, debe entenderse que es el acuerdo de la Administración que a su vez no configura contrato, y además, en principio, celebrado entre distintos entes de la misma<sup>10</sup>. En tal sentido, el acuerdo que genera el encargo de gestión carecería de contenido patrimonial.

El órgano que encarga la gestión permanece con la titularidad de la competencia – hecho que distingue claramente en encargo de gestión de la delegación – y mantiene la responsabilidad por ella, debiendo supervisar de manera directa la actividad que se va

8 Artículo 71º, numeral 71.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

9 Artículo 71º, numeral 71.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

10 En este caso, se convertirá en un acuerdo no contractual, puesto que no existen finalidades distintas entre las partes, situación que sí se da respecto del contratista en el marco de los contratos administrativos. Sobre el particular: DROMI, Roberto – Derecho administrativo. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, p. 346-347.

a realizar<sup>11</sup>. En consecuencia, no nos encontramos en este caso ante un supuesto de transferencia de competencia.

Ahora bien, mediante norma con rango de Ley puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando por razones de índole técnica y presupuestales ello fuera aconsejable bajo los mismos términos previstos en la norma<sup>12</sup>. En consecuencia, se configura una prestación indirecta de los servicios públicos por parte del Estado.

Debe tenerse en cuenta que dicho encargo –que se hace efectivo mediante convenios– deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo y no en mérito del derecho privado. En consecuencia, el convenio que se suscriba se regula por medio de normas provenientes del derecho público, que son de imperativo cumplimiento.

### 3. GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR LOS PARTICULARES

La existencia de gestión de servicios públicos por parte de los particulares surge de la necesidad de considerar a los particulares como mejores gestores de los servicios públicos, en particular si estos pueden ser sustentados únicamente por los usuarios a través del pago de tarifas y cuando los mismos están individualizados. Esto proviene de una nueva concepción del rol del Estado en la prestación de los servicios públicos, a través del incentivo de la libre competencia, permitiendo a los actores privados su prestación, beneficiando a los usuarios; dejando el Estado de ejercer un rol prestador, asumiendo más bien la regulación de los servicios a través de los denominados organismos reguladores<sup>13</sup>.

Tradicionalmente se ha considerado que en realidad éste constituye un mecanismo de gestión indirecta, dado que el Estado poseía la titularidad sobre el servicio y lo que hace es otorgar su gestión a los particulares mediante concesiones. Sin embargo, la lógica de eliminación del concepto de reserva de actividades económicas ha permitido doctrinariamente ir sustituyendo el concepto de titularidad estatal de los servicios públicos por el de garantía respecto de la prestación de los mismos, como se verá más adelante. No obstante ello, la lectura del artículo 119° de la Constitución<sup>14</sup> nos permite inferir que el Perú la concepción sigue siendo la de la titularidad estatal del servicio público, razón por la cual la concesión

constituye el mecanismo por excelencia para permitir a los particulares la prestación de servicios públicos.

En este sentido, se entiende que existe un evidente control por parte de la administración pública sobre dichas actividades, dada la naturaleza de actividad de interés público –con nuestras reservas al empleo de este último concepto, que se nos muestra sumamente indeterminado– que tiene el servicio público. Este control se da, en general, a través de la regulación económica, y en particular, a través de los denominados organismos reguladores.

### La relación con el usuario

Ahora bien, cuando el servicio público es prestado por los particulares hay tres sujetos involucrados en el mismo: el usuario, que es quien recibe el servicio; el concesionario, permisionario o contratista (según el caso), que es quien lo presta en calidad de operador del servicio público; y la Administración Pública, que se presenta como la materialización del Estado en esa relación, y que lejos de ser titular del servicio, es quien garantiza la prestación del mismo<sup>15</sup>, y la que permite que los terceros intervengan en las diversas modalidades de prestación de los servicios públicos, cumplimiento de las facultades que para ello le concede la Ley.

### 3.1. Privatización de los servicios públicos

La privatización es el fenómeno a través del cual una actividad que el Estado desempeña es adjudicada a los particulares, permitiéndosele a los mismos la realización de dicha actividad, sea que el Estado mantenga un control más o menos intenso sobre dicha actividad, o más bien la ceda de manera integral a la sociedad<sup>16</sup>. La privatización puede entenderse también como la transferencia de infraestructura estatal a manos privadas. Ambas situaciones pueden darse juntas, o por separado. De hecho, la privatización de determinados servicios públicos ha ido acompañada de la privatización de la infraestructura empleada por el Estado para prestarlo, como ocurrió en el caso de la privatización de los servicios públicos de telecomunicaciones, pero ello no necesariamente ocurre así en todos los casos.

La privatización, en materia de servicios públicos, surge como una necesidad una vez que se comprobó la ineficiencia de la gestión de gran parte de los servicios públicos por parte del Estado. Asimismo, se constató la posibilidad de fortalecer el mercado y la eficiencia

11 Art. 71°, numeral 71.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

12 Art. 71°, numeral 71.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

13 KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo – Op. cit., p. 63.

14 Constitución de 1993:

Artículo 119°.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

15 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge – «Servicios Públicos Regulación y Constitución». En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa N.º 57. Lima: Editorial Asesorandina S.R.L., 2004, p. 37-38.

16 ARIÑO ORTIZ, Gaspar – Principios de Derecho Público Económico. Granada: Comares, 1999, p. 440-441.

de la prestación de los servicios una vez que los mismos pasaran a manos privadas. En el caso peruano, sin embargo, el proceso se encuentra incompleto. De los servicios públicos domiciliarios únicamente los servicios telefónicos y el transporte de gas por ductos se encuentran por completo en manos privadas, mientras que el resto de servicios —electricidad, saneamiento— se encuentran sometidos en parte a la gestión privada, en parte a la gestión estatal.

De hecho, existen empresas públicas cuya privatización genera mucha resistencia, pero que pueden entregarse en concesión, situación en la cual el Estado mantiene la titularidad sobre la infraestructura empleada para la prestación del servicio público, reduciendo el rechazo social, teniendo en cuenta que la privatización de servicios públicos en realidad ocurre de manera limitada, pues el Estado mantiene una intensa regulación respecto de los mismos. Establecer mecanismos de gestión privada sería lo más recomendable, considerando que en materia de saneamiento, por ejemplo, ocupamos uno de los últimos lugares en la región en materia de cobertura<sup>17</sup>.

### 3.2. Regulación del servicio público prestado por los particulares

En muchos casos, la privatización genera la necesidad de establecer mecanismos de control y fiscalización de la actividad privada, en especial si es que no existe un régimen de libre competencia en la prestación del servicio. Esta regulación económica se ve justificada particularmente en la subsistencia de altos costos de transacción, así como en la existencia de externalidades<sup>18</sup>. Se ha considerado que la misma también se justifica en la existencia de monopolios naturales; pero los riesgos de los mismos pueden conjurarse apropiadamente a través del derecho de la competencia, cuyos mecanismos son distintos de los empleados por la regulación económica.

El nuevo rol del Estado en materia de regulación de servicios públicos será el de constituir un garante de la prestación del servicio público y todo lo que esto implica (correcta prestación del mismo, tarifas adecuadas, cobertura deseada, entre otros); junto con esto el Estado será el regulador del servicio pero no sobre la base de una supuesta titularidad sino sobre la base de la obligación social de hacerlo, y esto mediante la capacidad de regular que mantiene; a lo que debemos agregar que dicha regulación deberá ser primordialmente técnica y no política, lo cual

se dirige a la autonomía de la que deben gozar los organismos reguladores; a fin de evitar la captura de los mismos, sea por el poder político —el Gobierno—, el poder económico los operadores del servicio, o el poder social, constituido por los usuarios.

### 3.3. Concesión

A través de la concesión de servicios públicos la Administración Pública encarga a un particular la obligación de hacer funcionar un servicio público, a su costo y riesgo, pudiendo dicho particular obtener un resultado económico como resultado de la explotación del servicio<sup>19</sup>. Por medio de la concesión, y conforme a la concepción que se maneja en el país, el Estado transfiere la gestión del servicio, sin perder la titularidad del mismo.

Por ello, es preciso señalar una diferencia importante que hay entre un servicio público y la concesión propiamente dicha. El primero es una actividad cuya titularidad le corresponde única y exclusivamente al Estado —conforme a la propuesta vigente en el ámbito peruano<sup>20</sup>—; y el segundo es un mecanismo que permite la participación de la inversión privada en la gestión de un servicio público o en la explotación de bienes públicos, a través de una determinada relación jurídica materializada en un contrato de concesión.

Por lo que a la conclusión que se llegaría es que el Estado al ser el único titular del servicio puede retomar la prestación del mismo, con lo cual vemos el carácter temporal de la concesión; lo cual implica que su término está condicionado a un determinado plazo. Por ello es necesario que señalemos que la concesión debe establecerse por un período razonable para que el concesionario logre garantizar el repago de un financiamiento económico. La concesión debe conformar, más que un mecanismo de control, un medio para fomentar la inversión privada en diversas actividades por parte del Estado.

Ahora bien, la concesión administrativa no configura propiamente un mecanismo de intervención administrativa en la economía toda vez que la misma requiere previamente de la afectación por parte del Estado de una actividad determinada, declarándola servicio público a través de la *publicatio*, actos que de por sí constituyen mecanismos de intervención, particularmente en el ámbito de la regulación económica.

17 GUASCH, José Luis — «La prestación de servicios públicos: el uso de concesiones y asociaciones público-privadas». En: Perú, la oportunidad de un país diferente. Lima: Banco Mundial, 2006, p. 171.

18 Sobre el particular: CASES PALLARES, Lluís — Derecho Administrativo de la defensa de la competencia. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 27.

19 ZEGARRA VALDIVIA, Diego — «Concesión administrativa e iniciativa privada». En: Themis N.º 39. Lima: PUCP, 1999, pp. 106-107.

20 Es necesario precisar que en otros ámbitos comienza a abandonarse la concepción de la titularidad de los servicios públicos por parte del estado, reemplazándose ello con el concepto de garantía, que propugna más bien que el Estado es garante de la prestación del servicio a través del concepto de servicio universal.

En este orden de ideas, la intervención administrativa se da al momento de la generación de dicha afectación y no cuando la misma obliga al Estado a otorgar concesión a los particulares a fin de que los mismos puedan ejercer actividades económicas, dado que el Estado no puede efectuar dichas actividades por sí mismo. Es dicha afectación la que configura limitación a los derechos de los particulares, sea libertad de empresa, libertad de comercio o propiedad, y no la concesión propiamente.

### Caracteres

La concesión de servicios públicos se configura entonces como un contrato, de naturaleza pública, celebrado entre la administración y el particular para explotar servicios públicos. No toda concesión administrativa se produce como resultado de un contrato. Existen modalidades de concesión, como la concesión minera, que se restringen a un acto administrativo.

En primer lugar, el contrato de concesión implica la existencia del servicio público. La obligación de dar en concesión una actividad determinada lleva aparejada la declaración como servicio público de la misma. Esto opera evidentemente en sistemas jurídicos como el peruano, en el que se mantiene el concepto de titularidad de los servicios públicos por parte del Estado.

El contrato de concesión implica ciertas obligaciones del concesionario en relación con el servicio público. La Administración se constituye entonces en un garante de la continuidad y regularidad de la prestación del servicio por parte del concesionario. Como resultado, al concesionario se le aplican diversas regulaciones provenientes del derecho público. Asimismo, el organismo regulador se convierte en un supervisor del cumplimiento del contrato de concesión.

Asimismo, como resultado de la concesión, el concesionario asume el riesgo de la prestación del servicio y la responsabilidad del mismo, pero a la vez adquiere ciertas prerrogativas típicamente públicas<sup>21</sup>. De hecho, le resultan de aplicación las normas sobre procedimiento administrativo, en aplicación del artículo I del Título Preliminar de la Ley N.º 27444<sup>22</sup>, siendo susceptibles incluso de emitir actos administrativos. Como resultado, la gestión del servicio público en puridad sigue siendo administrativa.

La administración a su vez goza de ciertas prerrogativas respecto del concesionario. Dichas prerrogati-

vas evidentemente se encuentran señaladas por la Ley y se establecen en mérito del interés público. El grueso de dichas prerrogativas son asumidas por los organismos reguladores, encontrándose cada vez más limitadas las competencias atribuidas al organismo concedente, a fin de asegurar imparcialidad en la regulación.

Finalmente, el contrato de concesión implica la mayor intensidad posible de control de la Administración sobre la prestación de servicios públicos por parte de los privados. Ello ocurre porque el privado estará sometido a una triple regulación. En primer término, la que proviene de las normas legales que regulan la prestación del servicio en cuestión. En segundo término, la regulación que proviene de los organismos reguladores encargados de la supervisión del contrato de concesión y de la prestación del servicio. Finalmente, el concesionario se encuentra sometido a la regulación, aún más particular, proveniente del propio contrato de concesión.

### 3.4. Autorización

A través de la autorización —que es un acto administrativo—, el Estado permite la prestación de un servicio que siempre ha estado en manos de particulares. Esta autorización implica la realización de actividades de fiscalización y control. A diferencia de la concesión de servicios públicos, que es un contrato de derecho público, la autorización es emitida a través de un acto administrativo.

La autorización implica un régimen de control menor que el establecido mediante la concesión. La regulación proviene únicamente de las normas legales que regulan el servicio y del acto administrativo de autorización. En general, la prestación del servicio se somete a un régimen de fiscalización más atenuado, a cargo de la entidad que autorizó la prestación del servicio. Como resultado, en principio las actividades de interés público requieren únicamente del otorgamiento de autorización por parte del ente respectivo.

### Distinción entre concesión y autorización

Las diferencias entre las figuras jurídicas de la licencia, permiso o autorización respecto de la concesión consisten en que la autoridad al otorgar la concesión crea un derecho a favor del solicitante del cual el mismo no disfrutaba de manera previa<sup>23</sup>. En la

21 ARIÑO, Gaspar – Principios de Derecho Público Económico. Op. cit., p. 519.

22 Ley N.º 27444, Título Preliminar:

Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por «entidad» o «entidades» de la Administración Pública:

(...)

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

23 Sobre el particular: PARADA, Ramón – Derecho Administrativo Parte General. Madrid: Marcial Pons, 1996, Tomo I, p. 455.

concesión, la autoridad crea un derecho el cual el concesionario no poseía previamente. Los particulares o administrados poseen el derecho a solicitar concesiones, pero no el derecho a prestar el servicio público, el mismo que deben obtener del Estado.

En cambio, la licencia y el permiso el derecho a realizar el acto o desempeñar la actividad preexisten al acto administrativo que lo contiene; por ejemplo, el dueño de la bodega tiene derecho a explotar la misma, pero requiere de autorización municipal para ello; asimismo, el propietario de un inmueble tiene derecho a construir en él, pero necesita de una licencia municipal para poder ejercer ese derecho.

Sin embargo, en algunas ocasiones esta diferencia es difícil de establecer en los hechos, ya que en muchas ocasiones la necesidad de establecer una regulación intensa obliga al Estado a regular que la actividad que se autoriza deba implicar la celebración de contratos de concesión. Si asumimos que en el Perú se emplea el criterio de la titularidad estatal del servicio público, como ya lo hemos señalado, los particulares deberían acceder a la prestación de todos los servicios públicos a través de la concesión, lo cual no necesariamente ocurre así. Un ejemplo muy importante es el de la educación básica, la misma que hasta el momento no requiere de concesión para poder ser ejercida.

De hecho, la paulatina liberalización del servicio público, situación que es patente en el derecho comunitario europeo, y la transformación del concepto de titularidad del mismo deberían llevar, como lógica consecuencia, a que el título habilitante para la prestación del servicio deje de ser la concesión y sea reemplazada por la simple autorización<sup>24</sup>. Ello debido a que en este caso el derecho del particular preexiste al acto administrativo y el Estado no posee facultad alguna que vaya a transferir. La segunda lógica consecuencia de este proceso es el cese de la aplicación de normas de procedimiento administrativo a las empresas prestadoras de servicios públicos, conforme lo dispuesto por la Ley N° 27444.

## Regulación de la autorización

La autorización en general es el resultado del ejercicio por parte de la Administración Pública de la actividad de limitación de derechos, conocida tradicionalmente como actividad de policía, la misma que a su vez también se encuentra sometida a importantes parámetros. La regulación económica limita determinados derechos fundamentales, fundamentalmente aquellos que se encuentran referidos a las libertades económicas.

Por otro lado, las autorizaciones son siempre el resultado de un procedimiento administrativo, el cual se encuentra debidamente regulado por el **Texto Único de Procedimientos Administrativos** – TUPA de la entidad sectorial que corresponda y las normas que regulan la actividad en cuestión. La autorización será emitida evidentemente en el caso en que el administrado cumpla con los requisitos para ello.

Finalmente, en la mayoría de los casos, los procedimientos administrativos conducentes a la obtención de autorizaciones, permisos o licencias están sometidos a silencio administrativo positivo<sup>25</sup>, con la lógica finalidad de fomentar la inversión privada y corregir las barreras administrativas para la misma.

## 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La moderna concepción del servicio público, incluso dentro del ámbito de la titularidad del mismo por parte del Estado, permite diversos modos de gestión del mismo, que incluyen la gestión estatal, mixta y privada. Cada una de ellas posee una regulación propia, teniendo en cuenta que, en aplicación del principio de subsidiaridad, la gestión privada debería ser preferida frente a las demás.

A su vez, la gestión privada implica que la prestación del servicio se haya privatizado, sin que el Estado haya prescindido de sus facultades de regular el mismo, a través de los mecanismos que la ley le faculta, en particular, a través de los organismos reguladores. Finalmente, dicha gestión privada puede hacerse efectiva a través de concesiones o autorizaciones. 

24 VALENCIA MARTIN, Germán – «Servicios públicos y organismos reguladores». En: Derecho administrativo. Lima: Jurista - Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2004, p. 396.

25 Ley N.º 29060:

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

a) Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final.

(...)