

EL ROL DEL ESTADO Y LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

Baldo Kresalja R.**

"Le service public est un perpétuel devenir"
M. Hauriou 1902

"El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario"
Conseil d'Etat
Rapport Public, 1994

En el presente artículo el autor realiza un detallado análisis del rol del Estado en el siglo XX en relación con los servicios públicos. Comienza describiendo las diferentes teorías que surgieron para establecer el margen de acción del Poder Ejecutivo, los diversos principios sobre los que se basaron dichas teorías, y la evolución doctrinaria al respecto. Luego se centra en la situación actual, en los vertiginosos cambios de orden político económico y socio-cultural que han influenciado el panorama de un área tan importante, no sólo para los que estamos involucrados en la comunidad jurídica, sino para todos los habitantes de un país. El autor se explaya en la nueva legislación sobre los servicios públicos y en el nuevo -y más limitado- rol del Estado en nuestro país.

I. BREVE REFERENCIA A LA VINCULACIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO CON EL SURGIMIENTO, ROL Y EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

1. El fin del Estado, en la formulación tradicional, es "el bien común temporal de los súbditos" y, por cierto, hipotéticamente, fines del Estado pueden serlo en principio todos, pues el Estado es una entidad de fines totales¹. Ahora bien, la determinación en concreto de estos fines ha sido y será siempre una cuestión histórica, es decir, de circunstancias.

El "servicio público", que es una expresión de uso generalizado, probablemente como fruto de su utilización extra-jurídica, frecuente por lo demás en otras categorías jurídico-públicas, es, de otro lado, "un mito legitimador de la acción del Estado"²; es decir, de un Estado que no quiere limitarse a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, características esenciales del Estado Liberal del siglo XIX, que se convierte en un sujeto conformador del orden social, asumiendo una posición activa en la prestación de servicios.

Nos dice Meilán que "el servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideo-

* Deseo agradecer a la Profesora María Antonieta Galvez K., por su entusiasta colaboración en la revisión de este trabajo.

** Abogado, Profesor de Derecho de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ ARIÑO, Gaspar, "Economía y Estado", Madrid, 1993, p. 276 y ss.

² MALARET, E., "Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las Necesidades, Transformación del Contexto". En: Revista de Administración Pública, número 145, Madrid, 1998, p. 50

lógico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-Sociedad. Y esto mismo -continúa- es lo que hoy hemos de indagar: si aquellos presupuestos permanecen o han desaparecido, o se han modificado”³. Lo característico, entonces, de este instrumento maleable que es el servicio público, como categoría jurídica diferenciada, “es su configuración como título habilitante de potestades administrativas, o justificación de la acción del poder público en general si se prefiere”.⁴

Sin necesidad de hacer una muy exhaustiva enumeración de las finalidades que las modernas Constituciones le asignan o plantean al Estado, comprobamos que en la gran mayoría de ellas se enuncian metas por alcanzar, sean de carácter social, económico o asistencial, aunque -conviene recordarlo- no en todas con la misma abundancia, ni con igual exigencia normativa. Ello no implica, sin embargo, que el Estado tenga que ser protagonista, en todas las ocasiones, de esa inmensa variedad de fines. De otro lado, hay actividades cuya consecución el Estado asume directamente, pero que no pueden ser calificadas como servicios públicos.

Al tratar sobre los fines del Estado, la doctrina suele distinguir entre lo que llama actividades esenciales y actividades no esenciales o de utilidad. Ejemplo de las primeras son, entre otras, la tarea legislativa, la política exterior, la defensa, la hacienda, la seguridad interior, etc. Pero la experiencia nos hará saber que el Estado no se limitará a ellas, pues las complejidades de la vida moderna lo obligarán a intervenir en otras, para satisfacción y bienestar del pueblo. El problema se encuentra entonces, y así es también en nuestro país, en determinar cuál ha de ser la amplitud y extensión de su actuación, sea directamente o mediante entes públicos *ad-hoc* o terceros, para brindar y satisfacer los fines sociales de utilidad pública que ha decidido asumir. Aunque las respuestas están impregnadas de juridicidad, son siempre políticas; y en muchas ocasiones para los juristas serán un dato, una respuesta histórica que les viene dada en cada momento y en cada país.

2. La idea de servicio público es, a diferencia de lo que acontece con las categorías del contrato y el dominio público que aparecen en el Derecho Romano, relativamente reciente. No comenzó como una “idea definida y clara que pudiera estar incluida en una definición legal, doctrinal o jurisprudencial, sino, por el contrario, como una especie de omnipresencia en la actividad administrativa, una categoría jurídica descategorizada, un ente ubicuo (...) y que cada uno interpretaba a su capricho”⁵, sino que es una idea que solamente fue posible una vez creado el Estado Moderno, consolidado sobre la base de su soberanía.

El origen francés de la categoría jurídica de servicio público tiene aceptación general. En León Duguit, fundador de la Escuela de Servicio Público en Francia, la idea del servicio público es “antiautoritaria”⁶, porque sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público, y se convierte, por tanto, en fundamento y límite del poder. Sin embargo, al tecnificarse -por obra de Hauriou, contradictor de Duguit- el servicio público pasará a constituir un elemento de consolidación del poder público, desdibujándose así la inicial finalidad antiautoritaria, en un proceso de adaptación a las nacientes exigencias sociales; y al satisfacer a éstas, el Estado se legitimará, superando la primera formulación del Derecho Público post revolucionario, cuando bastaba el ejercicio de los clásicos poderes soberanos.

“En ese contexto, el del Estado de Derecho, de los fundamentos ideológicos de la Revolución y de los datos sociológicos de una burguesía emergente, el servicio público aparecerá como una suerte de compromiso - de “reconciliación”- del Estado con los intereses particulares (...) El Estado encarna la razón -el interés general-; la sociedad, en cambio, los intereses particulares, que en la sociedad burguesa se identifican con la actividad económica”.⁷ En efecto, el Estado declara -y se reserva- la titularidad y la gestión se deja a los particulares en virtud del principio de libertad de industria y comercio. Y ambas partes quedan satisfechas porque “el servicio no se identifica con imposición y lo público evita

³ MEILÁN, J.L., “El Servicio Público en el Derecho Actual”. En: Revista de Derecho Administrativo, número 15, Buenos Aires, 1994, p. 343

⁴ Ibid. p. 342

⁵ VILLAR PALASI, José Luis, en el prólogo de “Servicio público y técnicas de conexión”, VILLAR EZCURRA, José Luis, Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1980, p. 14

⁶ MEILÁN, J.L., Op. Cit. p. 348 y ss.

⁷ Ibid. p. 350

el privilegio. El servicio público proporciona así una legitimidad nueva al Estado. La prestación disimula la dominación. El particular se beneficia de la gestión y limita por otra parte, en nombre de la libertad de industria y comercio, la competencia del Estado".⁸ Este compromiso ideológico refuerza la posición de la "burguesía de negocios", y así se entiende la importancia que en esta época adquiere la figura del concesionario. En ese momento histórico la concesión del servicio público, es decir, su gestión por particulares, es el único medio que el Estado acepta para satisfacer las crecientes demandas sociales.

3. Desde el punto de vista de los antecedentes en nuestra historia⁹, aparece en la Constitución de Cádiz de 1812, donde se hablaba de "obras y otros objetivos de utilidad común" (artículo 322), identificando el servicio público con las ramas del servicio de la Administración (artículo 341)¹⁰. El servicio público aparece en España en la primera mitad del siglo XIX con la apertura al público de la posta real, la secularización de las fundaciones eclesiásticas, con las primeras leyes de expropiación y con la separación jurisdiccional, pues la contencioso administrativa era la única que podía conocer de los contratos celebrados por la Administración para una obra o servicio destinado a la satisfacción de una necesidad pública, ya que todos los otros eran considerados contratos civiles.

El hecho que el servicio público estuviera asociado desde su inicio a las ideas de utilidad pública, necesidad pública o interés general, servirá más tarde para englobar paulatinamente, como "cajón de sastre", no sólo a aquellas actividades que *stricto sensu* pertenecían a esa categoría, como fueron en su tiempo, por ejemplo, los ferrocarriles, sino también

a otras en las cuales las potestades públicas no eran tan claras o intensas, lo que daría lugar a un intervencionismo económico creciente por parte del Estado.

Así, la idea inicial del servicio público fue mutando conforme cambiaba la estimación de lo que se consideraba necesidad pública. Por ejemplo, actividades que en sus orígenes fueron inicialmente privadas y sometidas únicamente a débiles controles de policía, como el suministro de energía eléctrica con fines de iluminación pública o el transporte de pasajeros por carretera, se convertirán más tarde en servicios públicos, mediante una expresa declaración normativa que exigirá usualmente los requisitos de continuidad y regularidad de la prestación. Apreciamos así que "la decisión acerca de la estimación de lo que, en cada momento, puede ser una "necesidad pública" no corresponde al mundo del Derecho, sino al de la decisión política, que a su vez se encuentra condicionada por el contexto socio económico de cada época"¹¹. Al jurista, sin duda, le interesa qué es lo que se considera "necesidad pública", pero no participará en su determinación; ello le será dado, es un dato extrajurídico, aunque no por ello menos importante y hasta decisivo para la salud económica y la vida democrática de un país.

4. Para entender mejor la evolución e importancia del servicio público veamos, esquemáticamente, siguiendo a Gaspar Ariño¹², las etapas de la expansión histórica de los fines del Estado en Europa continental, las que incluso podrían servir de pauta para su estudio en nuestra realidad. Una primera se sitúa en la primera mitad del siglo XIX en la cual el Estado asume, además de sus fines esenciales como la Defensa, Hacienda y Justicia, actividades de carácter policial y de fomento. Su objetivo fundamen-

⁸ Ibid. p. 351

⁹ Hasta donde sabemos, está por escribirse la historia de la evolución y recepción en el Perú republicano del concepto de servicio público, así como su puesta en práctica, tarea fundamental no sólo desde el punto de vista de la historia de las ideas políticas, sino además para apreciar la evolución de lo jurídico, lo económico y lo social.

¹⁰ VILLAR EZCURRA, José Luis, Op. Cit. p. 19.

¹¹ VILLAR EZCURRA, Op. Cit. p. 62. Vid. en el mismo sentido Cincunegui, J., "Fundamentos Legales de la Regulación y el Control de los servicios públicos". En: La Ley 1995-D, Buenos Aires, quien indica en su pie de página (1): "Determinadas actividades, por (...) características y naturaleza propias, se tipifican como "servicio público", siéndoles aplicable un régimen especial. Dependiendo del desarrollo económico, social y político, cada sociedad imputa dicha calificación conforme a valores dados en un lugar y tiempo determinados de su historia. Cuando así se les califica, se dice que dichas actividades se "publifican", esto es, quedan en la órbita de protección gubernamental, que las titulariza y consecuentemente asume la responsabilidad de asegurar la eficiencia, calidad, regularidad, continuidad, generalidad y uniformidad en la demanda de dichos bienes o servicios. Se verifica así lo que se denomina un "monopolio legal" de la actividad, conforme al derecho continental europeo de corte romancista. Esto es, el Estado (en sentido lato), considerando la esencialidad que revisten dichas actividades y con el objeto de asegurar su explotación en condiciones razonables y justas, las regula en forma intensa y asume una potestad sobre las mismas que quedan excluidas del régimen general de ejercicio del comercio, distinguiéndose del mismo por la imposición de reglas especiales", p. 1261 y 1262.

¹² ARIÑO, G., Op. Cit. p. 278 y ss.

tal es el mantenimiento del orden público, limitando lo menos posible la libertad de los ciudadanos, y garantizando su libertad y su propiedad. Se trata del denominado Estado Liberal, en el que sólo se establecerá un marco jurídico genérico y formal para la configuración del orden económico. En esta etapa sólo excepcionalmente se admitirán medidas de fomento para la actividad privada, así como la prestación, por el Estado o por los Municipios, de servicios asistenciales y económicos.

La segunda etapa se sitúa en la segunda mitad del siglo XIX, momento en que se originan, al compás del progreso técnico, los grandes servicios públicos de carácter económico que llegan incluso a nuestros días, tales como los ferrocarriles, los transportes por carretera, el gas, el teléfono, etc., que suponen nuevos campos de acción, para cuya eficaz realización no basta la acción policial ni tampoco la pura medida de fomento; exigen una intervención, es decir, planificación y dirección, por parte del Estado. Si bien muchas de estas tareas no eran susceptibles de realizarse en un régimen de competencia, sino que tenían vocación de exclusividad, de monopolio, la ideología o dogmas liberales constituían un obstáculo para que el Estado asumiera directamente más responsabilidades, pues su papel debía ser esencialmente jurídico, no económico. “La resultante de esta tensión -dice Ariño- entre la urgencia de satisfacer las nuevas necesidades públicas (exigencias de la vida de la sociedad) y las concepciones ideológicas imperantes será la concesión administrativa”¹³. Mediante esta fórmula el Estado hará compatible la titularidad estatal sobre dichas actividades (*dominus*) con su dirección, pero sin gestionar. Estas tareas o actividades novedosas si bien no eran intrínsecamente públicas, pues no formaban parte de los fines históricos o esenciales del Estado, mediante esa técnica quedaban publicadas, ya que lo que se cede en concesión no es la titularidad sino la gestión. De esta forma, mediante la concesión se limitaba la libre actuación privada y se sometía al empresario a un régimen especial de Derecho Público. Dice Ariño: “Concesionario interpuesto, control intenso del Estado y prerrogativas frente a terceros son tres elementos definitorios del régimen jurídico de los servicios públicos en esta etapa que aproximadamente se extiende de mediados del siglo XIX hasta los primeros años del siglo XX”¹⁴.

La tercera etapa es calificada por Ariño como de prestación directa, la que se inicia después de la Primera Guerra Mundial, y que es el resultado de graves dificultades ocurridas en algunos concesionarios (quiebras, inviabilidad técnica); de la reversión de ciertas concesiones (caducidad, rescate); así como por el surgimiento de nuevas actividades, tales como la seguridad social. La gravísima crisis económica y social en Europa, consecuencia de la citada guerra, acelerará esta opción estatal.

Explica Santiago Muñoz Machado¹⁵ que a finales del siglo XIX las concepciones sobre el Estado comienzan a cambiar y con ellas las ideas sobre la significación de los servicios públicos. La ideología dominante en ese siglo fue la del poder, en virtud de la cual nadie podía sustraerse, todos debían obedecer al Estado. En ese orden de ideas -continúa- si el Estado está sometido al Derecho es por una autolimitación voluntariamente asumida, de lo que se deriva la idea de que no está sometido a las mismas reglas que rigen las relaciones entre los particulares. El Derecho no precede al Estado sino que nace del poder de éste. “El derecho es (...) un límite externo, resulta solamente de un proceso de objetivación de la voluntad del Estado en un orden jurídico caracterizado por la estabilidad, la coherencia y la jerarquización”¹⁶. Esta concepción comienza a declinar a fines del siglo XIX, cuando los procesos de industrialización, concentración económica y urbanización creciente exigen cada vez más la intervención del Estado para “mantener los equilibrios sociales”. La cada vez mayor intervención de éste en la vida económica no encuentra ya en la teoría del Estado-Poder una fácil justificación; ahora debe legitimar su intervención, es decir, explicarla.

La nueva concepción del Estado ya no lo convierte entonces tanto en un “garante externo” sino en el “responsable” del crecimiento económico y del progreso social, y adquiere presencia la noción de solidaridad. Pronto se desbordaría entonces el concepto de servicio público, al ser equiparado por la escuela de Burdeos a toda actividad desarrollada por la Administración. Para el gran jurista francés León Duguit, quien tendría tan grande influencia en lo que sería el concepto dominante de servicio público durante parte importante de este siglo que

¹³ Ibid. p. 280

¹⁴ Ibid. p. 281.

¹⁵ Servicio Público y Mercado, Volumen I. Los fundamentos, Ed. Civitas, Madrid 1998, p. 99 y ss.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, S., Op. Cit. p. 101.

termina, la concepción del Estado como entidad abstracta y soberana, situada detrás de los gobernantes y titular del poder, pertenece al orden de la metafísica. Los actos del Estado no son para él sino la traducción de la voluntad de las personas que lo conducen. Y los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados en la medida que corresponden con las normas jurídicas surgidas de la conciencia social, a las que llama Duguit Derecho Objetivo, en cuyo centro está la idea de servicio público. El papel de los gobernantes es tomar a su cargo actividades de interés general indispensables para la vida colectiva. Y afirma que el servicio público constituye "el fundamento y el límite del poder de los gobernantes"¹⁷. En esta línea de pensamiento el Derecho Público se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido¹⁸. Esta concepción sería posteriormente desarrollada y reelaborada por otros dos grandes juristas, M. Hauriou y G. Jeze, lo que daría lustre y gran influencia a la doctrina francesa de los servicios públicos en Europa y América Latina¹⁹.

La cuarta etapa se caracteriza -dice Ariño²⁰- por el protagonismo económico del Estado en la producción de bienes, última ampliación histórica, en este proceso, de los fines del Estado, la que tendrá lugar a partir de 1945 una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y que estará íntimamente vinculada a la ideología del Estado Social o del Bienestar. Esta expansión de la actuación del Estado en el terreno de las prestaciones económicas hace que difiera significativamente de la tarea original de prestación de servicios públicos, pues ya no se trata sólo de la prestación de un servicio para la satisfac-

ción de los ciudadanos, sino de influir en la economía en su conjunto.

Finalmente, en la quinta etapa, que es la que vivimos hoy, el Estado es un programador de la vida social. En efecto, al Estado en nuestros días no le interesa tanto producir como hacer que los demás produzcan, instrumentar técnicas de concierto con las empresas privadas que hagan actuar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de programas nacionales. La Administración Pública de nuestros días debe hacer suya -se dice- aquella máxima atribuida a Metternich: "yo sólo hago lo que nadie es capaz de hacer por mí". Su grandeza y su finalidad se asientan, en buena medida, en poner en marcha a la sociedad, haciendo uso de su política económica, sus herramientas financieras, de estímulos, para orientar al sector privado en la Economía.

5. La evolución de los fines históricos del Estado sirve para poner de manifiesto las modalidades de la actuación administrativa que surgieron como consecuencia de su expansión en asuntos económicos. Y conviene poner de relieve que las etapas de esa evolución deben apreciarse no como sustitutivas sino acumulativas, es decir, los nuevos fines no han desplazado a los anteriores, sino que se han superpuesto. Desde el punto de vista jurídico, las modalidades de la acción administrativa que han sido puestas en marcha para realizar esos fines sucesivamente crecientes, podrían -dice Ariño a quien también aquí seguimos²¹- ser clasificados en cinco tipos, a saber:

a) Una acción ordenadora, reguladora de modo coactivo de la iniciativa privada, hecha de actos de

¹⁷ Ibid. p. 102-103

¹⁸ Afirmará Duguit: "los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les impone su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho Objetivo", "Las transformaciones del Derecho", citado por MUÑOZ M.S., Op. Cit. p. 104. Sobre la importancia e influencia de la Escuela de Burdeos en la creación de una "ideología" del servicio público, la participación de notables juristas como L. Duguit, M. Hauriou y G. Jeze, su influencia en Europa y en Argentina, Vid. MEILÁN, J.L., "El servicio público en el derecho actual". En: "Revista de Derecho Administrativo", número 15, Buenos Aires, 1994; CITARA, R., "El Servicio Público", Buenos Aires, 1995; CASSAGNE, J.C., "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado". En: "Revista de Administración Pública", número 140, mayo-agosto, Madrid, 1996; y "El Servicio Público y las Técnicas Concesionales". En: La Ley-1995-C, Buenos Aires.

¹⁹ Aida K. de Carlucci esquematiza las orientaciones doctrinarias francesas tradicionales, señalando que hay teorías que consideran como servicio público toda actividad del Estado, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes (L. Duguit); aquéllas que lo entienden como toda actividad de la Administración Pública, en la que se descarta las de jurisdicción y de legislación (Jeze); y, finalmente, la que limita el servicio público a una parte de la actividad administrativa (Hauriou). "Huelga y Servicios Públicos". En: La Ley-1990-B, p. 831

²⁰ ARIÑO, G., Op. Cit., p. 282, 283.

²¹ Ibid. p. 284, 285.

imperio. Es la acción de policía, cuyo ejemplo típico son las órdenes, las autorizaciones, las licencias, o bien las prohibiciones del actuar privado.

b) La acción de fomento, de estímulo, de modo no coactivo sobre las fuerzas sociales, con el objeto de imprimir un determinado sentido a la actuación de éstas. Esta acción se desarrolla por cauces jurídicos pero fundamentalmente tiene carácter económico (estímulos económicos). Ejemplos típicos son las subvenciones, las exenciones fiscales, etc. En ellas normalmente el Estado no manda sino que ofrece y necesita de la colaboración de un particular, de su aceptación, para llevarla a cabo.

Bajo estos dos primeros tipos de actuación, como se aprecia, el Estado se queda fuera de la actividad económica; la regula o influye, pero se mantiene fuera.

c) El tercer tipo de actuación es como protagonista, tiene a su cargo el ejercicio directo de actividades, que podrán ser prestadas por sí mismo a través de sus propios órganos, o bien por delegación a través de concesiones. En estas actividades el titular es la Administración; en ella se encuadra la actividad de servicio público, a nombre propio o por delegación.

d) En cuarto lugar está la actividad de producción del Estado, al convertirse en un agente más del mercado, sin reserva de titularidad; es la llamada gestión económica.

e) Finalmente, nos encontramos con la actual, esto es, la acción de previsión y programación, tanto de la actividad pública como de la privada: se trata de la acción planificadora.

En esta última, el Estado también la orienta desde fuera. Pero en la tercera y cuarta, servicios públicos y gestión económica, el Estado es protagonista. Ahora bien, el concepto del servicio público, o su caracterización, está básicamente referido al citado tercer tipo de actuación, cuando el Estado es titular de la actividad, sea que la preste directamente o mediante terceros.

II. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO: SU DIFÍCIL PRECISIÓN

6. Puede decirse, sintéticamente, que el concepto de servicio público aparece históricamente como todo aquello que tiene relación con los asuntos colectivos del Estado, como algo que se contrapone a los asuntos privados. En la Europa del siglo XIX el servicio público sucede al servicio al rey porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Recordemos que la Revolución Francesa suprime los cuerpos intermedios, lo que obligará más adelante al propio Estado a asumir tareas tales como las de beneficencia, sanidad, enseñanza, etc. Por cierto que antes también el Estado las regulaba, pero al separarse ideológicamente el Estado y la sociedad, el Estado se va a ver obligado a declararlas como "tareas propias", pues antes estaban encomendadas a los grupos sociales bajo su vigilancia²²

Pero dicho concepto tiene también otra dimensión: se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es, acciones por las que se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad, sin que cada uno tenga que atender personalmente el cuidado de ella, como era antes, cuando constituían tareas privadas. Y ello fue así porque a medida que la técnica y la civilización brindaron nuevas posibilidades de satisfacción a las necesidades sociales, que en parte la sociedad reclamaba, se fueron produciendo -como hemos ya dicho- sucesivas ampliaciones en los campos de actuación del Estado. Entonces, el acto de declaración (*publicatio*) de una actividad o de un sector como "público", como "servicio público", significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Concesión que, de producirse, tendrá un carácter traslativo, en el sentido que supone la transferencia a aquéllos (al sector privado) de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían.

Lo dicho nos hace apreciar que, desde un punto de vista material, las actividades comprendidas bajo la declaración (*publicatio*) como servicios públicos, podrán y pueden estar regidas por el Derecho Privado, tema que vuelve a cobrar gran actualidad en

²² Ibid. p. 287. Héctor J. ESCOLA ha dicho a este respecto que "la tendencia a mantener en manos privadas la prestación de los servicios caritativos existentes, que aparecía como una consecuencia natural del liberalismo económico y de la libertad política entonces surgentes, sólo comenzó a revertirse cuando se admitió la importancia que tenían esos servicios y los inconvenientes que se derivaban de su ejecución por parte de quienes tenían, como meta natural, la obtención de un lucro o beneficio, que no siempre se compadecía con la índole propia de la prestación", "Compendio de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1984, citado por CITARA, R., "El Servicio Público", Buenos Aires, 1995, p. 26. Como bien nos recuerda Meilán, el servicio público desde su creación viene cargado de intencionalidad ideológica y concebido como un instrumento político, es decir, de cambio social. Op. Cit, p. 348.

nuestros días (Vid. *Infra VI*). Sin embargo, dado el compromiso político implicado en la prestación, así como la necesidad de satisfacer los requerimientos colectivos, históricamente se prefirió someterlo a un régimen jurídico de Derecho Público. “Aquí nace -dice Rodolfo Barra- el concepto jurídico de servicio público: actividades generalmente de contenido comercial-industrial (en especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX) destinadas a satisfacer necesidades de interés público directo e inmediato y sometidas a un régimen de Derecho Público. De esta manera se logra diferenciar a este sector de la actividad estatal de aquél otro, materialmente muy similar, regido por el Derecho Privado”.²³ Y todo ello pone de relieve que, salvo la actividad dirigida a ordenar a la sociedad hacia el bien común, que tiene un incuestionable carácter público, ninguna otra es en sí misma pública o privada; de lo que se deduce que “el sujeto titular de esa actividad ordenadora, es un sujeto público y todo lo que él asuma también como titular, para realizar la finalidad de bien común que justifica su existencia, será entonces una actividad pública”²⁴.

7. Ahora bien, cabe decir en primer término que no existe una uniforme y pacífica definición de servicio público, como lo comprueba una simple revisión bibliográfica²⁵, pues no hay una tesis compartida en la doctrina sino más bien disenso, a pesar de ser un concepto ampliamente utilizado tanto a nivel constitucional como legislativo. Y ésta es una de sus notas distintivas: la omnipresencia legislativa de esta técnica de intervención, lo que conlleva la

multivocidad de la expresión, incluso dentro del derecho positivo de un mismo país²⁶. Dice Ariño que “incluso el especialista se ve en dificultades cuando trata de definirlos, esto es, cuando trata de diferenciar, o de apreciar, según unos criterios jurídicos determinados, la existencia o no, la calificación o no, de una actividad como servicio público, y de aplicarle en consecuencia un régimen jurídico específico (que esto es “definir” jurídicamente)”²⁷.

Sin perjuicio de lo dicho, al servicio público puede considerársele “como un instituto jurídico tendiente a garantizar que la actividad por él regulada sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados”²⁸. Únicamente con fines ilustrativos diremos que Garrido Falla lo define como “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial”²⁹. Agrega el jurista español que se trata de un servicio técnico porque lo que el administrado recibe no son actos administrativos (órdenes, licencias, autorizaciones o sanciones), sino prestaciones técnicas, y menciona como ejemplos de ello que en una universidad o en una escuela pública se imparten enseñanzas y en un hospital se reciben atenciones médicas. Más adelante indica que debe ser prestado al público, es decir, a los ciudadanos en general y con respeto al principio de igualdad ante la ley; y que debe hacerse de manera regular y continua. Finalmente, como notas inherentes de la definición, menciona a la titularidad pública, lo que

²³ “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público”. En: *La Ley-B*, 1982, p. 365.

²⁴ *Ibid.*, p. 368.

²⁵ Rubén CITARA afirma, similarmente a lo que dicen otros autores, que se trata de uno de los temas “más arduos que se pueda enfrentar en el ámbito del Derecho Administrativo”; que “lejos está la doctrina de los autores de mantener un criterio uniforme a propósito de esta cuestión”; y que ella es compleja porque se discute no sólo el problema de las funciones del Estado, sino su propia esencia. Vid. “El Servicio Público”, Buenos Aires, 1995, p. 21. Maurice HAURIUO dirá en su “*Precis de droit administratif*”, 1919, p. 44, citado por CARLUCCI, A., *Op. Cit.*, p. 831, que es el “servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”. R. BIELSA en su obra “Derecho Administrativo”, Tomo I, Buenos Aires, 1964, p. 463 dice: “toda acción o prestación realizada por la Administración Pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”. Roberto DROMI. En: “Derecho Administrativo”, 1995, p. 531, dice: “en consecuencia, el servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de Derecho Administrativo, común a todo el quehacer de la función Administrativa”. Por su lado, J.L. MELJÁN afirma en su artículo “El servicio público...”, p. 359, ya citado, que es la actividad esencial para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta -por los particulares- es siempre posible”. Raúl Pischercha, afirma en su artículo “Las concesiones de servicios públicos en la reforma del Estado”: “serán servicios públicos aquellas actividades que tiendan a satisfacer necesidades de bienestar y progreso de la mayoría de la población, y que para asegurar su normal prestación, se les reconozca preeminencia respecto del derecho de los particulares”, *La Ley-1997-B*, p. 1410.

²⁶ MEILÁN, J.L. *Op. Cit.*, p. 341

²⁷ ARIÑO, G., *Op. Cit.*, p. 276.

²⁸ BARRA, R., *Op. Cit.*, p. 366.

²⁹ GARRIDO FALLA, F., “El Concepto de Servicio Público en Derecho Español”. En: *Revista de Administración Pública* número 135, Madrid, 1994, p. 21.

no es incompatible con el hecho frecuente de que el servicio se preste bajo concesión, y el sometimiento a un régimen jurídico especial, aunque la tendencia reciente es al de un progresivo aumento en su regulación por parte del Derecho Privado.

8. El concepto de servicio público es un concepto asequible al gran público. Todo el mundo tiene una idea de lo que es un servicio público, pero en éste como en muchos otros casos en el Derecho Público, los conceptos son más intuitivos que reflexivos. Juan Miguel de la Cuétara, en un interesante ensayo "Tres postulados para el nuevo servicio público"³⁰, efectúa un ejercicio para llegar en nuestros días a "un entendimiento común del servicio público", para lo cual describe las distintas percepciones que -según él- tienen sobre este concepto el ciudadano común, el político, el economista y el jurista. Dice, así, que para el ciudadano común cualquier actividad de servicios consiste en que "alguien hace algo de utilidad para otra persona", esto es, le aporta algo que no puede conseguir por sí mismo y que no es una cosa o un objeto físico. El ciudadano cree que la prestación de que se trate es exigible a la Administración, al Poder Ejecutivo como garante y responsable último de un buen funcionamiento, pues se trata -cuando ha sido publicado y anunciado en un documento oficial- de una oferta rodeada de las máximas garantías: las del poder público. Para el político, en cambio, significa "poder sobre una área social determinada", el que puede ser redistributivo (ayuda a los que menos tienen) o de satisfacción de necesidades básicas, poder que el político quiere y puede manejar. En las democracias el escenario natural del debate sobre la extensión y límites de los servicios públicos serán las contiendas electorales, en las que el político será actor principal y en las que el ciudadano debe elegir a quien cree le garantizará mejor la solución de sus necesidades, que en buena medida pasa por una adecuada gestión de aquéllos. Será esa voluntad colectiva la que decida hasta dónde se quiere llegar en la continuidad del servicio y cuánto se está dispuesto a gastar, es decir, cuál es el "costo" a asumir, teniendo presente que no se miden con igual medida las camas hospitalarias que las hoteleras, por ejemplo.

El economista percibirá -dice Cuétara- que en el servicio público no actúa "la mano invisible" del mercado sino la "mano pública", que se trata de una excepción al principio general de libertad económica, y que las decisiones que se adopten no siguen

siempre la lógica del mercado. Dependiendo entonces de sus creencias o ideología algunos justificarán la presencia de una sola empresa para cubrir la totalidad del servicio (teoría del monopolio natural), la que podrá funcionar razonablemente bajo ciertos parámetros. Otros, de tendencia liberal, considerarán que crear servicios públicos es un error, aceptable sólo como mal menor en situaciones extremas, aquéllas en las que la comercialización ordinaria es imposible. Dirán estos últimos que "el servicio público es un mal sistema de asignación de recursos" y que cualquier fórmula de fijación de tarifas será un sucedáneo ineficiente comparado con la libre fijación de precios en el mercado. El jurista, por último, tiene que estar atento a las exigencias de cada uno de los interesados en el proceso, pues el Derecho "es la ciencia de lo exigible" y así, deberá recordar que para el ciudadano lo primero es la exigibilidad de la prestación; para el político la consecución de la justicia distributiva y de la justicia social, y para el economista que toda excepción a las reglas del mercado se formalice debidamente teniendo presente los peligros que surgen por el abandono a dichas reglas. Según Cuétara el jurista deberá dar preferencia a las exigencias de los ciudadanos, porque al fin de cuentas los servicios públicos se crean para satisfacer sus necesidades, para que se haga justicia, sobre todo cuando "se trate de exigir las prestaciones de los servicios públicos en condiciones de igualdad".

9. Creemos que resulta oportuno en este momento efectuar algunos deslindes para tener más y mejor dibujado el concepto de servicio público. En primer término, veamos las diferencias entre servicio público y función pública³¹, las que tienen relevancia en el Derecho Positivo. Esta última se desarrolla en la consecución de los fines esenciales del Estado, de su actividad soberana, como lo es la actividad legislativa o la judicial. La función pública supone un régimen autoritario que se ejerza a través de actos jurídicos, tales como sentencias, órdenes, codificaciones, etc. El servicio público, por su lado, es la actividad del Estado encaminada a la consecución de fines de bienestar, no esenciales para el ser del Estado, pero sí indispensables o muy importantes para la vida social en un momento histórico dado y su gestión por particulares es perfectamente factible. Cuando se dice que el servicio público no supone el ejercicio de poderes soberanos no quiere decir que la Administración no tenga poderes de imperio tanto sobre el concesionario como sobre los terceros;

³⁰ En: "El nuevo servicio público", Madrid, 1997, p. 125 y ss.

³¹ GARRIDO FALLA, Op. Cit., p. 11 y ss; Ariño, G., Op. Cit., p. 294 y ss.

lo que se quiere decir es que esa actividad no se impone sino que se le ofrece; así, el ciudadano utilizará, o no, el ferrocarril, el teléfono, etc. Se trata de una actividad no coactivamente impuesta.

Otro deslinde necesario es con el concepto de gestión económica. Dentro de éste se incluyen una serie de actividades de producción de bienes para el mercado, que -como hemos indicado- el Estado asumió genéricamente a partir de la década del 40 a través de la empresa pública, tanto en Europa como en Latinoamérica, y cuya justificación ha sido muy diversa. Baste sólo recordar que en todos los casos se justificaba o se invocaba la presencia del Estado por finalidades de interés público o utilidad general, tales como la promoción del empleo, el desarrollo regional, la seguridad del abastecimiento alimenticio, etc. Las diferencias con el servicio público se encuentran en la finalidad, pues en verdad no se trata de servicios al público y al usuario individualmente considerado, sino de servicios que tienen que ver con la nación y la economía en su conjunto. Otra diferencia se encuentra en que a las actividades productivas les falta la regularidad y continuidad típicas del servicio público; así, el productor de bienes no tiene derecho alguno a exigir su adquisición, mientras que el usuario del servicio público tiene, en principio, un derecho a la prestación cada vez que lo requiere, que puede llegar a ser exigible judicialmente.

10. Otro de los procedimientos para poder perfilar con mayor nitidez el concepto de servicio público sería determinar su plasmación concreta tanto a nivel legislativo como jurisprudencial; pero se trata de una tarea imposible por la carencia de estudios que pudieran servir de base para tal tarea, así como por la dimensión de la misma, que va más allá del propósito de este trabajo. Sin perjuicio de ello, a continuación enunciaremos aquellos elementos que le son privativos según la doctrina y cuya presencia conjunta lleva a decir que nos encontramos efectivamente frente a un servicio público. Esta tarea es importante no sólo para los efectos -de ser el caso- de

determinar la jurisdicción competente, que fue justamente uno de los factores -como hemos señalado antes- que presidieron su gestación, sino fundamentalmente para saber cuáles prescripciones legales concretas -como podría ser el caso de huelgas³²- le son o no de aplicación o para el enjuiciamiento de determinadas actuaciones del Poder Ejecutivo en materia económica.

Entre las notas tipificadoras del servicio público, tenemos las siguientes:

a) Se trata, en primer término, de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable.

b) En segundo lugar, la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta: i) por una declaración formal (*publicatio*)³³ que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros; ii) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad. En otras palabras, un título de intervención particularmente intenso, justificado porque se trata de una actividad indispensable, o muy importante, para la vida de la sociedad. Ello ha servido, -conviene recordarlo por su carácter polémico-, para que algunos digan que los servicios públicos tienen una vocación natural al monopolio. Dice bien Ariño³⁴, que conviene distinguir el monopolio *de iure* y lo que es la exclusiva de la prestación. El primero se da siempre, lo que no quiere decir que se gestione en exclusiva, porque la Administración puede otorgar una o muchas concesiones, según las necesidades del servicio y de la población. De otro lado, los servicios prestados por gestión directa del Estado tienen una muy fuerte tendencia al monopolio, mientras que los gestionados por privados sólo se prestan bajo régimen del monopolio cuando las condiciones técnicas así lo exijan.

c) La tercera característica es que se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de Derecho

³² El problema de la huelga, de por sí complejo al estar tratado en varias ramas del Derecho (Constitucional, Administrativo y Laboral) y al no ser exclusivamente un tema jurídico, sino influenciado por la política y la economía, tiene tratamientos especiales cuando se trata de actividades vinculadas a la función pública (Supra número 7), en donde no se le admite; a los servicios públicos, donde se le admite sólo excepcionalmente y con grandes exigencias dada su necesaria continuidad; y en las actividades privadas, donde en términos generales se le admite. Incluye también en la reglamentación la calificación del empleo -funcionarios públicos o no, etc.- de los trabajadores. No cabe duda, de otro lado, los caracteres particulares y especialmente irritantes que tienen las huelgas en los servicios públicos. Sobre este tema Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Op. Cit., p. 829 y ss y CASSAGNE, J.C., "El servicio público y las técnicas concesionales", Op. Cit., p. 1184 y ss.

³³ El que exista obligación o no de una declaración formal para considerar a una actividad como servicio público es materia de gran importancia. Si no existiere tal obligación, la simple calificación por parte de los gobernantes de turno de una actividad como tal, puede llevar a la socialización de la economía sin necesidad de ninguna manifestación programática previa (Vid. infra VIII).

³⁴ ARIÑO, G. Op. Cit. p. 300.

Público, esto es, el servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al Derecho Privado. Lo que ocurre es que en múltiples facetas, que obviamente cambian de país en país y de época en época, el régimen jurídico fiscal, laboral, o el de protección de bienes, etc. tienen considerables elementos del Derecho Público, y así también - en ocasiones - las relaciones con los usuarios cuando se produce un conflicto.

d) En cuarto lugar, como ya lo hemos dicho, no se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad, y eso es lo que justifica su asunción por el Estado y lo que explica muchas de las notas de su régimen jurídico, así como su variabilidad según los momentos históricos.

e) En quinto lugar, se trata de una prestación regular y continua, característica sobre la que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etc.); y,

f) Finalmente, en sexto lugar, se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público. De ahí se deriva que un usuario tenga un derecho abstracto a la prestación, exigible jurídicamente. Esto significa también que a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro.

11. Finalmente, unas palabras sobre los denominados servicios públicos virtuales o impropios, llamados también actividades de interés público. No se da en ellos una declaración formal pero por razones de interés público el Estado se ha reservado históricamente poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, esto es, conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad³⁵. Son ejemplos de ello las autorizaciones o licencias³⁶ para farmacias, servicios de taxis, centros privados de enseñanza, funerarias, líneas de transporte, etc.

Como se aprecia, se trata de actividades fundamentalmente privadas que, no obstante, revisten un

interés general para la colectividad; actividad dirigida al público que se desarrolla en régimen de autorización y no de concesión. Cabe anotar que la concesión y la licencia generan regímenes jurídicos distintos: si bien son medios de Derecho Público, el primero está destinado a exceptuar a determinada actividad del régimen de mercado, mientras la licencia es un medio de policía destinado a proteger los intereses colectivos pero más acentuadamente los de los consumidores y usuarios³⁷. Por cierto que han existido muchos intentos para asimilarlos a los servicios públicos, posición esta última que también les ha denominado "servicios públicos en vías de declaración", y que ha dividido a la doctrina. La mayoría creemos que, acertadamente, ha rechazado tal intento y han puesto de manifiesto diferencias no sólo como las anotadas, sino también otras vinculadas a la fuente, alcance y contenido del deber de prestación, así como a la distinta potestad sancionadora de la Administración, el régimen de responsabilidad frente a los usuarios, la oportunidad de cese (pues en cualquier momento es renunciable, etc.), y otras más, que las diferencian de los servicios públicos propiamente dichos.

III. RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SERVICIO PÚBLICO

12. Todos los servicios públicos tienen tres elementos esenciales, de intervención obligatoria, a saber: la Administración Pública, en quien reside la titularidad del servicio; la entidad gestora del mismo; y, por último, pero no por ello menos importante, el usuario. Cada uno de estos vértices guardan entre ellos una relación de dependencia generadora de derechos y obligaciones.

En primer término tenemos a la Administración, que cuando se relaciona con particulares sólo les cede la gestión, pues la titularidad no es traspasable. Su relación con la actividad gestora puede obedecer a dos modelos, en uno de los cuales el gestor tiene personalidad jurídica, en cuyo caso el conjunto de derechos y deberes recíprocos dependerá de la gestión que se trate, y que usualmente estarán consignadas en un contrato. Si la gestión del servicio se realiza

³⁵ Ibid. p. 306 y ss.

³⁶ No es lo mismo concesión, licencia y autorización. Dice CASSAGNE que la licencia no trasunta *per se* una vinculación contractual, ni la idea de exclusividad total o parcial de un servicio, ni tampoco las cláusulas de reversión o rescate propias de la concesión. A diferencia de la autorización no hay derechos preexistentes, ya que el derecho del licenciatario constituye un derecho *ex-novo* que nace del acto administrativo, lo que la hace, al igual que la concesión, constitutiva de derechos y no declarativa, como es el caso de la autorización. "El servicio público y las técnicas concesionales", Op. Cit., p. 1183.

³⁷ MALJAR, D., "Naturaleza de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público". En: La Ley-1997-F, Buenos Aires, p. 1249 y 1250.

bajo una forma no contractual, por ejemplo, mediante la creación de una empresa pública, la relación seguirá existiendo, si bien los derechos y deberes se verán degradados³⁸, en virtud de una relación de dependencia no jerarquizada, pero sí de tutela y de control externo. Pero también existe el supuesto que los servicios estén integrados a la propia Administración, donde entonces la entidad gestora carece de personalidad jurídica independiente y no viene a ser más que un mero órgano administrativo, con mayor o menor independencia financiera. En estos casos no puede hablarse propiamente de relación jurídica. Hay, más bien, una independencia funcional en la cual hay conexión, pero en la que el usuario se encuentra generalmente poco protegido frente a una falla del servicio o un daño sufrido.

De otro lado, la relación de la Administración con el usuario, si bien genera también derechos y deberes a favor de cada uno, sólo puede ser planteada en forma mediata, ya que si bien es cierto que la Administración puede imponer obligaciones al usuario y ejercer en caso de incumplimiento por el gestor su potestad sancionadora, existe generalmente una mediatización de la entidad gestora, por lo que las facultades del usuario frente a la Administración se encuentran mermadas, lo que por cierto no significa que no pueda denunciar el incumplimiento o la irregularidad en la prestación.

13. Como resulta obvio, la función principal de la entidad gestora reside en gestionar la explotación, cuya titularidad queda en manos de la Administración. El contenido de sus relaciones con la Administración dependerá, en los términos de Villar Ezcurra³⁹, si ella se efectúa mediante una gestión integrada o desintegrada. En la primera, la Administración asume las funciones de la entidad gestora, ofreciéndolas de forma centralizada (sin personalidad jurídica) o mediante una empresa o ente público *ad-hoc*. Si la gestión es desintegrada, puede efectuarse tanto mediante una concesión o una empresa mixta en la cual el Estado participa como socio, con facultades iguales o superiores a las de sus otros socios. En la gestión desintegrada hay una auténtica relación jurídica⁴⁰ en la que, sólo a título enunciativo pueden figurar como derechos del empresario gestor los siguientes: 1) organizar el

servicio con libertad; 2) recibir las prestaciones económicas previstas, incluidas las subvenciones si las hubiere; y, 3) mantener el equilibrio financiero. También sólo enunciativamente, se encuentran entre sus obligaciones principales: 1) el ejecutar las obras con las características y en los plazos establecidos; 2) prestar el servicio en forma continuada cuidando su buen orden; 3) admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla con los requisitos reglamentarios; 4) indemnizar los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio; 5) no enajenar bienes afectos a la concesión, ni gravarlos salvo autorización expresa; y, 6) no ceder ni traspasar la concesión sin la anuencia de la Administración.

Dependiendo de la legislación de cada país, el poder de dirección y control de la Administración sobre las compañías concesionarias se manifiesta en los principales derechos siguientes: 1) la fijación de condiciones y estándares técnicos que den seguridad y uniformidad al servicio; 2) la determinación de la extensión y cobertura del servicio, así como la obligación legal de prestación en condición de igualdad para los usuarios; 3) la aprobación previa de presupuestos y planes de inversión; 4) la modificación discrecional de algunas de las características de la gestión por razones de interés público; 5) la aprobación y modificación de las tarifas; 6) la fiscalización de la gestión del servicio, pudiendo imponer un sistema de contabilidad normalizado y efectuar inspecciones y actos similares; 7) el control o supervisión de los costos para lograr que sean razonables y rechazar o reducir los excesivos; 8) la aprobación previa de aumento de capital y de emisión de obligaciones; 9) la autorización previa para enajenar bienes afectos al servicio; 10) la asunción temporal de la ejecución directa del servicio en aquellos casos en que el gestor se vea impedido o no pueda hacerlo; 11) la imposición de sanciones y multas; y, 12) el rescate de la concesión. Como se aprecia, el ejercicio de todos o de algunos de los derechos citados, lleva en la práctica a una especie de co-dirección en las decisiones empresariales, manifestada en ocasiones mediante el nombramiento de directores, en representación del Estado, en la empresa gestora. De otro lado, entre sus principales obligaciones, tenemos a las siguientes: 1) otorgar al concesionario o gestor la

³⁸ VILLAR EZCURRA, J.L., Op.Cit., p. 244 y ss.

³⁹ Ibid, p. 247 y ss.

⁴⁰ El paradigma de lo típicamente contractual es el contrato de concesión de servicios públicos o, la concesión de obra pública, si bien también se sostuvo la tesis del acto mixto, en virtud de la cual la relación jurídica se consideraba mitad reglamentaria y mitad contractual. Si se adopta la concepción del contrato administrativo, como es en la Argentina, toda concesión es constitutiva de derechos e implica que la Administración transfiera a un nivel particular un poder que le pertenece. Vid., CASSAGNE, J.C., "El servicio público y las técnicas...", Op. Cit., p. 1183

protección adecuada para que pueda brindar eficiente y eficazmente el servicio; 2) mantener el equilibrio financiero de la concesión, reconociendo los mayores costos en los que justificadamente se incurre, no sólo para mantener la concesión sino también para mejorarla y, consecuentemente, autorizar la modificación en las tarifas; y, 3) indemnizar al concesionario en caso de rescate.

Cabe aquí puntualizar que en las relaciones del gestor con los usuarios, su contenido ha sido, y es, materia de arduo debate. Tradicionalmente la doctrina calificaba a esta relación como “meramente reglamentaria”⁴¹, pues de la admisión al uso de un servicio no nace un contrato, tratándose únicamente del desarrollo de la situación reglamentaria que liga al usuario con la Administración, basándose en que los particulares tienen derecho a usar el servicio en las condiciones que hayan sido establecidas. Esta posición ha perdido sustento, y en nuestros días interesa, más que la situación pre-contractual cuando el usuario no ha accedido aún al servicio, el vínculo existente entre el gestor y el usuario una vez que ha nacido. El otro es un importantísimo problema de Derecho Público vinculado al principio de igualdad y al derecho a acceder, situación que por cierto no es contractual, por cuanto implica el eventual derecho a formar parte de una relación hipotéticamente configurada.

En lo que se refiere a la naturaleza de la relación jurídica entre la entidad gestora y los usuarios, la opinión mayoritaria es que se trata de relaciones jurídicas de carácter mixto (contractual-reglamentario), pues tienen una clara naturaleza pública en la parte que el servicio está sometido a reglamentación, a vigilancia y protección por parte de la autoridad, y una de naturaleza privada en lo que se refiere a la relación de la empresa gestora con los usuarios⁴².

14. En cuanto a la relación jurídica del usuario con el gestor y la Administración se trata de un tema

controvertido y de gran importancia cotidiana. En la fórmula tradicional, el usuario es el beneficiario del servicio pero un tercero extraño al mismo⁴³. Sin embargo, el análisis de la situación del usuario revela que no se trata únicamente de una relación entre él y la Administración, sino que en la misma también participa el gestor del servicio, a través usualmente de un contrato privado, aunque a veces la situación sea básicamente reglamentaria.

Como hemos dicho antes, el usuario tiene una doble posición, pues de un lado puede acudir a la jurisdicción ordinaria en caso de incumplimiento contractual del gestor del servicio, pero también puede reclamar ante la administración competente, o ante el organismo regulador. Por cierto, existen normas específicas en algunos servicios que obligan previamente a agotar determinada vía, pero la situación general es la descrita. De otro lado, no puede dejarse de reconocer que la Administración tiene competencia para intervenir en la relación jurídica entre usuario y gestor, cuando este último se excede en sus atribuciones, o cuando discontinúa o falta regularidad en el servicio.

De otro lado, resulta comprobable que en muchas ocasiones los usuarios desconocen de sus facultades y derechos, y como sus asuntos individualmente pueden considerarse de poca trascendencia, no se atreven a litigar o les resulta muy costoso. Se trata de la problemática de los intereses difusos, las *class actions*, las normas sobre protección a los consumidores o usuarios, etc.⁴⁴ Es realidad incuestionable, en muchos servicios públicos importantes, que la clásica autonomía de la voluntad ha sido sustituida por cláusulas estandarizadas o por contratos de adhesión; de ahí que, en muchas legislaciones, se considere dentro de las facultades de la Administración la aprobación del texto de esos contratos, como defensa a la parte más débil de la relación jurídica.

⁴¹ VILLAR EZCURRA, J.L., Op. Cit., p. 255 y ss.

⁴² Algunos autores como Juan de Dios CINCUNEGUI niegan la existencia de una relación contractual, tanto si el gestor es el Estado o un particular, por considerar que se trata de una relación jurídica de carácter disímil al de un contrato. “Suspensión de la provisión de un servicio público al usuario antes y después de privatizaciones”. En: La Ley-1995-B, p. 237. Vid. MALJAR, D., Op. Cit.

⁴³ La doctrina de la Escuela de Burdeos configuraba la situación jurídica del usuario como reglamentaria. “Jeze concretaba en tres principios la naturaleza de la situación jurídica del usuario: primero, entre la Administración y el usuario no hay contrato; segundo, el usuario no se halla en una situación jurídica individualizada, sino que su situación jurídica es general e impersonal; tercero, que el acto jurídico por el cual los agentes públicos organizan el servicio es una ley o un reglamento, es decir, ejercitan facultades jurídicas generales e impersonales. Consecuentemente, la manifestación de la voluntad del usuario que reclama una prestación no es más que el ejercicio de una acción administrativa, pudiendo considerarse su situación como un acto-condición, dispuesto por la ley, que ejerce la competencia a través de los agentes encargados de hacer funcionar el servicio”, “Los principios generales de Derecho Administrativo”, Argentina, 1949, Volúmen 3, p. 18. En: VILLAR EZCURRA, J.L., Op. Cit., p. 257-258

⁴⁴ Artículo 51 del Decreto Legislativo 716 (Ley de Protección al Consumidor) y artículo 82 del Código Procesal Civil.

El problema de la denominada contratación forzosa se presenta también en estos casos, en donde la libertad contractual se encuentra disminuida porque la norma impone, en beneficio de alguien, la celebración de un contrato. Se aprecia ello con claridad en aquellos servicios públicos en los que el gestor goza de una situación de monopolio sea *de facto* o *de iure*, situaciones en las que el tema del principio de igualdad o derecho de acceso al servicio adquiere singular relieve, más aún cuando se trata de uno de los fundamentos sobre los que se apoya el servicio público. Como dijimos anteriormente, el derecho de acceso es usualmente exigible frente a la Administración, por la sencilla razón que aún no ha nacido relación alguna entre gestor y usuario. De otro lado, el usuario se encuentra en una situación reglamentaria exclusivamente respecto a los servicios gestionados directamente por la Administración y, como veremos más adelante, cuyo número tiende a disminuir. Aquí la relación se verá considerablemente difuminada y, salvo los principios de continuidad e igualdad, o de abono de tarifas, otros derechos y obligaciones resultarán prácticamente inexistentes, pues no existirá una relación contractual de reciprocidad y equilibrio.

15. Siendo la forma contractual como técnica de gestión, la fórmula tradicional empleada en Europa y en América Latina, donde cada servicio adapta su regulación a la naturaleza y características del sector, resulta conveniente detenernos a ver con más detalle algunos aspectos de la concesión a los particulares de la gestión de los servicios públicos y que se encuentran muy vinculados a su problemática: son los temas del monopolio, tarifas, cláusula de progreso, plazo y autonomía de la empresa gestora. Comencemos por el primero.

El tema del monopolio o exclusiva es uno de los temas clásicos de discusión en los servicios públicos. En la práctica, y como regla general, condicionamientos técnicos y económicos han llevado a la concesión de grandes servicios en situación de monopolio. La argumentación siempre fue en el sentido que resultaba indispensable una "infraestructura de red" para su prestación (gas, electricidad, teléfono) que no era económico duplicar, pues se daban "las condiciones económicas propias de un monopolio", esto es, "disminución del coste con el aumento de demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta"⁴⁵. Pero lo ocurrido fue que muchos otros servicios (correos, transporte urbano, rutas aéreas) se otorgaron en régimen de monopolio cuando podían haberse estructurado sobre la base de la com-

petencia en la oferta. Ahora bien, la evolución de los servicios públicos durante los últimos años, asunto del que trataremos más adelante con detenimiento (infra V y VI), revela una tendencia hacia la monopolización de la oferta, esto es, la progresiva absorción de los pequeños por los grandes gestores, la ampliación de la zona concesional y la concentración empresarial, a pesar de que las legislaciones -inútil y tontamente- siguen proclamando la prohibición del monopolio, en lugar de precisar la figura del abuso de posición de dominio, mucho más útil para este tipo de situaciones. No cabe duda que las concentraciones traen ventajas en lo que a economías de escala se refiere y en algunos casos a la más rápida adaptación o extensión de los desarrollos tecnológicos, pero de otro lado tienen el inconveniente, para la Administración y para los usuarios, de la pérdida de toda referencia en cuanto costos por la falta de competencia.

16. En lo que se refiere a la determinación de las tarifas, se trata de un tema muy vinculado a la política y de significativa importancia económica. Si bien no hay mucho que decir desde el punto de vista jurídico, ello, sin embargo, no impide sino más bien hace necesario tener presente algunas consideraciones generales. En primer lugar, hay que decir que es necesario abandonar la vieja tesis de que el Estado, indiscriminadamente y en todos los servicios, puede garantizar a los ciudadanos precios o tasas fijadas en función de la capacidad del usuario y al margen de su costo. En nuestros días, las grandes empresas de servicios públicos deben someterse -en lo que sea factible- a las leyes económicas de los negocios que presiden el mercado. Y una de esas leyes señala que las tarifas deben corresponder a los costos reales, que por cierto deben ser razonables, y ser sufragados por los usuarios, no por los accionistas ni por los contribuyentes, ni por la economía en su conjunto, recurriendo a préstamos inflacionistas de la Banca Central. La manipulación de los precios por razones políticas, está debidamente comprobado hoy, produce efectos negativos en la economía nacional, que pasa por los excesos del consumo a la deficiente asignación de recursos.

Lo anterior no implica la imposibilidad de una equitativa y justa regulación tarifaria, es decir, una adecuada combinación de precios para los distintos servicios específicos que la empresa presta a los diferentes grupos sociales, de modo que pague más el que más tiene o el que más utilidad obtiene del servicio; pero no puede infringirse nunca el principio del costo real. En algunos casos puede inclusive

⁴⁵ Vid., ARIÑO, G., Op.Cit., p. 338 y ss

aceptarse las subvenciones cruzadas en las empresas, siempre que ellas sean internas al servicio, no ajenas a él. En consecuencia, las subvenciones encubiertas a otros sectores o la imposición sobre el usuario de cargas adicionales que nada tienen que ver con el servicio que reciben, son económicamente indeseables y, en ocasiones, hasta jurídicamente ilegales.

Debe quedar claro, de otro lado, que el problema radica especialmente en la definición de cuáles son los elementos que integran el costo y cómo deben ser calculados. Éste es, efectivamente, el corazón del proceso, y en donde el Derecho tiene intervención. En efecto, es conveniente determinar si deben o no quedar indicados en una Ley o reglamento los criterios, principios y bases en que debe asentarse el cálculo de una tarifa⁴⁶, así como si en esta materia debe retomarse al contrato como medio de fijación, y si deben incentivarse sistemas más o menos automáticos de reajuste y actualización⁴⁷.

Ahora bien, vinculados a la problemática de las tarifas se encuentran otros dos temas. El primero tiene que ver con la constatación de que usualmente los servicios públicos más importantes disfrutaban de ayuda económica por parte de la comunidad o del propio Estado. Ello es fácil de apreciar, por ejemplo, cuando se hace variados usos de infraestructura gratuitamente. Imaginemos lo que podrían costar las tarifas aéreas si hubiera que incluir en su costo la amortización de los aeropuertos y servicios conexos, esenciales para la aeronavegación moderna; algo parecido sucedería con el tráfico marítimo. Desde esta perspectiva, el usuario se encuentra económicamente protegido por la Administración.

El otro tema es el vinculado a la presión de los gestores, que puede ser muy intenso, para el incremento de las tarifas. De ahí lo importante que resulta la determinación de fórmulas equilibradas y de aplicación por organismos reguladores bien equipados (vid. infra VII). No debe olvidarse que las presiones inaceptables para el aumento injustifica-

do de tarifas fue una de las causas o motivos que dieron lugar a las nacionalizaciones de los servicios después de la Segunda Guerra Mundial. En nuestros días, en muchas ocasiones el público no entiende el porqué de las alzas en las tarifas, generalmente coincidentes con medidas extraordinarias vinculadas a congelación de sueldos, salarios, pensiones, etc., o en momentos de crisis económica generalizadas o por motivos tan lejanos como el pago de una deuda externa literalmente confiscatoria, en donde lo único que se eleva en forma más que lineal son las tarifas de servicios públicos que por su propia naturaleza son considerados como esenciales⁴⁸.

17. Estrechamente vinculado al tema de la facultad de alterar o modificar las tarifas se encuentra el de las denominadas cláusulas de progreso⁴⁹. En efecto, el concesionario se encuentra obligado, como hemos visto, a ofrecer el servicio con regularidad pero también con eficacia, y para ello necesita en ocasiones efectuar o adaptar desarrollos tecnológicos o de otra índole que tienen efectos sobre sus costos. Si la petición es razonable, la Administración no podrá denegarla porque ello significaría introducir una cláusula leonina a favor de la Administración y en detrimento grave del gestor, en otras palabras, un ataque al "derecho intangible" que supone la concesión. Se trata, por tanto, de encontrar una ecuación o fórmula financiera adecuada que permita tanto la continuidad del servicio como su mejora, y eventual capitalización, favorable incluso en caso de reversión a la Administración, una vez cumplido el plazo de la concesión.

De otro lado, los compromisos de inversión pactados deben realizarse dentro del plazo convenido, pues de no hacerse deberán entonces reducirse las tarifas de inmediato. Ésta es una materia de gran importancia a la que no se le presta la debida atención, incluso por los nuevos organismos reguladores, más aún cuando las multas que eventualmente pueden aplicarse por el incumplimiento, son muy inferiores al ahorro financiero del concesionario. Como bien dice Cincunegui⁵⁰, ello produce incluso

⁴⁶ Ibid, p. 336.

⁴⁷ Sobre esta importante materia y sus implicancias en los derechos del concesionario Vid. CASAGNE, J.C., "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual". En: La Ley-1994-D, Buenos Aires, p. 951 y ss.

⁴⁸ VILLAR EZCURRA, J. Op. Cit., p. 283 y ss.

⁴⁹ Es tema de gran actualidad el determinar en cada actividad o servicio público así declarado, si para asegurar el cumplimiento de su finalidad y, por tanto, con su universalidad, igualdad, continuidad, etc., resulta mejor obligar al concesionario a introducir adelantos técnicos en virtud de una "cláusula de progreso" o por medio de la competencia entre empresas con actividades simplemente reguladas.

⁵⁰ CINCUNEGUI, J.B., "Las inversiones en servicios públicos prestados por empresas privadas". En: La Ley 1997-A, Buenos Aires, p. 791 y 792

una distorsión del concurso o proceso de licitación mediante el cual se adjudicó la concesión, al violar el principio de igualdad de los oferentes y, también, al incumplir el fin social de expandir los servicios e impulsar el crecimiento de la economía y la subsecuente y oportuna creación de empleos. Si no se cumplen puntualmente con las inversiones pactadas puede incluso declararse la caducidad de la concesión, y convocarse a una nueva licitación.

18. En cuanto al tema del plazo o temporalidad de la concesión cabe decir que es siempre temporal, que no puede ser perpetua, y que su término generalmente está limitado de antemano, esto es, la gestión de un servicio público está sometida a un término, previsto por la norma o fijado por las partes. Una vez transcurrido éste, se extingue el vínculo entre las partes y la gestión del servicio vuelve a la Administración, la cual podrá asumirla directamente, encomendarla a un nuevo gestor, o prorrogar al anterior si ello es legalmente posible. Esta primera forma de extinción se conoce con el nombre de reversión. La segunda forma de extinción es la denominada rescate, en virtud de la cual y mediante la indemnización correspondiente, la Administración puede, de modo discrecional y unilateral, poner fin al contrato antes del vencimiento del plazo. Algunos la consideran como una forma de expropiación forzosa. Finalmente, está la caducidad, que es la extinción de la concesión como sanción, por el incumplimiento grave de las obligaciones que corresponden al concesionario.

Sin embargo, el tema de la reversión no es tan simple de responder cuando hay de por medio inmensas inversiones en áreas de muy rápido cambio tecnológico, como son, por ejemplo, aquéllas vinculadas a las telecomunicaciones. En estas circunstancias es probable que la reversión gratuita, tal como era entendida hace unas décadas, constituya un absurdo, porque el volumen de inversiones no sólo es grande sino que tiene que ser continuo, con lo cual resultaría prácticamente imposible su amortización⁵¹ por el gestor. La renovación y reposición continua de nuevas instalaciones para poder hacer frente exitosamente a la creciente demanda se verían imposibilitadas ante la perspectiva de reversión, pues no sólo va a enviar señales negativas al mercado de capitales sino que supondría una elevación de tarifas -para amortizar la inversión dentro del plazo acordado- que haría inviable el servicio, todo lo cual

por cierto se agravaría en los períodos finales de la concesión.

De otro lado, el hecho que en algunas concesiones o actividades bajo régimen de autorización -como podría ser la navegación aérea- no se determine necesariamente un plazo de reversión no debe entenderse en el sentido que la concesión se califique como perpetua, pues la Administración puede -sin duda- en cualquier momento ordenar su rescate, pero previa indemnización total o parcial al concesionario. El rescate, conviene recordarlo, no necesita serlo por ley, como ocurriría en el caso de una nacionalización, pues se trata de un acto unilateral ejercido por la Administración en virtud de una potestad que le es propia y también discrecional (no olvidemos el factor político), pero que exige siempre indemnizar al gestor. Cabe, finalmente, añadir que el no considerar a una concesión como perpetua tiene la ventaja, para la Administración pero sobre todo para los usuarios, de hacer posible la convocatoria de nuevos gestores, que deberán asumir los activos y las instalaciones sobre los que el servicio descansa, abonando, eso sí, a su titular anterior la valorización correspondiente.

El término de la concesión conlleva una decisión sobre un aspecto complejo que ha sido tratado en diversas formas por las legislaciones. Como hemos ya dicho, antes de iniciarse un proceso de licitación para el otorgamiento de la concesión, lo usual es una declaración estatal -*publicatio*- en virtud de la cual la actividad queda incorporada al quehacer del Estado, por lo que los bienes entregados a los concesionarios o los que éstos incorporen durante su gestión, son bienes públicos, y entonces por mandato legal y a veces también convencional, deben revertir al Estado, fundamentalmente cuando tienen el carácter de esenciales para mantener inalterado el patrimonio afectado al servicio⁵².

19. Finalmente, un punto de singular importancia en nuestros días es el referente al grado de autonomía o libertad que tiene una empresa privada gestora de un servicio público. O, dicho de otra forma, sí le sería aplicable, por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución que indica que la iniciativa privada es libre. Y la pregunta resulta importante porque, como hemos visto, en el servicio público se responsabiliza al Estado de las decisiones básicas que deban adoptarse, que alcanzan a aspectos importantes de

⁵¹ ARINO, G. Op.Cit., p. 342 y ss.

⁵² CINCUNEGUI, J.B. Op. Cit., p. 784. Sobre el régimen de los bienes y el rescate de la concesión *Vid.* también CASSAGNE, J.C., "Las marcas regulatorias de los servicios públicos...", Op. Cit., p. 972 - 74.

la vida de la empresa, mas aún cuando tienen directa repercusión sobre costos, precios o calidad del servicio prestado.

Resulta así que, en la práctica, la libertad de empresa reconocida en la Constitución como derecho fundamental aparece constantemente negada o muy restringida en las empresas concesionarias de servicios públicos, que siguen siendo privadas, tanto por la legislación que les es aplicable como por la práctica, produciéndose entonces interferencias y roces entre la autoridad administrativa y la dirección de la empresa gestora. Se trata de un tema de difícil solución, mas de lo que no cabe duda es que esas empresas no gozan de la misma autonomía y libertad que otras, y que resulta inevitable que se configure una relación de colaboración permanente y de concierto entre la Administración y el gestor. A este respecto hay que recordar que algunos de los aspectos decisivos para la marcha de las empresas gestoras que son decididos por la Administración, no son "asuntos privados", porque en estas actividades hay siempre un tercero oculto, que es el público, que tiene derecho a una gestión eficiente, a una prestación segura y, de ser posible, barata.

La intervención constante de la Administración en la vida de la empresa no debe llevar a negar, en términos absolutos, que el concesionario no pueda ejercer la libertad de empresa, ya que ella constituye un verdadero derecho subjetivo, como lo es el derecho de propiedad en el cual se apoya, que no puede ser desconocido o negado en ningún caso, no siendo suficiente que se respete "casi siempre", o "la mayoría de las veces". Sin embargo, la especial relación de sujeción de esas empresas con la Administración lleva a considerar que no tienen una auténtica libertad de acceso ni tampoco de cesación, dos de las dimensiones básicas del "contenido esencial" de la libertad de empresa. Pero lo que sí hay, aunque limitado, es la libertad de ejercicio, es decir la toma de decisiones básicas que afectan el desarrollo de la empresa y que las intervenciones del poder público antes enumeradas (supra número 13) deben siempre respetar. Para tal efecto, los controles o autorizaciones previas sobre las decisiones del gestor deberán estar consignadas en el contrato, debiendo ser el control de la Administración *a posteriori*, es decir, sobre cómo ha marchado el servicio. Así, se conectan la responsabilidad del gestor en la prestación y el riesgo económico, con las irrenunciabiles facultades de la Administración.

La autonomía de la empresa gestora, finalmente, también se encuentra generalmente limitada en lo

que a la transferencia o venta se refiere. En efecto, la concesión de un servicio público se otorga en atención a las cualidades y condiciones que el concesionario reúna, esto es, competencia técnica, garantía económica, solvencia moral; es decir, se otorga siempre *intuitu personae*. Por ello, la enajenación requiere siempre de autorización, la cual es para la Administración potestativa y discrecional, y cuya decisión debe basarse en asegurar una buena gestión en el tiempo. Más difícil de solución resulta el caso de la transferencia, no de la concesión, sino de la empresa, mediante, por ejemplo, la adquisición masiva de títulos en bolsa y el de la participación o no que pueda de esta manera tener el capital extranjero.

IV. EL CRECIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO: AUJE Y CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

20. Es a finales del siglo XIX que comienza a crearse, paulatinamente, un marco jurídico adecuado, no sólo para el disfrute de los derechos de la libertad, conquista esencial del Estado liberal, sino también para los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Va naciendo entonces un Estado prestacional que busca, en forma creciente, la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, lo que se verá reflejado en aumentos sustanciales de los presupuestos y la burocracia estatales. Ya en el siglo XX, en las sociedades capitalistas avanzadas de Occidente, la conjunción de factores tales como la extensión del sufragio universal, los resultados de la Primera Guerra Mundial, la crisis económica de 1929 y la presión de los movimientos obreros dieron como resultado el colapso del Estado burgués liberal⁵³, lo que en el ámbito económico se manifestó en una intervención creciente del Estado, con el propósito de obtener y garantizar el bienestar.

El Estado del Bienestar, denominado también Estado Social, se origina pues en un contexto en el que el individuo es cada vez en mayor medida incapaz de satisfacer por sí solo sus necesidades básicas, a lo que se suma la aparición de nuevos riesgos vinculados al creciente industrialismo que no pueden ser afrontados por el mercado -como el de las enfermedades laborales- o bajo los mecanismos tradicionales de reparación basados en la responsabilidad individual. Comienza entonces a extenderse la convicción de que al Estado le corresponde la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar. A ello se suma la idea, generalizada en

⁵³ COTARELO, Ramón, "Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 10.

las sociedades occidentales, de que la pobreza extrema es moralmente inaceptable. Nace así una especie de caridad secularizada, planificada e impersonal, en la que resulta indispensable la intervención estatal, intervención ésta que busca también transformar el orden social existente y hacer posible la denominada "procura existencial" llamada también "asistencia vital". Esta nueva mentalidad, que tuviera en la fugaz Constitución de Weimar de 1919 un antecedente reconocido por su carácter precursor, atribuye al Estado, no al mercado, la responsabilidad de erradicar la pobreza, ya que mientras éste está marñado por la lógica de la rentabilidad, el primero puede permitirse prestaciones no lucrativas.

El Estado del Bienestar es el resultado de un largo proceso histórico, cuyo desarrollo no es uniforme sino salpicado de avances y retrocesos, impulsado por el sentimiento común que entiende la vida no sólo como un valor que debe ser respetado, sino también impulsado para lograr una "digna calidad de vida" tanto individual como colectivamente⁵⁴. Así, el gran jurista alemán Heller dirá: "sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se convierte en la más radical desigualdad y la democracia formal en dictadura de la clase dominante"⁵⁵. Ahora bien, no debe olvidarse que la base de este compromiso interclasista que es el Estado del Bienestar, es el crecimiento económico.

En el periodo de entre guerras en los países desarrollados de Occidente se imponen las políticas económicas postuladas por Lord M. Keynes, que consideran la necesidad de una amplia y permanente acción estatal para aumentar la producción, el empleo y el ingreso. Keynes, cuyas ideas no se proponían superar el capitalismo sino perpetuarlo⁵⁶, afirma -contrariamente a lo defendido por la escuela clásica- que la demanda genera la oferta y que las tesis cíclicas del capital son crisis del subconsumo. Entonces, el descenso de la demanda produce exceso de producción, lo que sólo podrá equilibrarse mediante una mayor demanda, para así poder aprovecharse las capacidades productivas. De esta forma -y esto sería de aplicación en las soluciones propuestas para superar la gran crisis del 1929 por F. D. Roosevelt en

los Estados Unidos y también en países industrializados de Europa en momentos de contracción económica-, el Estado debe actuar como generador del empleo a través de su política económica y fiscal, aunque ello tienda a generar déficit público. En síntesis, Keynes aportó una justificación doctrinal económica del Estado intervencionista, que persigue lograr el pleno empleo bajo el supuesto que el aumento del gasto público quedará compensado con el mayor ingreso vía fiscal, pero alertando que este último no debe tener un efecto sensible en la tasa de acumulación, pues ello sería perjudicial para el sistema capitalista.

21. Fue después de la Segunda Guerra Mundial que se extendió y amplió sistemáticamente el Estado de Bienestar en los países desarrollados de Occidente. Y ello fue posible por una situación económica de excepcional bonanza, vinculada a la reconstrucción, a los créditos de los Estados Unidos (Plan Marshall), a la austeridad y mano de obra barata, y al intercambio comercial que los favoreció grandemente y que, en paralelo, empobreció a los países en desarrollo. La puesta en práctica de ese Estado prestacional contó con la aprobación o aceptación tácita de todas las fuerzas políticas importantes, y se encarriló sobre una legislación anterior que en muchos casos ya había reconocido algunos derechos sociales. Adicionalmente, estos últimos alcanzarían extendida consagración constitucional también después de la Segunda Guerra Mundial, lo que se extendería a los países en desarrollo; las Constituciones de Francia de 1946⁵⁷, Italia de 1948, y República Federal de Alemania de 1949 son algunos ejemplos de ello.

Es pertinente recordar la pretensión de las fuerzas políticas que promovieron el Estado del Bienestar, hoy más o menos generalizada, en el sentido que las normas constitucionales han de considerarse como Derecho Positivo y son alegables ante los jueces en la medida de lo posible⁵⁸, lo cual tendrá implicancias prácticas de singular importancia, pues incide en la propuesta de que todos los derechos constitucionalizados deben tener igual posibilidad de hacerse realidad, sin que ello impida reconocer la distinta naturaleza y prioridad, que para la vida

⁵⁴ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Derecho Administrativo Económico", Tomo I, Madrid, 1991, p. 30 y 31.

⁵⁵ Citado por CONTRERAS, F. "Defensa del Estado Social", Sevilla, 1996, p. 88.

⁵⁶ COTARELO, R. Op. Cit., p. 109.

⁵⁷ El Preámbulo de ésta decía como muestra ejemplar de esa tendencia: "Todo bien, toda empresa que tenga o adquiera las características de un servicio público o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la nación".

⁵⁸ GARCÍA COTARELO, Ramón. "Crisis y reformulación del Estado del Bienestar". En: "Derecho y Economía en el Estado Social", Madrid, 1988, p. 23.

democrática tienen, por ejemplo, el clásico derecho a la libertad de expresión, frente al derecho al trabajo. Este enfoque producirá una colisión entre los intérpretes constitucionales, porque mientras no hay discusión sobre el significado sino sobre el alcance de los derechos civiles y políticos históricamente reconocidos y cuyo cimiento es el valor libertad, no ocurre lo propio con aquéllos comprendidos en el ámbito económico y social, pues no es claro el significado y extensión del valor igualdad sobre el que se sustentan. No se discute, sin embargo, que la consagración constitucional del Estado del Bienestar tuvo y tiene amplias implicancias en el ámbito jurídico y, específicamente, en la configuración legal actual de algunas instituciones, tales como la autonomía contractual, la propiedad, etc., y en la valoración de conceptos tales como orden público o buena fe, lo que se reflejará posteriormente en las nuevas regulaciones, tales como las referentes a la contratación en masa o a la protección de los consumidores.

22. El intervencionismo normativo y también el intervencionismo directo alcanzan su apogeo en el Estado del Bienestar posterior a la Segunda Guerra Mundial, limitando la libertad de la iniciativa privada o asumiendo tareas o actividades económicas mediante la gestión directa, con el objeto de satisfacer necesidades primarias. El intervencionismo normativo exhibe un fondo común de principios y técnicas y se manifiesta en autorizaciones, modificaciones o delimitaciones del dominio privado en razón del interés público, estimulando o sancionando a los agentes económicos, planificando las actuaciones, etc., lo cual siempre tiene -conviene tenerlo presente- consecuencias económicas, ya que todo beneficio significa también un costo. La Administración es, obviamente, la principal gestora, y su actuación tiene, en el Estado del Bienestar, un carácter instrumental para la consecución de los fines políticos o los constitucionalmente previstos y que cada gobierno tiende o lucha por concretar: si bien sometida y habilitada por la ley, su legitimación última se encuentra en el cumplimiento de esos fines. En esta concepción se deja de lado el principio de subsidiaridad.

En lo que a nosotros interesa para los propósitos de este artículo, cabe decir que la fórmula típica del Estado del Bienestar incluye muy diversas prestaciones estatales o "servicios sociales", ubicados fundamentalmente en los ámbitos de la educación, sanidad, vivienda, asistencia social y subvenciones diversas, bajo una política ya no sólo de concesiones

sino de nacionalizaciones, la que se fundamenta en la creencia de los promotores de ese tipo de Estado, que sólo de esa manera pueden ser brindados a la población a precios asequibles para todos, y no por gestión de los particulares regidos por el afán de lucro, gestión que consideraban de baja calidad y con habitual uso de prácticas oligopólicas.

No puede olvidarse que el citado intervencionismo normativo se orienta, en algunos países, por la sanción expresa del Estado Social, y en otros, por la *praxis* política, administrativa y jurisdiccional. En algunos ordenamientos la sanción del Estado Social de Derecho (Estado del Bienestar) está exceptuado de cualquier revisión constitucional⁵⁹ y en otras su modificación resultaría equiparable a la revisión de la totalidad de la propia Constitución⁶⁰. Esta sanción constitucional se distingue quizás de otras anteriores en que permite adecuar la aplicación de las provisiones constitucionales referentes al modelo económico a la evolución del contexto en que deben ser aplicadas, dejando de ser así el orden socio-económico establecido algo que debe defenderse, para pasar a ser una realidad conformable a través y desde el Estado mismo, dándose siempre un interés prevalente a la interpretación más favorable a la igualdad social. Desde otra perspectiva, la incorporación del mencionado principio del Estado Social supone límites al ejercicio de la potestad legislativa, ya que si ésta se excede puede declararse la inconstitucionalidad de las leyes, en cuanto puedan inculcar aquel principio.

23. Pero ese mundo optimista y confiado del Estado del Bienestar, en el que los servicios públicos habían crecido en forma muy significativa, inicia su crisis en el año 1973, cuando los países productores de petróleo (OPEP), deciden aumentar su precio, causando conmoción y alterando las bases económicas de las democracias capitalistas occidentales, cuyas expectativas redistributivas se basaban sobre el supuesto del crecimiento económico permanente. Son síntomas de esa crisis -entre otros- el límite al crecimiento de las empresas, servicios y gastos públicos, el envejecimiento de la población y su impacto en los cálculos de la asistencia y jubilación, la amenaza sobre el equilibrio social por la expansión de los gastos prestacionales, los altos e inconvenientes porcentajes de la imposición fiscal. A ello se suma una nueva etapa en el desarrollo tecnológico y la aparición de movimientos políticos, conservadores y neo-liberales, que cuestionan severamente el mo-

⁵⁹ COTARELO, R., Op. Cit., p. 9 y ss.

⁶⁰ MARTÍN RETORTILLO, B., S., Op. Cit., p. 44.

delo del Estado del Bienestar. A partir de ese momento ya no resultan eficaces las soluciones keynesianas de estímulo de la demanda en un solo país, porque ello traerá como consecuencia déficit fiscal, desempleo, inflación y falta de inversión.

Si bien la solidez organizativa y productiva de las democracias capitalistas hizo posible enfrentar -en un principio- la crisis, pronto se comprobaría que las soluciones tradicionales eran insuficientes, pues las nuevas demandas sociales no podían ser ya satisfechas ante la imposibilidad de incrementar la presión fiscal. Comienzan a aparecer, de otro lado, los primeros sistemas de "ingobernabilidad" y "crisis de legitimación". La "crisis del capitalismo" de la que venimos hablando se manifestará -especialmente- a partir de la década del 80- en nuevas formas de acumulación de capital vinculadas a su transnacionalización y al crecimiento de la competitividad internacional, lo que -dicho sea de paso- tendrá una manifestación negativa en las economías de los países periféricos y pobres, gravadas cada vez en mayor escala por una deuda externa que no pueden pagar.

No cabe duda que esta crisis reformulará la actividad política y obligará a replantear los fines del Estado, aunque los innegables resultados prácticos del periodo de bonanza del Estado del Bienestar hacen disminuir la acritud de ciertas polémicas. Ante ello, aparecen distintas respuestas. En Europa, por ejemplo, empiezan a tener cauce los procesos de integración económica que buscan crear un sistema supraestatal de bienestar, pero teniendo claro que los gastos sociales deben concretarse con criterios de productividad. El efecto social de las nuevas medidas no genera consenso, sin embargo, pues pronto queda claro que, en el corto plazo, se beneficia sólo el sector de la población que cuenta con ahorros o con un trabajo fijo remunerado. En los países pobres el efecto ha sido, (Latinoamérica es un buen ejemplo), el que las cuentas macroeconómicas "cuadren" y se reduzca la inflación, pero que aumente el desempleo y que se acentúen las diferencias de ingresos entre los diversos estratos sociales, que se produzca una desembozada dependencia con los Estados Unidos de Norte América en muchos órdenes no sólo económicos y que surja una clase política en la que la noción de ética y de servicio, en muchas ocasiones, es sustituida por el concepto de rendimiento o de mercado.

24. Las críticas al Estado del Bienestar surgidas principal, pero no únicamente, de posiciones con-

servadoras y neo-liberales, tienen distintas manifestaciones. Algunas de las primeras no cuestionan frontalmente la existencia del propio Estado del Bienestar, y su preocupación se centra más bien en la crisis cultural de las sociedades occidentales (pérdida de valores tales como laboriosidad, disciplina, austeridad, etc.), que permite y alienta el triunfo de un individualismo insolidario promovido por una cultura del consumo y del ocio; de ahí que no siempre cuestionen, o vean con malos ojos, un cierto intervencionismo estatal, aunque combatan los "excesos" igualitaristas. Otros, como los neoliberales, atacan frontalmente al Estado del Bienestar en términos de economía política.

El liberalismo, opacado por el éxito del Estado del Bienestar en un periodo de aproximadamente 30 años (1945-1975), mantuvo siempre su posición teórica combativa, y hace a aquél responsable directo de la crisis, al haber generado ineficiencia, inflación y déficit fiscal. Para pensadores como F. Heyek todas las tentativas de controlar racionalmente la economía están condenadas al fracaso⁶¹. Las críticas van dirigidas a las dos facetas básicas del Estado del Bienestar: la que tiene que ver con el aspecto provisional como el interventor. En lo que se refiere al primero, que se describe como un gigantesco programa que va desde un sistema de pensiones hasta programas de asistencia médica, seguro de desempleo, subvenciones alimenticias, y un muy largo etcétera, genera un gasto no productivo, creciente, que va en detrimento de la producción y que va agotando la capacidad creadora, de inventiva, de la sociedad civil, siendo responsable del estancamiento económico. Esta forma de actuar, en la que no sólo ha habido falta de prudencia sino también irresponsabilidad al olvidar los límites que siempre tienen los medios económicos, produce una profunda desactivación social. A ello se agrega, dicen los neoliberales, el nacimiento de una "nueva clase" de parásitos, no productiva, enquistada en los medios de comunicación y en la burocracia y cuya finalidad esencial es perpetuarse en el poder, haciendo uso de recursos públicos. En lo que se refiere al Estado interventor, los neoliberales alegan que el crecimiento notable de la Administración Pública y de las empresas de propiedad del Estado se financian principalmente a través de la Banca Central o de la deuda pública y que ello ha sido ruinoso para las empresas privadas, desalentando la inversión. Además, continúan, ha traído como consecuencia multitud de regulaciones improductivas y paralizantes no sometidas a un control de rendimiento o eficacia, lo que gravita negativamente sobre los contribu-

⁶¹ CONTRERAS, Op. Cit., p. 150.

yentes y las empresas privadas generadoras de riqueza. Hay, por cierto, muchas otras críticas de carácter filosófico (como las que hacen referencia al principio de igualdad), político (como la de la limitación a la libertad) o económico (a la planificación), que no es del caso aquí explicar.

Lo que no puede dejarse de anotar es que tanto las críticas de los neo-conservadores como de los neo-liberales tuvieron una amplia acogida en muy amplios sectores, así como consensuales aciertos⁶²: la más extendida es que el Estado del Bienestar era un estado sobredimensionado, con una clara tendencia a la hipertrofia, que trataba de invadir cada vez más nuevas parcelas de la vida social, sin autorestringirse, expansión que no se da por razones altruistas sino en búsqueda de un “mercado político”, para que sus partidarios puedan así mantenerse en el poder. De otro lado, el compromiso asistencial que le dio importante sustento inicial ha ido perdiendo su eficacia integradora, generando, con su creciente ineficiencia, frustraciones y escepticismo que hacen cada vez más difícil la gobernabilidad de las democracias, propiciando “soluciones de emergencia” de carácter autoritario. La otra crítica importante, aunque menos consensuada, es que el Estado del Bienestar ha fracasado en el logro de sus objetivos que, en un principio, le dieron sentido; en efecto, dicen sus críticos, ha generado costos que han debilitado las estructuras “naturales” de asistencia y provisión, tales como la familia, la comunidad vecinal, la iglesia, etc., a las que ha querido, ineficazmente, suplantarse, mediante una solidaridad impersonal, que ha traído descrédito y alienación.

25. Podemos decir, sintéticamente, que entre 1930 y 1980 el crecimiento del sector público fue espectacular tanto en los países capitalistas occidentales como en otros lugares del mundo, estando en la raíz de ese intervencionismo una política keynesiana que predicaba la dosificación del déficit público, interviniendo sobre precios y salarios, y ofreciendo una vastísima gama de servicios públicos, que trajo como consecuencia un aumento significativo del número de funcionarios. Ello se justificaba -dice Ariño- “en el mito de la filosofía hegeliana que identifica al Estado con el bien: éste actúa desinteresadamente, persiguiendo el ideal del interés público. Mientras, el individuo y la sociedad defienden sus propios

intereses”⁶³. En nuestros días un escepticismo bastante extendido se enfrenta a esa concepción, al comprobarse que el Estado no es sólo una realidad jurídica constituida por una serie de instituciones (parlamento, tribunales, etc.) sino también gobernantes, partidos, grupos de presión, etc. que actúan en muchas ocasiones, quizás en la mayoría, buscando su propio beneficio, maximizando sus intereses, manteniendo -cuando así se pueda- privilegios de diverso orden, en un contexto teórico general de igualdad de los ciudadanos frente a la ley. La diferencia se encuentra, entonces, en que mientras la acción de los particulares está sujeta a una disciplina legal y/o del mercado, el sector público privilegiado no tiene, en muchos casos, tales restricciones.

Ahora bien, y como hemos dicho antes, en la década del 70 en los países capitalistas de Occidente, y más adelante en los llamados países socialistas después de la caída del muro de Berlín, se comienza a tomar conciencia que la situación descrita no es normal, que ello produce un efecto distorsionante en la economía, pues retira recursos del sector privado que es el mayor generador del crecimiento, para colocarlo en programas que en ocasiones varias, satisfacen en proporción creciente objetivos políticos cuestionables. De otro lado, aparece cada vez con mayor nitidez la evidencia de la baja productividad del sector empresarial público.

Frente a ello, dice Ariño⁶⁴, aparecen dos ideas centrales: la primera, la privatización de todas aquellas empresas que no entrañan una evidente razón de interés público en su actuación; y, en segundo lugar, privatización del estilo de gestión en aquellas empresas públicas que subsistan o concesión a particulares de la gestión, de ser posible introduciendo un régimen de competencia. El Estado, entonces, se verá obligado a reducir sus prestaciones sociales, a incentivar jubilaciones anticipadas, a privatizar una buena parte del sector público y otras similares, que significan una menor, o quizás distinta, intervención en los ámbitos económico y social. Se trata más que de un retoque a una situación de crisis, una nueva orientación, atendiendo a criterios y principios diferentes, aunque por cierto, como ocurre siempre con este tipo de fenómenos sociales, no cabe pronosticar su duración⁶⁵, aunque sí admitir su importancia.

⁶² CONTRERAS, Op. Cit., p. 153 y ss.

⁶³ ARIÑO, G., Op. Cit. p. 201.

⁶⁴ Ibid, G., Op. Cit., p. 202.

⁶⁵ MARTIN RETORTILLO B, S., Op. Cit., p. 42.

Es necesario entonces imaginar el enorme impacto que ha significado en los servicios públicos y en sus empresas gestoras, que se habían multiplicado durante el apogeo del Estado del Bienestar, la aplicación práctica de esas dos ideas centrales. Ellas contribuyen, con otras más, al nacimiento del denominado nuevo servicio público, en un contexto en el que se extiende -y se reconoce- la creencia neoliberal de que "la regulación del mercado es superior a cualquier otra que el hombre puede concebir o implementar por vía de la ley"⁶⁶. Pero antes de entrar al desarrollo de las características de un nuevo servicio público, veamos muy esquemáticamente también cómo ese Estado del Bienestar comienza a transformarse en un Estado Subsidiario, mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa, y cuál es el impacto de ello en los servicios públicos.

V. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD: LA LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA OBLIGA A LA TRANSFORMACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL

26. Como acabamos de ver en el apartado anterior, a partir de la segunda mitad de este siglo se produjo uno de los mayores procesos de transformación sobre el rol del Estado; contra lo que suele comentarse, su origen ha respondido más a una exigencia de la realidad que a motivaciones ideológicas⁶⁷. Este proceso de cambio radical ha destrabado las vinculaciones autoritarias entre la sociedad y el Estado y ha ido, paulatina y gradualmente, desplazando el principio en virtud del cual era posible la creciente intervención del Estado en la economía -sea en la vía normativa o mediante la activación empresarial- la que sólo se justifica ahora de manera subsidiaria. Y es en la afirmación de otros principios tales como son la concurrencia al mercado y la protección de consumidores y usuarios, donde se debe encontrar la clave para comprender cabalmente las transformaciones operadas.

El proceso transformador a que hemos hecho mención se ha presentado -si bien con diversa intensidad- en la mayoría de los países latinoamericanos y el Perú no es una excepción. Los partidos y los políticos gobernantes se vieron impelidos a promover y efectuar transformaciones que significaron, o

todavía significan en este inacabado itinerario, la remoción de obstáculos que presentaba la legislación, acudiéndose para ello a derogaciones en bloque, desregulaciones, privatizaciones y hasta innovaciones normativas.

La sociedad de nuestros días es reacia a aceptar que el Estado intervenga activa, ilimitada y directamente en el campo económico asumiendo actividades que pueden corresponder, o que corresponden, a los particulares. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, han perdido -o se han debilitado- como títulos que legitiman la intervención estatal en actividades industriales o comerciales, y aún en los servicios públicos que pueden ser gestionados o prestados por los particulares. En verdad, la sociedad de nuestro tiempo -y la del Perú no es una excepción- ha sufrido por ese intervencionismo excesivo, y cuenta en muchos casos con una información suficiente que le permite descender el velo que cubría a los verdaderos responsables de la crisis. Existe una tendencia a rechazar la presencia de esos falsos gerentes del bien común que persiguen beneficios personales o de grupo, mientras siguen creciendo el déficit público y la ineficiencia.

Así, pues, los reclamos por una mayor libertad económica han sido canalizados a través de diferentes medidas como las desregulaciones y la eliminación de privilegios y monopolios, por cierto que con diversa intensidad en cada país. Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, incluyéndose algunas de las prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público.

Este nuevo Estado, que algunos denominan Estado Subsidiario, no ha eliminado por cierto todas las funciones que cumplía el Estado del Bienestar, ni ha significado un retorno al Estado liberal del siglo XIX. Se trata de un modelo cuyos rasgos predominantes lo tipifican -dice Cassagne⁶⁸- como una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce actividades esenciales o funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, etc.) que pertenecen al Estado como comunidad soberana, la que se completa con otra mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cum-

⁶⁶ MARTÍN MATEO, Ramón. "La liberalización de la economía: más Estado, menos administración", Madrid 1988, p. 8.

⁶⁷ Vid. CASSAGNE, J.C. "La intervención administrativa", Buenos Aires, 1994, p. 108 y ss.

⁶⁸ CASSAGNE, J.C. "La intervención...". Op. cit., p. 110.

plen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos). En ese contexto, continúa Cassagne, se canaliza la realización del bien común, con predominio del Derecho Público en las estructuras y procedimientos de las funciones indelegables y con recurrencia a formas privadas o mixtas para la actividad supletoria.

27. El principio de subsidiaridad, cuya incorporación en los distintos ordenamientos positivos no siempre ha sido explícita, postula que el Estado debe ocupar un puesto de reserva no sólo en materia económica sino en general en lo referente a las relaciones sociales⁶⁹. Ese principio tiene un contenido negativo y positivo. El positivo impone al Estado el deber de intervenir en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y en la medida que tal intervención sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares⁷⁰. En virtud del contenido negativo se limita la citada intervención en todos aquellos campos o áreas que por su propia naturaleza deben ser asumidas por los particulares. La subsidiariedad no representa, hay que aclararlo, un impedimento para que el Estado conserve la titularidad y el ejercicio de aquellos cometidos que le son esenciales e indelegables, como por ejemplo la defensa, que en nuestro tiempo no se concibe a cargo de particulares.

El fundamento ético social del principio de subsidiaridad se encuentra en que la sociedad y el Estado que la representa no debe privar al individuo de las tareas que puede hacer por sí mismo, principio que la Doctrina Social de la Iglesia considera válido *a priori*, es decir, de Derecho Natural, en virtud del cual la prioritaria determinación individual de los valores se convierte en el principio estructural del orden social. El principio de la subsidiaridad, que fue formulado por primera vez por Pío XI en la encíclica *Quadragésimo Anno*, "no es sino la expresión de las relaciones normales del poder estatal con las fuerzas de la economía y de la sociedad en un Estado pluralista y libre"⁷¹, y sirve tanto para organización de las libertades como para la estimulación del rendimiento del individuo y de los grupos sociales, aliviando así la actividad estatal.

En su Encíclica "*Centesimus annus*" (1991) Juan Pablo II señala (número 48) que la actividad económi-

ca, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político, siendo de incumbencia del Estado garantizar la seguridad, vigilar y encausar el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico, crear condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándolas donde sean insuficientes o sosteniéndolas en momentos de crisis, intervenir cuando situaciones de monopolio crean obstáculos al desarrollo, y ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, y en lo posible limitadas temporalmente, para no privar de competencia económica al sector correspondiente.

Dice la citada Encíclica con referencia a un tema directamente vinculado al propósito de este artículo, que si bien el Estado del Bienestar ha respondido de manera adecuada a muchas necesidades y servicios tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana, ha también cometido excesos y abusos propios de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado, al no haberse respetado el principio de subsidiaridad. Textualmente señala: "Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos", pues hay que considerar que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas mejor quien está más próximo a ellas.

Este principio de subsidiaridad, dicen sus defensores, no trata de ir hacia un Estado débil o mínimo, sino hacia uno que asuma íntegramente sus indelegables funciones soberanas y sea, a su vez, eficiente en las actividades supletorias que en lo económico debe asumir, para así lograr el bien común que es el fin o causa final del Estado, en un ambiente de respeto a la dignidad y al desarrollo de la persona humana.

Hay que volver a advertir que ese abandono por parte del Estado, en forma gradual o acelerada, según las circunstancias nacionales, de aquellos ámbitos reservados a la iniciativa pública, no implica la ruptura total con modelos anteriores, pues -por

⁶⁹ Vid., ESTRENA C., R., "Alcance del principio de subsidiaridad en la legislación española". En: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1998, p. 223 y ss

⁷⁰ Vid., CASSAGNE, J.C., "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado". En: "Revista de Administración Pública, número 140, mayo-agosto 1996, Madrid, p. 96 y 97.

⁷¹ UTZ, A. F., "Ética Social", Barcelona, 1988, p. 222.

ejemplo- no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etc., cuando estas actividades no resultan cubiertas por los particulares.

28. Algunas de las características esenciales de este nuevo tipo de Estado, inspirado en el principio de subsidiaridad, son las siguientes⁷²:

a) Se mantienen los principios rectores del tradicional "estado de derecho", basado en la división de poderes, garantía de las libertades y demás derechos individuales, y en el sometimiento de la Administración a la ley. Se opera también una progresiva ampliación del papel del Ejecutivo como productor de normas jurídicas, utilizando a menudo los denominados decretos o reglamentos de necesidad y urgencia.

b) En el terreno político, la democracia pluralista continúa siendo un postulado esencial, tendiéndose a una mayor participación de los ciudadanos en cierta clase de decisiones y estimulando su colaboración con las funciones públicas, al tiempo que se propicia la más amplia descentralización posible.

c) El principio básico que legitima la intervención del Estado en el plano económico y social es el de la suplencia. El Estado conserva ciertas funciones consideradas indelegables (justicia, defensa, etc.), que le son inherentes en virtud de la soberanía que traduce el bien común que mediante ellas persigue, al par que presta servicios públicos o realiza actividades en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta, siendo ejemplo de ello la previsión social, la salud, la educación, el transporte, etc.

d) En el plano económico y sobre la base de la regla de la subsidiaridad, se afirma la economía social de mercado como sistema predominante, apoyado en la libre iniciativa y la libre concurrencia al mercado con el objeto de lograr un sistema de "competencia practicable"⁷³, en el que los consumidores y usuarios estén protegidos y puedan elegir con información adecuada, y los agentes ofrecer productos y servicios libre y lealmente. Como se sabe, la economía

social de mercado deja intacto el mecanismo del mercado hasta donde sea posible, pero complementado con medidas de seguridad social y de distribución de los ingresos.

e) La política o previsión social no es ya más ilimitada, y se le vincula al citado principio de suplencia así como a las posibilidades presupuestales, teniéndose presente los graves errores (inflación, déficits públicos, etc.) ocurridos durante la época del Estado del Bienestar. En lugar de la prédica de este último concentrada en "tanta igualdad como sea posible", la sociedad ha impuesto el axioma -dicen los defensores del Estado subsidiario- de "tanta libertad como sea posible y conveniente para los componentes de una determinada comunidad"⁷⁴.

29. La recepción del principio de subsidiaridad por el ordenamiento positivo lleva consigo una transformación y reforma del Estado que se manifiesta: en primer lugar, en una menor intervención en la vida económica y en la decisión de privatizar empresas públicas, así como hacer posible el ingreso de empresas privadas en los servicios públicos.

El desmontaje del sistema intervencionista que había sobredimensionado las estructuras administrativas con el consiguiente aumento de la burocracia, y que se manifestaba además en excesivas regulaciones que afectaban las libertades económicas, así como en la participación estatal en empresas industriales o comerciales, requiere de técnicas de intervención que operen en sentido opuesto: se trata de la desregulación y la desmonopolización de actividades y de servicios, junto a la privatización.

Lo que se busca es remover los obstáculos que se oponen a la iniciativa privada y a la libre concurrencia en el mercado. La derogación de las normas se ha llevado a cabo mediante diferentes técnicas, como la tradicional que implica la derogación por una norma de idéntica naturaleza, o mediante mecanismos de delegación para que el Ejecutivo proceda a la derogación de normas en bloque.

30. Mediante la regulación económica, como hemos dicho antes, se comprime el ámbito de la libertad a

⁷² Seguimos en este apartado a CASSAGNE, J.C., "La intervención ..." Op. Cit., p. 117 y ss.

⁷³ Se trata de un concepto ampliamente utilizado en el Derecho de la Competencia, equivalente al de competencia eficaz, imperfecta, efectiva u operativa. Existe -dice la Comisión de la Comunidad Económica Europea- competencia practicable o suficientemente eficaz cuando las empresas no limitan de manera excesiva o artificial la venta o la producción, cuando tales empresas satisfacen la demanda, y cuando hacen participar a todos los intermediarios y consumidores o usuarios en las ventajas derivadas del progreso técnico y económico. Vid. por todos FONT GALÁN, J.I., "Constitución Económica y Derecho de la Competencia", Madrid, 1987, p. 34 y ss.

⁷⁴ CASSAGNE, J.C., Op. Cit., p. 121.

través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos con los intereses de la comunidad⁷⁵. Por cierto que la nueva actividad reguladora se encuentra sometida a los principios, normas y garantías constitucionales y a un conjunto de principios generales aplicables que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad, como son aquéllas que rigen la competencia económica. No hay que perder de vista la no derogada función de garantía que en todo estado de derecho cumplen tanto el procedimiento como la institución del acto administrativo, para hacer posible que la actividad prestacional se desenvuelva con arreglo al principio de legalidad.

Con la nueva regulación se busca, pues, no sustituir al mercado, sino estar al servicio del mismo, promoviendo e incentivando la libre competencia en beneficio de consumidores y usuarios. Las consecuencias en el régimen jurídico de este cambio han sido muy intensas y han dado lugar a la creación de los llamados entes reguladores, que veremos más adelante (infra VIII).

31. Hay que tener presente que la ola de privatizaciones de empresas e inclusive de sectores económicos enteros producida durante los últimos años en muchos países y en el Perú también, ha replanteado una vieja cuestión, que es la concerniente a la regulación de las condiciones económicas, técnicas y sociales⁷⁶, en las que debían ser prestadas aquellas actividades esenciales para la sociedad, que hasta ahora venían siendo atendidas por el Estado y que han sido entregadas a empresas privadas, generalmente mediante el procedimiento de licitación o concurso. Resulta obvio que mientras fueron públicas las empresas gestoras de los servicios no había, en verdad, mucha necesidad de regular, pues le bastaba al poder público tomar decisiones y asumir las responsabilidades consiguientes. Se pensaba que bastaba decidir en cada momento lo que había que hacer, porque lo que legitimaba la decisión no era "la potestad pública", derivada de la norma, sino la "propiedad" de la empresa.

Pero cuando tales empresas y actividades han sido devueltas a la iniciativa y al capital privados, la necesidad de regulación se hace evidente, ya que es

preciso armonizar con prudencia dos intereses contrapuestos: el de la empresa, que aspira a los máximos beneficios, y el de los usuarios, que desean un servicio seguro, barato y de calidad. No se trata pues ahora de prescindir del Estado, sino de replantear el sentido de su acción: el Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador. Y la regulación debe orientarse no a sustituir el mercado y la competencia, sino a promoverlos. De ahí la importancia de que en las privatizaciones, en la medida de lo posible, los antiguos monopolios estatales, que se habían demostrado tantas veces perversos, no sean sustituidos por monopolios privados. El gran jurista anglosajón Roscoe Pound escribió en 1949: "Lo que uno debe resistir y combatir, no es la prestación por el Estado de muchos servicios públicos que aquél puede llevar a cabo sin atentar a nuestro sistema legal y político, sino la idea de que todos los servicios deben y pueden solamente ser realizados por el Gobierno"⁷⁷.

32. De otro lado, la creciente dependencia del ciudadano respecto a las organizaciones sociales prestadoras de bienes y servicios, hace imperativa en nuestros días una reglamentación más detallada, que alcanza no sólo a los servicios públicos clásicos, como ferrocarriles, gas, teléfonos, etc., sino también a sectores como seguros, banca, radio y televisión, etc. El hombre actual es muchas veces un ciudadano cautivo, "capturado" por los servicios, lo que ha dado lugar a una abundante regulación administrativa.

La determinación de cuándo una empresa se encuentra o no afecta al interés público es una calificación siempre relativa. Lo único decisivo es la dependencia vital que la prestación suponga respecto a la vida de la sociedad y de cada uno de los ciudadanos, calificación que variará de país a país y de tiempo en tiempo. Lo que se requiere es un marco claro de principios y reglas -una regulación- que guíe y encuadre la relación entre las empresas y el Estado. Mas para comprender a cabalidad el fenómeno del que estamos tratando, hay que reconocer como característica común a todas esas actividades la escasa o nula competencia en el ejercicio de las mismas, porque por naturaleza, económica y técnicamente, reclaman el monopolio, o bien porque ostentan de hecho una posición dominante sobre los usuarios. Es por ello que, al no aplicarse más que

⁷⁵ CASSAGNE, J.C. "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual". En: La Ley-1994-D, Buenos Aires, p. 948 y ss.

⁷⁶ ARIÑO, G. Op. Cit., p. 259 y ss.

⁷⁷ Citado por ARIÑO, G. Op. Cit., p. 262.

débilmente las leyes del mercado, se justifica la existencia de una regulación más intensa. Para estas actividades, sobre las que el Estado tiene especial interés, en términos generales, existen -dice Ariño⁷⁸- tres modelos de regulación, a saber:

a) Una minuciosa regulación estatal, especialmente en precios, si bien la actividad se considera como privada. La Administración la regula desde fuera. Este es el planteamiento anglosajón de las *public utilities*.

b) Configuración del sector como servicio público en manos privadas, lo cual significará la asunción por el Estado de la titularidad sobre esa actividad (exclusividad regalística), si bien delega o concede su gestión a los particulares, por razones económicas y de buen servicio. En este caso, la Administración no sólo establecerá una regulación jurídica exterior, sino que asumirá poderes de dirección y control internos.

c) Nacionalización del sector, lo que consiste esencialmente en la transformación de empresas privadas en empresas del Estado.

Si bien no es éste el lugar para responder genéricamente sobre los pros y los contras de cada una de las mencionadas opciones, debe sí reconocerse que, en términos generales, las nacionalizaciones y la excesiva intervención del Estado en la economía han tenido en todas partes malos resultados. En los estados modernos, ya lo hemos dicho antes, el objetivo primario es ofrecer a los ciudadanos un buen servicio y prestaciones que garanticen su bienestar, lo que puede obtenerse con mayor eficacia, calidad y buen precio si estos servicios se prestan por iniciativa privada que si se hace por iniciativa pública. Entonces, el servicio público -en gestión privada- y la empresa pública son técnicas intercambiables desde el punto de vista de la garantía de su prestación, pero el primero ofrece sobre la segunda grandes ventajas para los ciudadanos, por lo que es indispensable una adecuada y renovada regulación jurídica. Estamos por ello en nuestros días redescubriendo la concesión y el contrato como técnicas de gestión.

33. En cuanto a los procesos de privatización y las nuevas regulaciones, los primeros deben llevarse

adelante con transparencia con el objeto de evitar actos encubiertos, es decir, las desviaciones de poder en que pueden incurrir los gobernantes o funcionarios de turno. Así mismo, con la debida publicidad para estimular la máxima concurrencia de interesados. Y, finalmente, en un plano de igualdad para los oferentes o interesados en participar, tanto durante su tramitación como adjudicación.

En lo que se refiere a la desregulación, debemos recordar que no se trata de un fin en sí misma, sino de un punto de partida tendiente a restaurar el principio de libertad y la transparencia de los mercados, con el propósito que los particulares puedan actuar sin esperarlo todo del Estado, cuya función debe limitarse al papel de árbitro imparcial que actúa sobre los factores económicos cuando éstos entren en conflicto. En el sistema clásico de regulación, casi todo quedaba encomendado a la decisión del regulador: la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los precios, etc. En nuestros días, la regulación cobra otro sentido, pues no tiene como objetivo central el control del sistema y sus operadores, sino que trata de promover la competencia, allí donde esto sea posible y se limita a proteger los intereses de los usuarios⁷⁹.

Ahora bien, la regulación es siempre, por definición, un sustituto del mercado⁸⁰; por tal motivo, las características que debe reunir deben estar orientadas a obtener los efectos benéficos y estimulantes que aquél produce, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los participantes en el sector regulado y exigir estándares de calidad y seguridad. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas cuanto proteger a la sociedad.

En lo que a servicios públicos se refiere, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y establecer los niveles adecuados de la relación calidad-precio. Cuando para obtener estos fines, sea necesario intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.

Pero como toda regulación debe tender a ser objetiva y global, y no admitir tratamientos singulares, ni alteración arbitraria de las reglas de juego, resulta indispensable, condición *sine qua non*, el separar la

⁷⁸ Ibid, p. 267.

⁷⁹ Resulta paradójico, pero no causa asombro, que para desregular y desmonopolizar determinadas actividades se acuda a marcos regulatorios para encauzarlas bajo nuevas orientaciones económicas y políticas. Vid. CASSAGNE, J.C., "El resurgimiento del servicio público...", Op. Cit., p. 97, y "El servicio público y las técnicas concesionales", Op. Cit., p. 1181.

⁸⁰ ARIÑO, G. Op. Cit. p. 272.

autoridad reguladora de las unidades operadoras del sistema y, al mismo tiempo, independizar aquella de toda posible manipulación del poder político (Vid. infra VII). Y ello requerirá por cierto de un cambio en la mentalidad de los protagonistas, sean éstos la propia Administración, las empresas productoras de servicios y los usuarios. Hemos estado acostumbrados a una situación de servidumbre en la que se ha preferido la seguridad y la protección por parte del Estado a la libertad y el riesgo, esto es, a un respeto reverencial a esa especie de cosa sagrada que es la Administración, que muchas veces impide desarrollar una verdadera estrategia empresarial propia⁸¹

VI. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MODERNO SERVICIO PÚBLICO

34. El concepto tradicional y socializado de servicio público ha muerto con la caída del Estado del Bienestar, por la escasez de miras y corporativismo mezquino de sus gestores, ha dicho enfáticamente Juan Miguel de la Cuétara en reciente ensayo⁸². Y ha agregado: "Ha muerto una idea que pretendió recubrir toda la actuación pública con una aureola de santidad, y lo hizo de muerte natural, porque los asuntos humanos, sociales, políticos, económicos, nunca han estado en manos de santos. En suma, el servicio público monopolístico, excluyente(...), ha perdido totalmente su credibilidad y debe seguir el camino de los viejos monopolios fiscales (los estancos de la sal, de la pólvora, de los fósforos, del tabaco, del petróleo ...) hacia su desaparición⁸³". Se trata, sin duda, de una afirmación extrema y discutible, pero no podemos negar que encierra algo de verdad, comprobable tanto en el extranjero como entre nosotros.

La llamada "crisis" del servicio público se origina precisamente cuando su ámbito se amplió para cubrir actividades tan amplias que iban más allá de las esenciales que originalmente justificaban su declaración⁸⁴. A ello se agrega la puesta en cuestión de

la separación idealista entre el Estado y la sociedad, pues el primero no necesita ya la declaración previa de titularidad (*publicatio*) de determinadas actividades y, de otro lado, porque la sociedad democrática tiene ahora una mayor conciencia de sus derechos. Entonces el llamado "fracaso", relativo por cierto, del servicio público como categoría jurídica viene de su éxito, de pretender abarcar actividades cada vez más distanciadas de su origen, como son para algunos los llamados servicios públicos sociales o asistenciales.

Ha sido, pues, esa dificultad para circunscribir los alcances del concepto de servicio público y la creciente participación de la actividad privada en la satisfacción de necesidades públicas, los elementos que han servido para que algunos autores cuestionen y hasta propongan la suspensión de ese concepto; es decir, teorías negatorias de la noción de servicio público, que propician su supresión⁸⁵. Estas propuestas afirman que los elementos determinantes del servicio público admiten tantas excepciones que no pueden ya ser consideradas como características del mismo⁸⁶. Así, por ejemplo, la persona que presta el servicio no tiene que ser el Estado, directa o indirectamente. En segundo término, no siempre el objeto del servicio es satisfacer una necesidad pública, es decir, se trata de un elemento subjetivo, dependiente de la voluntad del legislador. Y, finalmente, tampoco es el régimen de Derecho Público un elemento determinante en su regulación.

Resulta de la mayor importancia tener presente que el crecimiento del Estado después de la Segunda Guerra Mundial, ahogó las iniciativas privadas y en la práctica "barrió" con instituciones diseñadas para sistemas tanto de gestión como de propiedad privadas. Ello trajo consigo la quiebra del servicio público como institución jurídica, como bien dice Cassagne, pues "cuando el Estado gestiona directamente los servicios públicos entre su calidad de dueño o accionista de la empresa pública con la condición de titular de la potestad regulatoria, en la que la prime-

⁸¹ Ibid. p. 274.

⁸² "Tres ...". En: "El nuevo Servicio Público", Op. Cit. p. 112.

⁸³ Ibid. p. 112 y 113.

⁸⁴ Ha dicho al respecto, J.C. CASSAGNE: "El proceso que generó la llamada crisis del servicio público obedeció al abandono de la gestión de las actividades por parte de empresas privadas y su asunción directa por el Estado, lo que condujo a una identificación entre la función pública estatal y la gestión de los servicios públicos, fenómeno éste que impedía disociar el poder reglamentario de la gestión, aspectos éstos que aparecieron muchas veces confundidos o, al menos, concentrados en la propia empresa estatal y prestataria", "El servicio público y las técnicas...", Op. Cit., p. 1174.

⁸⁵ En la Argentina, GORDILLO, A. "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1975.

⁸⁶ Vid. PISERCHIA, R. "Las concesiones de servicios públicos en la reforma del Estado". En: La Ley-1997-B, Buenos Aires, p. 1408 y ss.

ra termina desplazando a la segunda por una suerte de natural tendencia contraria al establecimiento de auto-regulaciones dentro de la propia Administración, aún cuando fueran para beneficio de los habitantes. ¿Qué sentido tendrían en este esquema la potestad regulatoria y los órganos reguladores?⁸⁷ En efecto, cuando el Estado se hace cargo de la prestación directa de prácticamente todos los grandes servicios públicos como consecuencia del proceso de nacionalizaciones a que nos hemos antes referido, se produce una quiebra en el sistema de concesión que otorga la gestión a los particulares. Y ello explica el reciente proceso de transformación del Estado basado en el principio de subsidiariedad que se incorpora a las Constituciones y a la legislación positiva.

35. De otro lado, es evidente que los servicios públicos existen y están a nuestro alrededor, es decir, tienen vida, sea que se califique al sistema como "antiguo" o como "nuevo". Por cierto que algunos resultan muy fáciles de identificar, como el abastecimiento de agua potable, y otros serán muy discutibles, como el servicio de taxis; es probable que algunos continúen ostentando orgullosamente su condición de tales, pero otros desde hace tiempo prefieren ocultarse, como el transporte aéreo; algunos serán "pobretones" y otros "millonarios", como los servicios telefónicos; pero en todos se nota un cambio, una transformación imparable, que en algunos casos desdibuja sus características tradicionales. Entre nosotros, por ejemplo, hemos visto aparecer durante los últimos años los servicios privados de correo, la televisión pública compitiendo en publicidad con la privada, la introducción de servicios de pensiones privadas (AFPs) acompañando al sistema tradicional, etc. Un ejemplo destacado es el de los modernos cementerios en la ciudad de Lima, que más allá de ofrecernos una entrada de lujo al descanso eterno, son actividades comerciales lucrativas que poco tienen que ver con los clásicos servicios de pompas fúnebres ofrecidas por las Sociedades de Beneficencia o por las municipalidades. Se puede entonces constatar que, en nuestros días, el servicio público tradicional trata de disimular su origen y transmutarse en un servicio comercial. Y resulta de la mayor importancia resaltar que ello ocurre en un momento en que el debate tradicional sobre las "libertades formales" y las "libertades reales", de no poca importancia y todavía vigente en países pobres como el nuestro, se traslada a otro sobre la eficacia del Estado como gestor de

actividades económicas y sobre el sistema de prestaciones públicas, en el que intervienen no sólo los partidos políticos sino múltiples instituciones en diversa naturaleza y distinto propósito.

36. Ahora bien, no debe olvidarse que en las democracias capitalistas occidentales el servicio público "clásico" logró éxitos incuestionables: hizo llegar a todos, o una muy significativa mayoría, prestaciones que de otra forma conseguirían sólo unos pocos; atendió necesidades vitales básicas; generó infraestructura que facilitó a las poblaciones su entrada en la modernidad, etc. En su "haber" hay que anotar el haber hecho posible que amplias capas de la población hayan recibido los beneficios de la educación, del abastecimiento domiciliario de agua potable, etc. Pero ese servicio público "clásico", como hemos visto, poseía un grave desequilibrio que se hizo patente después de la crisis del petróleo de 1973, pitazo que da inicio al desmontaje del Estado de Bienestar. En efecto, ese servicio público había sido mayoritariamente construido sobre el monopolio de actividades, de las que se decía pasaban a ser de titularidad estatal. "De este modo- dice de la Cuétara- se creó una situación en la que las actividades eran económicas pero la titularidad política, y uno u otro de ambos enfoques debía prevalecer. Lo hizo el segundo"⁸⁸. La política que es en sí misma expansiva, al actuar en el interior de las empresas que brindaban servicios públicos, anuló su racionalidad económica, llevándolas a la descapitalización e ineficiencia. Se pudo entonces constatar que sin frenos económicos (la competencia, por ejemplo) y sin frenos políticos, el resorte político externo que era la responsabilidad ante los votantes se mostró insuficiente para contrarrestar tendencias negativas tales como la utilización masiva de poderes discrecionales, excesiva burocratización, etc., lo que impidió en muchos casos, seguir a la evolución tecnológica.

Esto que venimos diciendo no sólo fue aplicable a las empresas gestoras de servicios públicos de propiedad del Estado, sino también a las de titularidad privada, que actuaban bajo contrato de concesión, por la circunstancia que estas últimas estaban siempre más atentas a las decisiones de la autoridad política, que a lograr mayor competitividad o brindar mejor servicio, por ejemplo disminuyendo sus costos, ya que las decisiones efectivamente importantes y hasta decisivas eran las primeras. De otro

⁸⁷ CASSAGNE, J.C. "El resurgimiento del servicio público...". Op. Cit., p. 98

⁸⁸ DE LA CUETARA. Op. Cit., p. 116.

lado, y como lo demuestra la propia experiencia empresarial peruana en las décadas del 70 y el 80, soluciones como la participación de los trabajadores, o la autogestión, mostraron en compañía de un sindicalismo fanatizado donde el “patrón” son todos, es decir, nadie, sus graves inconvenientes para alentar la inversión y lograr la competitividad. Fue así que, con un sistema de titularidad y monopolio público, las empresas de servicio público cada día demandaban más fondos para brindar prestaciones con un grado de obsolescencia cada vez mayor, creando en la población frustración y desencanto. La solución fue entonces echar mano a una antigua herramienta que había sido guardada en el baúl de los recuerdos: la competencia económica.

37. Cuando, en época reciente, se comienza a examinar bajo nuevas luces el ámbito de los servicios públicos, se constata que muchos de ellos se habían venido brindando en un régimen que no era de monopolio, donde por cierto sí estaban algunos de los más importantes, y que ello no había provocado un deterioro en los intereses generales. Así, por ejemplo, no todas las bibliotecas, parques, museos, camales, etc., pero sobre todo la educación, se brindaba a través de organismos o empresas públicas, apreciándose que la competencia era posible y deseable, como en efecto ocurría en el sector transporte, todo lo cual no se había antes percibido con claridad. Fue entonces que comenzó a aceptarse la idea que el futuro servicio público debía, siempre que fuera posible, plantearse en un régimen de competencia, que éste debería ser el planteamiento general, aunque por cierto podía admitir las excepciones que están debidamente justificadas, como ocurre en nuestros días con la utilización y trasplante de órganos, ya que no todo tiene siempre que regirse y solucionarse bajo el concepto de competencia económica.

Como ya hemos visto (*supra* V, 29, 30, 31 y 33), los instrumentos utilizados para lograr el desmontaje normativo del servicio público tradicional, incapaz de seguir el ritmo de las actividades económicas modernas, han sido las privatizaciones, para aprovechar el impulso del capital y la tecnología de la iniciativa privada, y la desregulación normativa superada ya la ideología nacionalizadora. Este importante aparato jurídico de nuevo cuño por cierto que precisa las obligaciones de prestación, la forma de fijación de tarifas, los procedimientos para la resolución de quejas de los usuarios, lo que no se consideraba antes tan indispensable, es decir, cuando la empresa estaba nacionalizada. Esta convicción de dejar todo lo posible a la libre competencia, es el reflejo de “la huida al Derecho Privado” de parte del Derecho Público, y que tiene manifestaciones con-

cretas en el auge del derecho de los consumidores y usuarios, o en el protagonismo cada vez mayor de entidades vinculadas a la defensa de la competencia en la vida económica (por ejemplo, Indecopi), más allá de las preferencias personales con las que se desee enjuiciar este fenómeno. Lo real es que la competencia económica puede establecerse en la gestión de muchos servicios públicos, y existen numerosos ejemplos exitosos tanto en el extranjero como entre nosotros.

38. Para comprender el régimen jurídico del moderno servicio público, régimen aún en construcción que se derivará tanto de la casuística de los conflictos que vayan surgiendo como de las proposiciones teóricas (no sólo jurídicas, por cierto) y de las decisiones políticas que crean derecho, convendría señalar de inicio que la introducción de la competencia económica, hasta donde ello sea posible, entre las empresas intervinientes, es decir, expulsando al puro Derecho Público de determinadas zonas, pero claro está respetándolo en otras, no tiene por qué representar ausencia de normas o desprotección para los ciudadanos.

El Derecho de la Competencia ha desarrollado en sus dos disciplinas complementarias y fundamentales: el Derecho de las Limitaciones de la Competencia o *Anti-trust* y la Disciplina de la Competencia Desleal, variadas técnicas que pueden aplicarse a situaciones conflictivas concretas surgidas de la actuación de empresas u organismos que brindan servicios públicos. En nuestro país, tanto el Decreto Legislativo 704 como el Decreto Ley 26122, así como las regulaciones específicas correspondientes a organismos como Indecopi, Osiptel y otros, contienen una amplia gama de herramientas -que no es del caso aquí desarrollar- que permiten tanto a las empresas en competencia, como al Estado y, en ocasiones, a los ciudadanos concretos, tener vías abiertas para la protección de sus derechos y hacer que la competencia sea libre, posible y leal. No cabe duda que los agentes económicos requieren de seguridad jurídica; en nuestro país la normativa esencial en esta área existe y es, en general, adecuada. Distinta materia es la forma en que se aplica a una concreta situación de conflicto, pero en este extremo hay también que decir que existen signos alentadores surgidos de recientes Resoluciones administrativas.

39. La situación descrita nos lleva a la necesidad de justificar y delimitar a la institución del servicio público en una realidad en la cual, con sus peculiaridades, vuelven a tener vigencia las leyes del mercado, por cierto que bajo un tipo de Estado que, como hemos señalado, actúa como árbitro en defensa de la competencia económica. Pues bien, esta

delimitación opera, dice Cassagne⁸⁹ en tres sentidos: en primer lugar, circunscribiéndose a las actividades que resultan primordiales o esenciales⁹⁰ para la satisfacción de necesidades de la comunidad y que no pueden satisfacerse en un régimen de libre competencia, pero que deben ser gestadas por los particulares. En segundo lugar, y esto tiene singularísima importancia, la técnica del servicio público tiende a aplicarse únicamente a las prestaciones de naturaleza económica, diferenciándose de los denominados servicios públicos sociales o asistenciales, donde la corriente neo-liberal prefiere aplicar un laico concepto de solidaridad, cuya satisfacción recae directamente en el Estado, o resultan satisfechas por aquellos particulares que reciben subvenciones o subsidios. En tercer lugar, la delimitación opera al otorgarle un carácter obligatorio a la prestación privada que pasa a ser regida por el Derecho Administrativo. Así, pues, dice Cassagne acertadamente, “las notas centrales de la noción (satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad) se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sentido que persigue la figura al propugnar la competencia en todo el residuo de actividades privadas, las que, aún cuando sean de interés público, no se rigen, en tanto sea admisible el ejercicio de las libertades del mercado, por el régimen administrativo del servicio público”⁹¹.

40. En la gestión del nuevo servicio público, que debe superar la antigua inseguridad de sus protagonistas frente a decisiones no regladas de clara inspiración o interés político inmediatista, es fundamental reconocer, en primer término el triángulo a que hemos hecho antes referencia (*supra* III) en cuyo vértice se sitúan respectivamente la Administración, el gestor y el usuario de los servicios.

El Estado, como juez y parte, como legislador y a veces gestor de los servicios, ha tenido amplios poderes con muy escasos contrapesos, lo que ha ocasionado desborde, inseguridad y ambigüedad.

Ello ha llevado a la doctrina a proponer variadas soluciones, tales como la de la responsabilidad patrimonial o la interdicción de la arbitrariedad que no persiguen otra cosa que la definición de reglas claras de actuación cuyo objetivo final es la profundización del Estado de Derecho. En otras palabras, sustituir la discrecionalidad gubernamental tan usual en el servicio público tradicional, por una fórmula que haga previsible y fiable la ordenación de la actividad económica. La tendencia actual es detener, de una vez por todas, la deslegalización, tan común en los servicios públicos y tan utilizada por la Administración/gobierno de turno.

El viejo modelo ya no es operativo cuando hacen su aparición el pluralismo y la concurrencia, cuando se han introducido más sujetos y más intereses, que tienen que articularse entre sí, y no podrán hacerlo sino tienen la necesaria seguridad jurídica. Esto es lo que de la Cuétara denomina la juridificación⁹² del servicio público. La juridificación es un antídoto contra el exceso de politización y la clara determinación de lo realmente exigible. Con ella “habrán de acabarse los “cheques legislativos en blanco”, las *publicatios* genéricas, y las deslegalizaciones masivas a que nos tiene acostumbradas -dice de la Cuétara- el Derecho Positivo de los servicios públicos⁹³. El principio de legalidad impone que todas las excepciones a la economía de mercado y a la libertad de empresa estén fundamentadas en una decisión legislativa, y esto es también aplicable a las decisiones que produzcan en la organización de los servicios públicos”⁹⁴. Y continúa más adelante: “la idea que debemos aplicar como piedra de contraste es que toda prerrogativa, cualquier posición de privilegio que encontremos en los servicios públicos, requiere un título justificativo enjuiciable como tal. Ese título dará razón de su existencia y definirá su alcance, y habrá de ser algo más que la “nueva voluntad de que así sea” de los órganos estatales. Su existencia podrá ser comprobada por los tribunales, a los cuales se podrá acudir según las reglas generales de legitimación y postulación”⁹⁵. Y

⁸⁹ CASSAGNE, J.C. “El resurgimiento del servicio público...”, Op. Cit., p. 100 y ss.

⁹⁰ Sobre el concepto de servicio esencial, su titularidad, gestión y limitaciones legales, *Vid.*, GARRIDO FALLA, F., “El concepto de servicio público...”, Op. Cit., p. 19 y ss.

⁹¹ CASSAGNE, J.C., “El resurgimiento del servicio público...”, Op. Cit., p. 101

⁹² DE LA CUÉTARA, J. M., Op. Cit., p. 144 y ss.

⁹³ *Vid.* en el mismo sentido CASSAGNE, J.C., quien dice: “Se trata de limitar el servicio público a las actividades que satisfacen necesidades primordiales de los habitantes mediante prestaciones de naturaleza económica, previa declaración legislativa” en “El servicio público y las técnicas concesionales”, Op. Cit., p. 1181.

⁹⁴ DE LA CUÉTARA, J.M. Op. Cit. p. 146.

⁹⁵ *Ibid.* p. 146 y 147.

ello debe ser así porque -no hay que olvidarlo- el servicio público es una excepción al régimen constitucionalizado de libertad de empresa.

41. La versión clásica del servicio público descansaba, como ya hemos señalado, en la *publicatio*, mediante la cual se declara la asunción del servicio por el Estado, y ello se denomina “titularidad pública de la actividad”. Pero el concepto de actividad es mucho más amplio que el de servicio, y fue por ese camino que en más de una ocasión se amplió en demasía las actuaciones del Estado. Vale pues recordar que la actividad puede requerir de muchas titularidades interconectadas y que resulta imposible en la práctica organizarla bajo un único titular⁹⁶. En otras palabras, los *publicatios* genéricos, las declaraciones de titularidad estatal de actividades o sectores económicos deben ser rechazadas, pues debe más bien pensarse en prestaciones que hay que garantizar, y no en titularidades o reservas sobre sectores completos de actividad⁹⁷. No debe olvidarse que detrás de esa tradicionalmente reiterada titularidad se ha escondido más de una vez siempre una nacionalización, es decir, la exclusión -casi siempre injustificada- de la sociedad civil sobre algo no sólo que le compete, sino que en la mayoría de los casos puede eficazmente para brindar.

Y para evitar cualquier confusión al respecto, es necesario precisar que lo único que implica la *publicatio* es la transferencia, fundada en la necesidad y trascendencia social, de la titularidad privada a la pública, pero que se encuentra -es necesario recordarlo una vez más- limitada por el principio de subsidiaridad. Si bien algunos han sostenido que hay que abandonar la idea de la *publicatio* para reemplazarla por la idea o noción de regulación económica, lo correcto es que sigue siendo actualmente necesario distinguir las actividades de interés público con las de servicio público, ya que éste último tiene características que le son distintivas, tales como la obligatoriedad, que no se dan en las primeras.

Es en este nuevo contexto que cuestiones tales como la reversión o el rescate en los servicios públicos han sufrido un cambio importante, previéndose ahora fórmulas de continuidad de la gestión privada al término del plazo de la concesión, con el propósito de darle estabilidad al servicio y permitir contractualmente una rentabilidad consensuada, impuesta por la realidad de los hechos, que hace difícil el cambio de gestor; todo ello, con el objeto de garantizar a los usuarios calidad y eficiencia en el servicio, acceso rápido e innovaciones tecnológicas que son por definición dinámicas y cambiantes⁹⁸.

42. Son también de aplicación al moderno régimen del servicio público los principios de continuidad, regularidad, igualdad o universalidad y exigibilidad. Si bien es cierto que estos principios estaban también presentes en el “antiguo” régimen, ahora tienen matices distintos que es conveniente puntualizar, consecuencia inevitable del mandato constitucional que otorga al Estado un papel subsidiario en el ámbito económico. El principio de continuidad no es otra cosa que la confirmación que el servicio público es la satisfacción de una necesidad colectiva que se requiere asegurar permanente y no esporádicamente. Tan importante es este principio que la continuidad se protege por dos medios⁹⁹, esto es, por la posibilidad que la Administración asuma la ejecución del servicio ante una falla o una ausencia del gestor, y, además, por la reglamentación del derecho de huelga (*supra* II.10). En cuanto al principio de regularidad, se vincula a la exigencia que el servicio respete las reglas que surgen de los reglamentos respectivos o del contrato de concesión correspondiente, pues un servicio si bien puede prestarse de manera continua pero irregular, ello no debe ser aceptado, en protección de los usuarios.

También es la aplicación al moderno servicio público el principio de igualdad o universalidad¹⁰⁰ en virtud del cual se trata de “un derecho para todos”, con la correlativa organización de medios para que pueda

⁹⁶ DE LA CUÉTARA cita el caso de los transportes para explicar esta idea. Dice así “el sector transportes, por ejemplo, se subdivide en los clásicos transportes terrestres, marítimos y aéreos, cada uno de los cuales a su vez pueden ser privados o públicos regulares o discrecionales, de personas o mercancías, etc. Si, afinando el foco, nos fijamos por ejemplo en los transportes terrestres por carretera de pasajeros en línea regular, nos topamos con las típicas empresas de autobuses concesionarias de línea regular, las cuales, además de tener una concesión, hacen muchas cosas: cuidan y mantienen su flota, hacen servicios “charter”, alquilan, compran y venden vehículos, participan o actúan en estaciones de autobuses, y así sucesivamente. Es bien posible, además, que la empresa en cuestión sea parte de un conglomerado que tenga intereses diversos tanto en el sector transporte como en otros”, Op. Cit., p. 159.

⁹⁷ Ibid. p. 160.

⁹⁸ CASSAGNE, J.C., “El resurgimiento del servicio público...”, Op. Cit., p. 105 y ss.

⁹⁹ CASSAGNE, J.C., “El Servicio Público y las Técnicas Concesionales”, Op. Cit., p. 1188

¹⁰⁰ Denominado también por CASSAGNE, J.C., como “principio de obligatoriedad”, que especialmente se manifiesta en el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan. En: “El Servicio Público y las Técnicas Concesionales”, Op. Cit., p. 1188

efectivamente llevarse a cabo. Es decir, es consecuencia del mandato constitucional que prescribe que todos somos iguales ante la ley¹⁰¹, lo que sin duda tiene efectos jurídicos ante la Administración como ante los prestatarios o gestores del servicio público; se trata, obviamente, de impedir discriminaciones a menos que se funden en la desigual condición en que objetivamente se encuentre cada usuario. Esta igualdad, y ello es de singular importancia, se refiere tanto al acceso al servicio como al precio que percibe el gestor del servicio.

Cuando se trata del servicio público hay una decisión consciente de universalizar la prestación, "un compromiso entre gobernantes y gobernados según el cual estos últimos pueden despreocuparse de si encontrarán o no disponibles ciertos servicios cuando los necesiten, porque los primeros se encargan de que así sea. Dicho compromiso adopta espontáneamente la forma de validez general en las cuales la población encuentra el título jurídico para exigir la prestación cuando lo desee"¹⁰². Por cierto que la obligación de dar servicio universal como la de aceptar cargas de servicio público tienen que ser aceptadas por las empresas gestoras, generalmente a través de un contrato de concesión, de forma tal que sea perfectamente identificable no sólo para la Administración y para el gestor, sino también para el usuario. Ésta es la fuente inmediata de la exigibilidad.

43. Ahora bien, para que el servicio sea realizable, efectivo e igualitario debe producirse sobre unas prestaciones básicas y mínimas, y éstas deben ser las únicas exigibles por medios de Derecho Público; todo lo demás puede y debe ofrecerse mediante las fórmulas comerciales que el mercado libre determine. Defender lo contrario es irreal, poco eficaz y frustrante para los ciudadanos. Así, por ejemplo, la radiodifusión y la televisión no implican la obligatoria producción de programas, ni el servicio telegráfico tiene que leer los telegramas por teléfono, ello no es necesario para la efectividad de la prestación básica y, por lo tanto, no justifica un régimen excepcional como lo es el del servicio público.

Debemos aprender, sobre todo en nuestra condición de país pobre, que -en materia de servicios públicos- sólo lo concreto es exigible, así como sólo

lo limitado es viable¹⁰³. Nadie debe entender, sin embargo, que esta afirmación sea sinónimo de prestación pobre e insuficiente, sino que debemos estar conscientes de nuestras limitaciones, pues en ocasiones aunque sea posible hacer técnicamente más de lo que efectivamente se está haciendo, lo que debemos realmente exigir es la necesaria y hasta ahora lejana igualdad, mediante un servicio público continuo y eficaz.

44. En el nuevo servicio público la situación del usuario es predominantemente contractual. Recordemos que tradicionalmente, y continúa siendo así en determinados sectores, la posición del usuario era puramente reglamentaria. Paulatinamente, sin embargo, en los servicios públicos se han desgajado parcelas de prestaciones en las cuales la situación del usuario deviene contractual, no siendo ya el usuario sólo un beneficiario -lo ha sido siempre- sino un extraño al mismo, en el sentido que entre la Administración y el usuario no hay contrato, porque su situación jurídica no se halla individualizada, sino que es general e impersonal. Esto no se acepta ya, inclusive cuando la Administración es la propia gestora, y más bien se reconoce que la relación entre el gestor y el usuario es pura y simplemente un contrato privado¹⁰⁴. El usuario tiene así una doble posición, pues puede acudir a la jurisdicción ordinaria en caso de incumplimiento contractual del gestor del servicio, pero también reclamar ante la Administración, o ante el organismo regulador competente (*Vid. infra VIII*). No poca influencia ha tenido en esta evolución las soluciones que contemplan las legislaciones referentes a la protección de consumidores y usuarios.

45. En síntesis, el nuevo servicio público debe concretarse en prestaciones básicas, concretas, limitadas, universales, ofrecidas en pie de igualdad a los ciudadanos, utilizando de preferencia la relación contractual con los gestores, y garantizadas genéricamente por el Poder Ejecutivo. La prestación tiene que ser concreta, no debe abarcar, como ya hemos dicho, la totalidad de prestaciones posibles en un determinado sector de actividad. La universalidad es, de otro lado, una característica esencial de los servicios públicos de siempre, y que puede abarcar tanto el territorio como todas las capas de la población, y constituye una conquista irrenunciable

¹⁰¹ Artículo 22 de la Constitución peruana.

¹⁰² DE LA CUÉTARA. Op. Cit. p. 148.

¹⁰³ Ibid. p. 162.

¹⁰⁴ VILLAR EZCURRA. Op. Cit. p. 258.

de las sociedades modernas. Mas lo que no puede olvidarse es que esa universalidad es financiada por el erario público, esto es, por los ciudadanos. Y como consecuencia de ello, si bien esa universalidad tiene una nota igualitaria, benefactora y redistributiva¹⁰⁵, el problema ha radicado y radica en que ella ha servido en muchas ocasiones para que el servicio público invada con beneplácito y estrechez de miras a actividades relacionadas, genere una burocracia costosa e ineficiente, descapitalice a las empresas e impida finalmente que la prestación continúe, o que lo siga haciendo pero en forma inadecuada. Finalmente, hay que recordar que no todos los servicios públicos tienen carácter obligatorio. Lo esencial es que cuando el ciudadano siente la necesidad de utilizarlo debe estar disponible y con la garantía del Estado. Finalmente, debe recordarse que sólo una vez que se defina la prestación que se quiere brindar a los ciudadanos, es que puede estructurarse el aparato institucional para brindar el servicio.

46. Más allá de la aceptación pacífica o no de las enunciados característicos del moderno servicio público, lo cierto es que no hemos estado habituados a admitir que para su gestión puede existir una amplia iniciativa empresarial, esto es, pluralismo e igualdad en la competencia. Obviamente que en algunos servicios será imposible fraccionar la oferta indefinidamente y entonces el Estado deberá establecer algún sistema de selección como mecanismo para otorgar "títulos habilitantes", pero el punto de partida debe ser la libertad e iniciativa empresariales, lo que trae como consecuencia la ruptura de los grandes monopolios estatales tradicionales. Esta situación hará no sólo distinta la forma de control sino más difícil, pues la complejidad será mayor. Los ajustes se deberán efectuar desde una perspectiva distinta, la de la libertad, y desde ahí operarán las herramientas del Derecho de la Competencia para evitar, por ejemplo, abusos en las posiciones de dominio, o para regular concentraciones inconvenientes. No podemos olvidar que si bien nos encontramos, en el sector de los servicios públicos, en una etapa de desintegración de los antiguos monopolios, para mediante la competencia ganar en eficiencia y en eficacia, esa misma competencia lleva consigo una natural tendencia a la concentración y, como consecuencia de ello, a debilitar al propio sistema competitivo.

Ello obligará, como veremos a continuación, a que el Estado cree entes especializados encargados de

su regulación, y de decidir -en primera instancia- las controversias que se presenten, es decir, una especie de árbitro que aplique las reglas- a veces aún las crea- y que dirima en las disputas. Estos entes cuentan con "potestades administrativas" para regular, que comprenden potestades normativas, tales como la aprobación de reglamentos, y potestades atributivas, como el otorgamiento de títulos habilitantes, además de facultades de inspección, control y sanción.

En el nuevo sistema, la administración de la empresa que brinde servicios públicos debe ser transparente, para que se pueda comprobar la inexistencia de privilegios o de subsidios cruzados inconvenientes, es decir, adquiere en este sentido obligaciones de la propia Administración Pública, cediendo sin duda parte de su autonomía, lo que se especificará en un contrato o autorización *ad-hoc*, o en el respectivo título habilitante. De ello se deriva un vínculo jurídico especial: el ciudadano está legitimado para exigir la prestación definida como parte del servicio que el Estado le garantiza. Las obligaciones de la empresa, finalmente, deberán evaluarse en función del objetivo perseguido y contra más preciso sea éste, más fácil será la evaluación.

VII. LOS NUEVOS ORGANISMOS REGULADORES

47. El servicio público es una tarea propia del Poder Ejecutivo, por un lado, y de empresas económicas, por otro. Ahí radica, dice De la Cuétara¹⁰⁶ precisamente su problema, porque si fuera mero ejercicio del Poder Ejecutivo, podría organizarse con técnicas administrativas puras como las que se aplican, por ejemplo, a los diversos Registros Públicos, pero siendo también una empresa económica, lo que hace falta es iniciativa, creatividad y riesgo, lo que no se encuentra en el mundo de los burócratas. De ahí que la solución se busque en un árbitro regulador independiente, esto es, que sea competente para aplicar las reglas y dirimir en los conflictos entre las empresas gestoras, que expida reglamentos y señale estándares, con facultades de inspección y sanción, y se encuentre más allá de los intereses entrecruzados de usuarios y gestores.

Ahora bien, en muchas sociedades los servicios públicos de interés general representan un conjunto de valores -como los de la solidaridad- de los que no están dispuestas a renunciar, y por tanto las nuevas técnicas representadas por los nuevos organismos

¹⁰⁵ DE LA CUÉTARA. Op.Cit. p. 164-165

¹⁰⁶ Ibid. p. 171 y ss.

reguladores -como las que buscan una mayor competitividad- no pueden desvirtuar a aquellos, si bien la formulación legal puede tener matices propios en cada país. Ello significa, y es conveniente tenerlo presente, que las reglas de competencia pueden no aplicarse a servicios públicos de interés general cuando impiden el cumplimiento de aquellas misiones que se les tiene confiadas¹⁰⁷, extremo que así ocurre en la práctica en el ámbito de la Unión Europea, aunque tratando que lo sea en la menor extensión posible, ya que la preocupación por la eficacia y eficiencia del servicio no está en lo absoluto derogada.

Con la creación de los organismos reguladores se trata pues de superar la contradicción que se presenta entre la "actividad pública" que desempeñan las compañías de servicio público, con su condición de empresa privada que busca, lógicamente, obtener el máximo beneficio. Como bien dice Ariño: "si tenemos en cuenta que el interés público se concreta ordinariamente en prestar el mejor servicio (en extensión y calidad) al precio más moderado posible, fácilmente se comprenderá que la dirección de las compañías de servicios públicos se encuentra casi siempre sometida a una tensión entre dos fuerzas de sentido contrario, tensión que alcanza su manifestación más clara a la hora de fijar las tarifas"¹⁰⁸. Y como no siempre se considera que los nuevos organismos por sí solos pueden lidiar con los intereses privados y hacer prevalecer el interés de los usuarios, o el propio interés público, pues no pueden contrarrestar la natural tendencia a lograr el máximo beneficio por parte de los gestores, es que se plantea la posibilidad de dar acceso a la participación pública, sea en la administración, directamente o en los organismos consultivos, en la formulación de reglamentos o en los procesos sancionatorios, como

veremos más adelante en este mismo capítulo (*infra* número 55).

48. Los procesos de privatización de los grandes servicios públicos, a que hemos hecho antes referencia, y que en muchos países -como el nuestro- aún continúan, se han visto necesariamente acompañados de la creación de organismos con facultades regulatorias, de control y sancionatorias que buscan reemplazar al modelo tradicional de Administración jerarquizada y centralizada. El nacimiento de los entes reguladores se ha visto impulsado por la apertura del mercado, que obliga a la protección de los nuevos actores, a través de la sectorización y especialización. Esos nuevos entes, cuyos orígenes se encuentran principalmente en los Estados Unidos y en la Gran Bretaña, son conocidos también bajo la denominación de "agencias reguladoras independientes".

El modelo norteamericano¹⁰⁹ tiene antecedentes que parten de fines del siglo pasado; son organismos que concentran las facultades de regulación, control y fiscalización, y que tienen por objeto proteger el interés público y el de los usuarios, así como respetar los derechos de los prestadores del servicio¹¹⁰. Su autonomía se funda en la especialización y la independencia de criterio, y pretende que ciertas funciones regulatorias queden sustraídas a la influencia de las temporales mayorías políticas. Son el resultado de un desarrollo histórico y cultural que se asienta en la profunda desconfianza de los ciudadanos de ese país con respecto a su Administración central, así como por la necesidad de "obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo consecuente con los intereses generales y el respeto de los consumidores"¹¹¹. Su "independencia asume principalmente un contenido bipolar, ello es, frente al poder político y frente a las empresas reguladas"¹¹².

¹⁰⁷ MUÑOZ M.S., Op. Cit., p. 226. También ver MOLINA G., A., "Administración vs. Liberalización. Los Mercados del Agua en España". En: Revista de Administración Pública, número 146, 1998, Madrid, p. 357 y ss. en donde explica las dificultades de aplicar las normas de mercado al dominio público hidráulico, a pesar de ser una vía sugerente para la consecución de mayores niveles de eficiencia y ahorro, pues donde el mercado se ha desarrollado ha mostrado graves disfuncionalidades de tipo social, económico y ambiental, fomentando la depredación de recursos, razón por la cual los recientes desarrollos normativos se muestran reacios a su incorporación como solución general; críticas aquellas que también se han producido en los Estados Unidos a pesar del importante desarrollo del sistema de mercado. Se trata de una actividad que para hacerse efectiva necesita, dice este autor, de la función planificadora -básicamente estatal- para lograr una adecuada distribución de este recurso vital, dado su escasez, lo que obliga a un potente control administrativo sobre las titularidades privadas, donde las hay, obstaculizando cualquier sistema de transferencia entre éstas.

¹⁰⁸ ARIÑO, G., Op. Cit., p. 370.

¹⁰⁹ Sobre la evolución de la regulación en los Estados Unidos y su *leading cases* en esta materia, así como sobre la definición de *public utility* Vid. CINCUNEGUI, J. de D. "Fundamentos Legales...", Op. Cit.

¹¹⁰ THURY, V., "Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los entes reguladores de servicios públicos". En: Revista Argentina de la Administración Pública, N 207, 1995, p. 28.

¹¹¹ MUÑOZ MACHADO. S. Op. Cit. Tomo I, p. 260, con amplia información sobre el desarrollo de estos organismos en los Estados Unidos.

¹¹² THURY V. Op. Cit. p. 28.

En los Estados Unidos se ha discutido largamente acerca de la constitucionalidad de esos organismos, y algunos autores los consideran un cuarto poder del Estado. Por cierto que su independencia tiene restricciones, tanto en el orden normativo, en el control jurisdiccional por ejemplo, como también en el político.

En la Gran Bretaña, si bien se tomó como modelo al norteamericano, el sistema responde a la necesidad de regular un mercado en el marco de un amplio proceso privatizador, que no es el caso de los Estados Unidos donde las actividades vinculadas a los servicios públicos siempre se consideraron como privadas y libres, aunque sujetas a importantes y frecuentes intervenciones por parte del poder público. En el caso británico la motivación principal para la creación de las agencias reguladoras, cada una prevista en la respectiva ley de privatización, es “la necesidad de salvaguardar las obligaciones propias del servicio público: la universalidad, la continuidad y el trato igualitario y no discriminatorio para los usuarios, así como(...) la de fomentar y asegurar la libre competencia en favor de los consumidores”¹¹³.

Las diferencias entre las agencias británicas y las norteamericanas se encuentran en que estas últimas tienen personalidad jurídica y su acción es básicamente reglada, mediante un proceso formal, lento y largo, abierto a la participación pública con audiencias sistemáticas (*public hearings*) y facilidades amplias para la intervención de grupos de interés (*lobbying*); mientras que las británicas concentran las potestades y funciones en la persona de su director, que actúa en un procedimiento más ágil y menos burocrático, no abierto al público, siendo su acción predominantemente discrecional y, como consecuencia de ello, más sujetas que las norteamericanas a las decisiones políticas; en otras palabras, tienen menor independencia. El sistema norteamericano propone un modelo de administración más descentralizado e independiente, propio de una tradición jurídica en la que el título de la intervención estatal es fundamentalmente el tradicional poder de policía, pues los particulares han siempre conservado la titularidad sobre el servicio; el sistema británico, tiene como fundamento principal,

dentro de la noción continental europea de servicio público, la necesidad de resguardar el adecuado funcionamiento de estos últimos, continuada y regularmente.

Según Ariño¹¹⁴ ni uno ni otro son un modelo a imitar, y debe buscarse las cualidades de ambos, es decir, que el procedimiento ante un ente regulador sea transparente, informal, abierto a la información del público, con decisión final suficientemente motivada. Debe evitarse, entonces, la “imposición” a los regulados, y tratar de persuadirles, en la medida de lo posible, de la conveniencia de adoptar una solución convencional, habida cuenta, además, de que en múltiples ocasiones es difícil encontrar una única y clara solución, siempre claro está que no se deje de lado el interés público superior y el de los usuarios.

49. Conviene aquí decir unas palabras sobre la competencia y potestades de estos nuevos organismos. La competencia es la aptitud de obrar o legal de un órgano del Estado, semejante a lo que constituye la capacidad en el ámbito del Derecho Privado, para ejercer potestades y ser titular de ellas¹¹⁵. La potestad, por su lado, es un poder de actuación que se ejerce de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y que puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos, poder de actuación cuyos límites los precisa el principio de legalidad.

Mientras que la competencia es un presupuesto de la potestad; esta última es un concepto más restringido que encuentra su fundamento y su límite en las facultades asignadas a los organismos y al fin legal de los mismos. Al proceder directamente del ordenamiento la potestad tiene un carácter genérico, consistente en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de la cual pueden por cierto surgir relaciones jurídicas particulares. Y como consecuencia inevitable de ello, la potestad es inalienable, imprescriptible e irrenunciable; el titular podrá o no ejercerla, pero nunca transferirla¹¹⁶. Aparece así su carácter instrumental, el de servidora del fin normativamente consignado. “Por tanto, las potestades, para ser válidamente ejercidas, deberán necesariamente tener una extensión e intensidad proporcional al fin legal al que se hallan vinculadas”¹¹⁷,

¹¹³ Op. Cit. p. 31.

¹¹⁴ ARIÑO, G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”. En: “El nuevo Servicio Público”, Madrid, p. 49.

¹¹⁵ THURY, V. Op. Cit. p. 50.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

e interpretarse conforme a “la regla de lo expresamente permitido y razonablemente implícito en lo expreso, definiendo el contenido de este último ámbito a la luz del principio de la especialidad”¹¹⁸.

De lo expuesto aparece claro que el ejercicio de las potestades por parte de los organismos reguladores está vinculado a su cometido principal, esto es, el control de la prestación del servicio público, que tiene una finalidad específica fijada en la ley correspondiente, y también por el mandato genérico contemplado en la propia Constitución al ordenar proteger los derechos de los consumidores y usuarios¹¹⁹. En las modernas leyes de su creación, se fijan usualmente como objetivos políticos de ese control el funcionamiento de un mercado competitivo, así como el cumplimiento de los principios de continuidad y regularidad del servicio público. En lo que se refiere, específicamente, al alcance de las potestades, los organismos reguladores de los servicios públicos deben velar por el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión, y también por el control de tarifas y la imposición de sanciones, entre otros.

50. Como sabemos, uno de los objetivos que alientan los procesos de privatización es el de la eliminación de los monopolios públicos para lograr la formación de un mercado libre, y preservarlo, es decir, evitar que sean sustituidos por monopolios privados. Los nuevos organismos reguladores tienen, entre sus misiones, la promoción de la competencia para un mejor funcionamiento del servicio, lo que acompañado de una tarifa razonable, se espera logre mejorar la calidad de vida. De ahí que propicien la segregación de los negocios y concertaciones logradas al amparo de los monopolios públicos o por los monopolios u oligopolios privados, y la creación de condiciones para la competencia económica, es decir, para el ingreso de nuevos agentes económicos. Ello puede realizarse por técnicas tan diversas como la separación jurídica de ramas de actividad, lo que no es posible de lograr si la privatización supone la traslación de todo el bloque de negocios de manos públicas a privadas. Otra fórmula es accionar contra las concentraciones que pudieran existir horizontal como verticalmente y, por cierto, combatir el abuso de las posiciones de dominio, utilizando las herramientas que proporciona el Derecho de la Competencia en su faceta *anti-trust*.

De lo anterior se deduce, en el ámbito de los servicios públicos, la necesidad de separar las funciones de regulación de las de gestión, las mismas que se origina en el propósito de evitar el dominio del gestor por la Administración, lo que es incompatible con un régimen de competencia; es decir, se fundamenta en razones de mercado. Para realizar esta labor se exige que el personal de los organismos reguladores tenga preparación técnica y continuidad, pues muchas de las decisiones de carácter tecnológico que debe adoptar son en gran medida irreversibles, o se proyectan más allá de la duración normal de un gobierno, exigiendo grandes inversiones, así como un marco jurídico y fiscal estable. La protección a los usuarios, de otro lado, se entiende no como una dirigida únicamente a los actuales, sino a la protección futura del conjunto de ellos.

51. Si bien la nueva regulación en la que se desenvuelven los organismos es aplicable principalmente a las empresas privadas gestoras de los servicios públicos privatizados, y trata de suplir -en cierta medida- los estímulos y las exigencias que la libre competencia impone a las empresas en el mercado, uno de sus objetivos es obligarlas a actuar, en la medida de lo posible, con la misma eficacia con que tendrían que hacerlo en el mercado. Pero a este respecto no puede olvidarse que toda regulación administrativa es, más que un instrumento de promoción, uno de limitación y de restricción. De allí la gran importancia que adquiere una Administración competente, que es generalmente costosa en hombres y en presupuesto, sobre todo cuando debe tener poder discrecional y, más aún, cuando los complejos problemas que está obligada a abordar no tienen siempre una única solución, sino que en cada momento debe responder tratando de salvaguardar, entre las diversas opciones, el interés público prevalente.

Como hemos dicho antes, los organismos reguladores requieren de una norma expresa que los habilite a actuar, y en donde explícita o implícitamente también estén señalados los límites a esa actuación. En ningún caso se tratará de poderes indeterminados y absolutos, porque ello implicaría la quiebra del estado de derecho, y porque trastocaría la regla que predica que las restricciones a la libertad de empresa constituyen la excepción al régimen gene-

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Constitución, artículo 65: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”

ral de libertad. Por ello es que se exige, sobre la base del principio de racionalidad, que exista proporcionalidad entre las medidas que traducen la potestad de los organismos y los hechos que las exigen, así como que no se produzcan discriminaciones entre los que se encuentran en iguales condiciones¹²⁰.

En la legislación y en la práctica de muchos países han proliferado los organismos destinados al control de la gestión del servicio público, tales como las Contralorías o las Defensorías del Pueblo (*Vid. infra* VIII), pero lo cierto es que muchos de ellos tienen únicamente una facultad de “controlar” genérica; más bien, son los nuevos organismos reguladores, por su propia naturaleza (“especificidad”) y por los medios que la ley ha puesto a su disposición, los que realizan un control no político, sino técnico, concreto y cotidiano, que les permite conocer mejor aquellas materias que dan lugar a los conflictos. Y si bien el fundamento de la potestad sancionadora de los entes ha dado lugar a debates sobre su constitucionalidad, en el sentido que para algunos constituiría una quiebra del principio de la división de poderes, en virtud del cual la potestad sancionatoria está monopolizada por el Poder Judicial, diversas razones no sólo jurídicas sino políticas y técnicas, que sería largo aquí enumerar, han ido desplazando a la potestad sancionadora hacia los referidos entes, con particularidades y fundamentos propios en cada país¹²¹.

Los fines de su creación, indicados usualmente en sus leyes orgánicas, hacen que los entes reguladores actúen en un papel cercano al del juez, siendo el objetivo principal de su potestad sancionadora el hacer posible la continuidad y regularidad del servicio público que el Estado, como sabemos, ha asumido como tarea propia y primordial¹²². Al controlar el cumplimiento del ordenamiento respectivo, convierte sus decisiones o resoluciones en un estándar interpretativo de obligada remisión. Obviamente que sus poderes de sanción tienen como límite el necesario para el cumplimiento de su misión, pudiendo, por ejemplo, conminar al cumplimiento de un contrato de concesión, recordando que la finalidad es siempre el buen funcionamiento del servicio a su cargo.

El carácter cuasi jurisdiccional de las decisiones de los organismos reguladores, pues adjudican derechos e imponen deberes y sanciones a la manera de un tribunal, es decir, con procedimientos, audiencias, testigos, alegatos, etc., no significa que sus decisiones no sean revisables por el Poder Judicial, pero hay que señalar que la revisión será necesariamente limitada, y no sólo porque aquel Poder no se encuentra suficientemente informado de estas materias, asunto difícil de superar pero superable al fin, sino porque las decisiones, en buena proporción, ya han sido ejecutadas y han de ser aceptadas por los operadores o gestores en forma inmediata¹²³. Con lo cual el juez ordinario, si bien es cierto puede siempre declarar la invalidez o ineficacia de la resolución administrativa, en la práctica será muy difícil que modifique la decisión concreta del organismo regulador, y probablemente se pronunciará sobre: a) los criterios o presupuestos sobre los que el organismo regulador basó su decisión, para que no vuelva a actuar de esa manera en el futuro; y, b) sobre las consecuencias lesivas de la decisión, de forma que el Estado haga frente a los perjuicios patrimoniales derivados de las decisiones del ente regulador, siendo el ejemplo típico el de las revisiones tarifarias, más aun cuando la determinación de estas últimas está siempre teñida de consideraciones políticas. En esta revisión, el juez tendrá en sus manos el mantenimiento o quebrantamiento del equilibrio financiero del servicio y podrá decidir sobre el monto de la compensación (en juicio aparte), pero no podrá revisar el acto en sí mismo, y en el ejemplo señalado no podrá -dice Ariño- aumentar la tarifa u ordenar una inversión¹²⁴. Es por todo ello que se extiende la convicción, ante la complejidad de estas materias, de crear salas de revisión judicial técnicamente capacitadas, lo que, por cierto, es difícil de encontrar en nuestros días.

52. La tensión entre el derecho de los usuarios - constitucionalmente reconocido en distintos países- a la calidad y eficiencia de los servicios y los derechos de los prestadores a una adecuada defensa tiene que ser resuelto, cuando se llega a conflicto, por la intervención de los entes en una primera instancia, cuya resolución es -obviamente- revisa-

¹²⁰ CASSAGNE, J.C., “La intervención...”, Op. Cit., p. 159 y 160.

¹²¹ Vid. THURY, V., Op. Cit., p. 55 y ss. Para una visión crítica de la actuación de estos entes, ver el interesante ensayo de TAWIL, G., “A propósito de la tutela cautelar frente a las Decisiones de los nuevos entes reguladores” En: “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1998, p. 1354 y ss.

¹²² Ibid, p. 62

¹²³ ARIÑO, G., “Significado actual...”, Op. Cit., p. 52 y 53.

¹²⁴ A este respecto Vid. TAWIL, G., Op. Cit., p. 1359 y ss.

ble por el Poder Judicial. El propio ordenamiento jurídico les atribuye potestad sancionadora, pero restringida en cuanto a su alcance a la misión específica para la cual fue atribuida, esto es, el control de respectivo servicio público; se fundamenta, pues, en el principio de legalidad.

El ejercicio de la potestad sancionadora debe siempre, por cierto, tratar de conciliar el interés social (continuidad y regularidad del servicio) con el de los usuarios y los gestores, en un marco en el que tenga plena y auténtica vigencia el debido proceso¹²⁵, es decir, las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en todos los procesos, sean criminales, civiles, administrativos, militares, etc. Generalmente en las leyes de creación de los organismos reguladores de los que venimos tratando expresamente se señalan las normas procesales y reglamentarias específicas para la aplicación de sanciones.

La doctrina reconoce algunos otros elementos característicos en la potestad sancionadora. Cabe a este respecto señalar que la discrecionalidad en la aplicación de la sanción se encuentra obviamente limitada por la obligación del organismo a hacer cumplir la ley, pero debe hacerlo teniendo siempre presente sus objetivos primordiales, esto es, la aplicación integral, teleológica, y no fraccionada de cláusulas y disposiciones reglamentarias; se trata de una aplicación "reglada" bajo un concepto jurídico indeterminado, como es el de la protección de los usuarios o el de la promoción de la competitividad, pero de contenido técnico, especializado, con vinculación directa al servicio específico. Esta circunstancia ha hecho que la potestad sancionadora no se manifieste en un rigorismo formal que podría llevar -como lo fue antiguamente- únicamente a la caducidad de la concesión ante una grave omisión o incumplimiento, sino más frecuentemente a sanciones pecuniarias, con el objeto de salvaguardar la continuidad del servicio público, entre otras razones, porque el Estado no está usualmente en capacidad de asumirlo eficientemente.

El difícil equilibrio entre los principios de legalidad y discrecionalidad debe tratarse de encontrar como garantía de la estabilidad, que es un valor de gran importancia en las actividades de contenido econó-

mico, como lo son los servicios públicos, equilibrio especialmente difícil de encontrar cuando se estimula y promueve la competencia económica, pero básico en los mercados de valores donde se cotizan las acciones y otros títulos de las compañías gestoras de servicios públicos; estabilidad que no es un valor absoluto sino un proceso de ajuste al cambio tecnológico y social, y que requiere de flexibilidad pero también de conocimiento, es decir, de experiencia sobre lo ya ocurrido, y de previsión o información sobre lo que puede ocurrir en el horizonte cercano.

El ya antes mencionado principio de legalidad se complementa con el de la tipicidad, y éste adquiere un matiz especial que conviene aclarar. En materia del moderno servicio público es casi imposible tipificar; esto es, no se trata de actos administrativos clásicos con una vinculación estricta del contenido del acto a lo previsto por la norma en la que ese supuesto se contempla, es decir, una plena subsunción del acto en la norma¹²⁶. Habrá, sin duda, algunos actos o sanciones señaladas expresamente en las leyes, reglamentos y contratos específicos, pero siendo como son materias de gran complejidad técnica, y de efectos múltiples, desde económicos a ambientales, el organismo regulador se encontrará, ante la ausencia de ejemplarización, en la obligación ineludible de fundamentar su sanción, quedando de lado el concepto tradicional de tipicidad. Será entonces necesario "realizar un análisis pormenorizado y concreto de los hechos a fin de probar la adecuada relación entre estos y los principios de continuidad y regularidad que fundan la sanción"¹²⁷, es decir, debe utilizarse un criterio teleológico de interpretación para la aplicación de la sanción.

La doctrina reconoce también que la gradación de las sanciones debe realizarse de acuerdo al principio de razonabilidad y proporcionalidad, esto es, teniendo en cuenta factores tales como la gravedad, reincidencia, perjuicio a los usuarios, grado de afectación al interés público, cumplimiento de las condiciones fijadas, ocultamiento deliberado de información, contabilización incorrecta, etc., los que, como se aprecia, son en algunos casos indeterminados y en algunas legislaciones carecen de prelación. De otro lado, si bien existe una saludable tendencia a ir a un sistema de responsabilidad objetiva, en algunos casos resulta inevitable, para la determinación de la

¹²⁵ Son ejemplo de normas que cautelan esta esencial garantía: el artículo 139, inciso 3 de la Constitución; los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); artículos 7 y 184 inciso 1) del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo 017-93-JUS) y, artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

¹²⁶ ARIÑO, G. "Significado actual ...", Op. Cit., p. 51.

¹²⁷ THURY, V. Op. Cit., p. 66.

sanción, apreciar la conducta infractora, con el objeto que ella tenga en todo lo posible una adecuada proporcionalidad con la magnitud de la afectación de los principios de continuidad y regularidad en perjuicio de los usuarios¹²⁸.

Finalmente, cabe reconocer que un análisis minucioso de la culpabilidad colisiona con la necesaria celeridad de los procesos en los organismos reguladores. De ahí surge la opinión -cada día más acentuada- de tomar en cuenta el carácter objetivo de las conductas, dejando como ha sido usual la estimación de la concurrencia de la culpa o el dolo a la justicia penal. Como consecuencia de lo antes señalado se extiende la aceptación de la inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos técnicamente complejos.

53. Dos de las notas fundamentales que caracterizan a estos organismos reguladores, como hemos ya dicho, son su especialización y su independencia. Frente a ellas se elevan las críticas más severas en el sentido que en muchas ocasiones adoptan procedimientos excesivamente formalizados, así como una actitud pasiva y conservadora, reacia tanto a acometer a fondo los problemas que se plantean, como a abstenerse de formular programas y políticas de largo plazo¹²⁹, olvidando que su principal cometido no es hacer justicia sino gobierno. Pero la crítica de mayor gravedad es la que pone de manifiesto su debilidad frente a la captura por los sectores regulados, la que puede ocurrir tanto si la privatización ha dado lugar a un monopolio como a un mercado abierto.

Por captura se entiende "la posibilidad de que las empresas que prestan servicios privatizados traten de limitar u obstaculizar la entrada al mercado de otros competidores privados de esos mismos servicios"¹³⁰, lo que se produce cuando el gestor autorizado obtiene del organismo regulador una reglamentación cada vez más exigente y compleja, que por cierto él está en capacidad de cumplir, pero que desalienta el ingreso de potenciales competidores, quedando el mercado en condición de monopolio u oligopolio, ostensible o velado. Esa sobre-regulación especializada puede también tener por objeto debilitar las posibilidades de crecimiento de algún

competidor, para ser después absorbido por la empresa "cazadora".

Demás está decir que la captura, al dificultar la competencia, perjudica al usuario y al propio sector en el que se ofrecen los servicios. Para enfrentar y superar esta real y vigente dificultad es necesario articular una representación en el organismo regulador en la que deben estar presentes todos los intereses afectados, potenciando la participación ciudadana y una adecuada selección de personal¹³¹. Y, finalmente, si ello no basta, no debe olvidarse que el Poder Ejecutivo tiene en esta materia una responsabilidad ineludible e intransferible, ya que algunas decisiones especiales de los entes pueden ser revisables bajo ciertas condiciones, y porque conserva el poder para suspender, bajo una óptica política, su aplicación por razones de interés público, mediante resoluciones debidamente motivadas y puestas en conocimiento de los ciudadanos. Por cierto que se trata de medidas extremas que son mucho mejor evitar, pero tampoco debe caerse, bajo la bandera de la participación pública, en un asambleísmo ineficaz e inoperante.

54. En una situación como la actual en que muchos servicios públicos y actividades vinculadas a éstos han sido transferidas al sector privado, en un esquema sin duda aplicado bajo la presión e influencia de contingencias macropolíticas y económicas, los diseños de control han tenido una evolución más lenta, por lo que los usuarios, al carecer de representantes legítimos, no tienen en muchas ocasiones una protección efectiva. De ahí que se promueva su educación e información constante, así como su participación en los organismos reguladores, muchas veces a través de asociaciones. La búsqueda de una mayor participación es un rasgo típico de la moderna "democracia participativa", que se orienta a tener controles más eficaces sobre las actividades públicas, "con el objeto de sanear disfuncionalidades, irregularidades o apartamientos de los deberes y responsabilidades que pueden operarse en todos los niveles de gobierno como consecuencia natural de desviaciones del comportamiento humano, a efectos de restringirlos o limitarlos, fortaleciendo las propias instituciones y el mismo estado de derecho. De esta forma se contempla la participa-

¹²⁸ Ibid, p. 67

¹²⁹ Vid. ARIÑO G. "Economía y Estado". Op. Cit., p. 380 a 388.

¹³⁰ BARBARA, J.E. "La Teoría de la Captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos". En: La Ley - 1996-E, Buenos Aires, p. 875

¹³¹ ARIÑO, G. "Economía y Estado". Op. Cit., p. 388

ción social a modo de control no limitado exclusivamente al derecho de sufragio, como sistema indirecto, sino que se implementan nuevos mecanismos externos, fuera del aparato del gobierno y del recíproco control derivado de la división de poderes, institucionalizándose diversas formas de participación individual y colectiva que permiten desarrollar al individuo y a los grupos sociales un papel activo en la toma de decisiones del poder público”¹³².

Ahora bien, debe recordarse que una de las características de la prestación del moderno servicio público es que la relación se da entre un experto -el gestor- y un profano, lo que genera una desigualdad notable, razón que justifica la protección de la parte más débil, el usuario¹³³, mediante disposiciones específicas, algunas de ellas contenidas en las disposiciones generales referentes a consumidores o usuarios -que en muchas ocasiones tienen entroncamiento constitucional- y otras en las leyes y reglamentos específicos del sector involucrado. En este sentido, debe tenerse presente que siendo el servicio una prestación que se realiza en provecho de otro, es un hacer orientado a la satisfacción de un resultado, personal o grupal; de lo que se deduce que si la prestación no cumple con su objetivo, es decir si no satisface al usuario, entonces éste carecería de protección. Así, desde el punto de vista del usuario receptor del servicio, la prestación se agota al recibirla, de ahí que se justifique plenamente la inversión de la carga de la prueba en los casos de denuncias por incumplimiento.

Los incumplimientos se ponen de manifiesto por diversos motivos, tales como la baja calidad de servicios, contaminación, interrupciones, suspensiones sorpresivas, etc. frente a las cuales la legislación tradicional no ofrece un adecuado y eficaz resguardo. Así, los tradicionales libros de quejas, y otras medidas similares han demostrado muchas veces su nula utilidad ante infracciones que en pocos minutos pueden literalmente afectar a millones de personas. De esta realidad es que surge la atribución a las Defensorías del Pueblo o a otras entidades especializadas para la supervisión de los servicios públicos, así como para proteger a los usuarios; tal es el caso del Perú, que veremos con más detenimiento posteriormente (*infra* VIII).

55. Para enfrentar las críticas señaladas, así como para lograr una optimización en el servicio, se han diseñado variadas técnicas de participación pública, la mayoría de las cuales tienen lugar a través de los nuevos organismos reguladores. En general, la participación va desde el reclamo individual o asociativo hasta la invitación para que todos los sectores interesados participen, en alguna medida, en el gobierno de los mencionados organismos, lo que no tenía lugar en el sistema administrativo tradicional, jerárquico y no participativo, donde no tenían ni voz ni voto.

Este planteamiento surge del reconocimiento de que la Administración por sí misma no es siempre el mejor ni el más fiel custodio de los intereses que se persigue servir, y que en muchos casos actúa inclinándose a favorecer a los poderosos grupos económicos que dominan la gestión o la propiedad de las empresas gestoras, convirtiéndose -con el paso del tiempo- en un cómplice más que en un árbitro. Esta solución, que tiene una importante acogida en algunos sectores de la doctrina debe, sin embargo, tomarse con cautela, para no caer en facilismos que a nada conducen, olvidándose cuáles son los verdaderos objetivos de la regulación concerniente a los servicios públicos. Surgen así algunas recomendaciones en el sentido que la presencia de los sectores interesados debe darse, más que en la propia dirección del ente regulador, en organismos consultivos o de control, pues la participación no debe tener carácter vinculante ni obligar al ente regulador. A este respecto debe recordarse que éstos entes no persiguen el interés exclusivo de los actuales usuarios sino el “interés público o general”, pues el Estado no puede defender los intereses de una fracción, por importante que sea, la que en ocasiones busca principal o únicamente la reducción de tarifas, sin tener en cuenta, por ejemplo, las metas de expansión a largo plazo.

Pero siendo los servicios públicos, por su importancia técnica y económica, uno de los aspectos más significativos de la sociedad para la determinación de la calidad de vida, la importancia de sus organismos reguladores resulta evidente, como también lo es, los debidos resguardos que deben adoptarse para evitar abusos, irregularidades o corruptelas¹³⁴.

¹³² CINCUNEGUI, J. “La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados». En: La Ley 1995-E, Buenos Aires, p. 677

¹³³ RINESSI, A. “El servicio público y la defensa del usuario”. En: La Ley-1995-E, Buenos Aires, p. 1148

¹³⁴ PISERCHIA indica para el caso argentino, lo que podría ser de aplicación entre nosotros, que los organismos reguladores han asumido, a nivel nacional, el antiguo “poder de policía”, y que esta concentración de poder ha determinado que se pierda el sentido de inmediatez y eficacia en la resolución de los problemas de los usuarios. Agrega que, al ser las empresas prestadoras de servicios inmensos conglomerados que operan desde centros de por muy distantes del usuario y concentrando la jurisdicción en la ciudad capital, no han

En Latinoamérica se ha tomado del derecho norteamericano el modelo de los entes reguladores, pero sólo parcialmente, no sólo por la ausencia manifiesta de una cultura democrática que haga natural la participación ciudadana y el cuestionamiento a los gobernantes, sino además, porque no se ha generado un control social efectivo sobre aquéllos, tal como ocurre en los Estados Unidos. Así, uno de los mecanismos que permiten la participación de los usuarios tanto individual como colectivamente es la audiencia pública, procedimiento muy utilizado en el derecho norteamericano bajo la denominación de "hearing"¹³⁵.

La audiencia pública precede al dictado de variados actos administrativos de carácter singular, dependiendo su amplitud de cada legislación. Se trata de un canal que hace posible escuchar opiniones de los interesados, privilegiando el consentimiento antes que la imposición, aunque no claro está cuando es imperativo para el organismo regulador la aplicación de medidas cautelares. Su convocatoria constituye un reconocimiento a los principios de publicidad, transparencia y participación que persigue implantar la moderna Administración Pública. La audiencia previa es en algunas legislaciones obligatoria para la toma de ciertas decisiones, como las correspondientes a tarifas, o también para la adopción de sanciones. Otra modalidad es la denominada de información pública¹³⁶ antes de la emisión de reglamentos o directivas, con el fin de escuchar las inquietudes de los interesados, procedimiento destinado a superar la antigua técnica interna, burocrática y sin publicidad. Se trata de una forma utilizada para evitar la corrupción y poner de relieve la influencia de los más poderosos, que tratarán de evitar la competencia y "capturar" al organismo. Es también un procedimiento bastante utilizado en el derecho norteamericano bajo la denominación de "rulemaking"¹³⁷.

Si bien es deseable la instauración generalizada de estos procedimientos previos, por su sentido participativo y democrático, no han tenido siempre éxito. Nuestra cultura cívica, por ejemplo, es probable que no ayude a su implantación entre nosotros, aunque por cierto sólo se les utilice para asuntos de real trascendencia, pero habrá que intentarlo, pues la publicidad de los actos de gobierno, asunto de indudable significado político y jurídico¹³⁸ protege tanto a los gestores como a los usuarios, coadyuva al fortalecimiento del estado de derecho, y a superar la crisis de representatividad de la que padece nuestra clase política por su arraigado autoritarismo, que se extiende, como una droga aletargante, por todo el cuerpo social. De lo que se trata es de integrar al ciudadano en un proceso en el que se presentan, discuten y se adoptan decisiones que le incumben en su vida cotidiana. Por cierto que el enemigo de esta modalidad no es sólo la indiferencia y apatía tradicional asentada en la creencia que la solución debe siempre adoptarla "otros", sino también el asambleísmo ineficaz y demagógico. Finalmente, hay que recordar que no se busca con estas audiencias públicas, o mecanismos similares, alterar la titularidad del poder, sino únicamente cambiar la forma de ejercerlo.

VIII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

56. La ideología del servicio público, entendida no como una ideología partidaria, sino como una técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre sociedad y Estado¹³⁹, se ha trasladado a algunas Constituciones europeas y latinoamericanas, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial. Pero, contra lo que pueda comúnmente creerse, esa ideología o doctrina no se ha incorporado en forma expresa en las Constituciones Económicas¹⁴⁰, y más usual ha sido la

podido revertir la antigua ineficacia y lejanía de las antiguas empresas de propiedad estatal. Señala además que, por la misma razón, las municipalidades han perdido todo control sobre los servicios públicos que se prestan en su jurisdicción. "Las concesiones de servicios públicos...", Op. Cit., p. 1420.

¹³⁵ Previsto en la sección 553 de la Administrative Procedure Act para la emisión de reglamentos, y por la sección 554 para el dictado de actos individuales. Vid. GUSMAN, A., "La reestructuración tarifaria telefónica". En: La Ley-1997-C, Buenos Aires, pág. 1391

¹³⁶ Ibid., p. 1392 y ss.

¹³⁷ La Ley Federal de Procedimiento Administrativo la contempla en su sección 553, antes citada. Op. Cit., p. 1392.

¹³⁸ THURY, V., Op. Cit., p. 70

¹³⁹ CASSAGNE, J.C., "El Servicio Público y las Técnicas Concesionales", Op. Cit., p. 1175.

¹⁴⁰ Existen muchas definiciones de este concepto; a modo de ejemplo diremos que, entre varias, D. GARCÍA BELAÚNDE prefiere la de "sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional", "La Constitución Económica Peruana" (1986) publicado en "Teoría y Práctica de la Constitución Peruana", Tomo II, Lima, 1993, p. 61. De otro lado, M. BASSOLS CORREA, en su libro "Constitución y Sistema Económico", Madrid, 1985, p. 17, señala "que la Constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica".

aceptación política de la idea del Estado Social o del Bienestar, que expresa un orden de obligaciones y compromisos, y que inspira la actuación de los Poderes Públicos, cuando decide asumir directamente responsabilidades que facilitan a los ciudadanos un sistema adecuado de servicios, desarrollando tareas de solidaridad que son fruto, no sólo de construcciones doctrinales, sino también de interpretaciones jurisprudenciales.

En esa concepción, es la Administración Pública, brazo ejecutivo y gestor del Estado, la que debe responsabilizarse de facilitar a los ciudadanos el conjunto de bienes y de servicios que son necesarios para el desenvolvimiento de la vida humana. La evolución de las sociedades occidentales en el siglo XX ha hecho que sus ciudadanos se habitúen a ver cómo su espacio social dominado es cada día menor, mientras que crece el nivel de servicios o bienes que presta la Administración Pública, permitiendo un incremento continuo del espacio vital efectivo. El debate subsiguiente a las correspondientes declaraciones constitucionales ha sido, en buena parte del siglo XX, cuál debe ser el grado de vinculación de los poderes públicos para llevar adelante ese modelo de Estado Social. Ahora bien, el contenido real de los derechos sociales incorporados en las Constituciones depende, en buena medida, de la legislación que se dicte y de la forma en que se delimiten en ella las prestaciones sociales y los derechos subjetivos correspondientes, ya que es de aceptación general que las cláusulas sociales de la Constitución no generan, automáticamente, derechos subjetivos que permitan a los ciudadanos exigir determinadas prestaciones.

En la doctrina y jurisprudencia europea posterior a la Segunda Guerra Mundial, es común vincular la organización y funcionamiento de servicios públicos a mandatos constitucionales vinculados al sometimiento de la riqueza al interés general y a la iniciativa pública, pero también a la libertad de empresa y a la competencia económica¹⁴¹. Como recientemente la tendencia general es al reconocimiento excluyente de la economía de mercado y de la iniciativa privada, entonces sólo podrán reservarse para la titularidad exclusiva del sector público aquellos servicios públicos, verdaderamente esenciales, que no pueden ser brindados por los particulares. Y aún en este caso, ello no tiene porqué

significar, como hemos ya dicho, que los empresarios privados no puedan brindar también los mismos servicios, sea mediante concesión o autorización; el límite generalmente se encuentra en la idea de esencialidad. En los otros casos, como ocurre por ejemplo con la educación, pueden pacíficamente participar tanto el Estado como los particulares; lo que ocurrirá es que los ciudadanos podrán siempre exigir al Estado, que el servicio de educación se les brinde. No pues todas las "reservas" de la Administración tienen que tener carácter exclusivo, ya que puede haber una participación concurrente con las empresas privadas respetando hasta donde sea posible el principio de libertad de empresa, aplicándose entonces en toda su amplitud la idea de subsidiaridad para las prestaciones económicas estatales.

57. En el Perú tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 tienen en su texto variadas y múltiples referencias a los servicios públicos. Se trata, como sabemos, de textos no muy disímiles, pero inspirados en principios políticos y éticos distintos. Mientras que la primera, la de 1979, es una Constitución de consenso, que persigue un modelo ya tardío de Estado Social y, como consecuencia de ello, otorga amplias facultades para la intervención del Estado en la economía, bajo un régimen económico que Sánchez Alva Vera ha calificado, en nuestra opinión acertadamente, como de "economía mixta de planificación concertada"¹⁴², la de 1993 es una Constitución impuesta y autoritaria, en el sentido que la mayoría parlamentaria, en el denominado Congreso Constituyente Democrático, en lo que se refiere al ámbito económico, no tuvo más ambición que repetir aquello que pregonaban los voceros de las poderosas democracias capitalistas occidentales y sus mejores órganos de propaganda, con el apoyo ya no discreto de algunos corresponsales locales, y en donde se ha recortado en forma significativa la intervención del Estado en la economía, dándole un indiscutido carácter subsidiario, respuesta natural de otro lado a los excesos de la administración económica aprista (1985-1990).

Es pertinente recordar que ambas Constituciones declaran al régimen económico como de "economía social de mercado", y reconocen con distintos matices de no poca importancia pero que no es éste el momento de explicar, el importante rol de la propie-

¹⁴¹ Ha dicho bien S. MUÑOZ MACHADO: "De lo que se concluye, en fin, que la ideología del servicio público está constitucionalizada y es estable. No lo son y admiten, en consecuencia, todas las variantes que jurídicamente sean posibles, las técnicas concretas a través de las cuales se organizan los servicios públicos.", Op. Cit., p. 113

¹⁴² SÁNCHEZ ALBAVERA, Fernando. "Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución". En: "La Constitución diez años después", Lima, 1989, p. 75

dad privada y de la libertad de contratación, así como la libertad de empresa, y la competencia económica, en el cual el Estado tiene una función de regulador, para, finalmente, hacer hincapié en la protección de consumidores y usuarios. Si bien éstos son conceptos compartidos, con matices de diferencia, existen otros rasgos o características que ya no se comparten. En efecto, los principios valorativos inspiradores del régimen económico han desaparecido en la Constitución vigente, la que además persigue una privatización generalizada de la vida económica, un tratamiento en las mismas condiciones a la inversión nacional y extranjera, silencio en lo que se refiere a los mecanismos de planificación, respondiendo a un modelo más clásicamente liberal, explicable no sólo porque este constituía, al momento de su discusión, la corriente ideológica más influyente, sino también por la situación empobrecedora que había vivido el país en los últimos 30 años, es decir, en un proceso que se inicia mucho antes de la Constitución de 1979, pero que había tenido su máximo exponente en la irresponsabilidad administrativa, déficit fiscal e inflación desmesurada durante el régimen constitucional aprista de 1985 a 1990, presidido por Alan García, y que en su etapa postrera apoyara, frente a las propuestas liberales del FREDEMO encabezado por Mario Vargas Llosa, los nebulosos planteamientos de un movimiento denominado Cambio 90 que lideraba el Ing. Alberto Fujimori, y que se convertiría al triunfar en las elecciones y asumir el poder, en el mecanizado altoparlante nacional de la receta neoliberal que, como había ocurrido ya con el modelo del Estado Social de la Constitución de 1979 llegaba tardíamente, y se incorporaba al nivel constitucional por la puerta trasera del golpe de Estado.

58. En lo que se refiere específicamente a los servicios públicos, tienen estipulaciones parecidas, pero no iguales, las Constituciones de 1979 y 1993. La primera, en su artículo 212 da la dirección y la gestión de los servicios públicos a los ministros en los asuntos que les competen, mientras que la vigente, en su artículo 119, da la dirección y gestión de los mismos al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo¹⁴³. Puede inferirse de ello que en la Constitución actual se le ha querido otorgar, aparentemente, un mayor nivel a esta dirección y gestión, elevándola al más alto organismo colegiado del Poder Ejecutivo, pero sin relevar de responsabilidad a cada ministro individualmente.

Cualquiera que leyera el vigente artículo 119 podría creer que los Consejos de Ministros y los ministros correspondientes del presente régimen tienen una clara y definida política de servicios públicos, de los auténticos y de los virtuales, y que se encuentra expuesta en algún plan de los partidos mayoritarios, o en algún documento oficial, o que acaso aparece en los mensajes al Congreso, o en alguna otra exposición que los ciudadanos deben conocer; pero ello constituirá, sin duda, un ingenuo optimismo. Las referencias oficiales son siempre inorgánicas y coyunturales, lo que sirve para encubrir múltiples e indefinidas iniciativas frente a problemas puntuales, que el "patrón", no la sociedad civil organizada, decide resolver. No puede afirmarse que en nuestro país sea un tema de debate serio y mesurado, que brinde a la población información indispensable para definir sus opciones políticas mediante el voto; en general, la ciudadanía no conoce con certeza del significado y amplitud de los servicios públicos, y las técnicas de gestión son materia para iniciados, aunque los efectos tarifarios y otros costos si son recepcionados por todos los usuarios.

Debemos, sin embargo, hacer un esfuerzo para conocer cuáles son los servicios públicos a que hace referencia nuestra Constitución Política. Si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1) y nadie puede ser discriminado pues todos son iguales ante la ley (artículo 2.2), y aunque no existe un derecho expresamente reconocido, como en la Constitución de 1979, de "alcanzar un nivel de vida que le permita (a los ciudadanos) asegurar su bienestar y el de su familia", eliminado probablemente por su programático e iluso contenido, pero declaración íntimamente ligada a la concepción del Estado Social del artículo 4 de la Constitución anterior, ahora inexistente, puede señalarse que los clásicos servicios vinculados a la salud y asistencia social (artículos 7 y 9), seguridad social (artículos 10 y 11) y educación (artículo 17) sí se encuentran expresamente incorporados, mas no con la calificación de servicios públicos, y en ellos el Estado tiene un activo rol que jugar, no siendo materia de este artículo la determinación de los límites de esa actuación.

Es cierto que ya no hay, como en la Constitución de 1979, referencias tan amplias ni tan precisas sobre esa intervención, y tampoco consignada la obligación estatal de atender las obligaciones básicas de las personas y las familias en materia de alimentación, vivienda y recreación (artículo 18), pero ello

¹⁴³ 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".

no significa que ahora no se haga referencia, aunque no en forma expresa como servicios públicos, a “servicios públicos sociales”, como son los referentes a la salud, educación, asistencia y seguridad social. La nota característica en la Constitución vigente, en lo que se relaciona con estos servicios sociales, es la habilitación expresa a la participación de la iniciativa privada, para poder compartir con el Estado la gestión de los mismos sin necesidad de autorización expresa. Ello ya ocurría *de facto* antes, pero no en la extensión de que ahora es posible, en un contexto privatizador y de promoción a la competencia que es característica del orden neo-liberal. Si se toma atención, la Constitución vigente no se ha limitado a señalar dentro del título referente al Régimen Económico que la iniciativa privada es libre, que hay libertad de empresa y pluralismo económico, y que el Estado facilita y vigila la libre competencia, sino que en lo referente a estos servicios tradicionales ha querido enfatizar la posible -y deseada- intervención de la actividad privada, ratificada por el papel subsidiario del Estado, ya que sólo por ley expresa puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, recibiendo el mismo tratamiento legal que el sector privado¹⁴⁴

59. Pero nuestra Constitución vigente es más ambiciosa en el tratamiento de los servicios públicos que la de 1979. En efecto, el artículo 58¹⁴⁵ señala que bajo el régimen de una economía social de mercado, el Estado, por cierto, orienta el desarrollo del país pero, y esto es lo importante, actúa en las áreas tradicionales ya citadas como las de salud, educación, seguridad e infraestructura, pero agrega servicios públicos, es decir, además de los citados hay otros servicios que la Constitución no menciona expresamente, pero en los cuales el Estado, siempre bajo el principio de subsidiaridad, está no sólo autorizado sino, creemos, obligado promover y hasta

a participar. ¿Cuáles son esas otras posibles áreas de participación? Enunciativamente podríamos señalar una larga lista de servicios, como los vinculados al agua potable y el alcantarillado, la energía eléctrica y las telecomunicaciones, los cementerios y el transporte, la radiodifusión y la televisión, etc. Y si deseáramos hacer una interpretación más ajustada, podríamos decir que la intervención se legitima mediante regulaciones específicas, concesiones y licencias a particulares, cuando se trate de servicios públicos económicos de amplitud nacional o regional, pues en los servicios públicos locales, por mandato constitucional intervienen las municipalidades (artículos 192 y 194¹⁴⁶; y, artículos 10 inciso 6), 36 incisos 12) y 13) y, 134 inciso 7) y 9) de la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades), y los gobiernos regionales (artículo 197)¹⁴⁷. De esta manera, se puede configurar un mapa sobre la amplitud de las potestades estatales, de los nuevos entes reguladores, de los gobiernos regionales y de las municipalidades, para atender esas necesidades apremiantes que los ciudadanos exigen a fines del presente siglo y que son compartidas, pero no igualmente atendidas, a las de aquellas personas que viven en países de desarrollo sustancialmente distinto y superior al nuestro.

Otros artículos revelan también la importancia constitucional de los servicios públicos; así, por ejemplo, cuando se reconoce la incompatibilidad de la función del congresista con la condición de gerente, representante, accionista mayoritario, etc., de empresas que prestan servicios públicos¹⁴⁸. Es decir, se trata de un reconocimiento de la vinculación nunca negada entre la administración, el gestor y el usuario, más aún, agregamos, cuando la gestión se realiza por empresas situadas en el ámbito privado, pues la transparencia en su administración debe ser grande y accesible a los ciudadanos, lo cual se vería

¹⁴⁴ Sobre la muy interesante evolución de estas ideas y su actual tratamiento en la Unión Económica Europea, *Vid.* MUÑOZMACHADO, S., *Op. Cit.*, p. 179 y ss; FERNÁNDEZ, T., “Empresa Pública y Servicio Público: el final de una época”, y MODERNE F., “El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea”. En: “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1998, p. 796 y ss y 809 y ss, respectivamente; y MALARET, E., “Servicios públicos ...”, *Op. Cit.*, p. 78 y ss.

¹⁴⁵ Constitución, artículo 58: “La iniciativa privada es libre, se ejerce en una economía social del mercado. Bajo éste régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

¹⁴⁶ Constitución, artículo 192: “Las Municipalidades tienen competencia para Inciso 4) organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad”; y, artículo 194: “Las Municipalidades pueden asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes”.

¹⁴⁷ Constitución, artículo 197: “Las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Les corresponden, dentro de su jurisdicción, la coordinación y ejecución de los planes y programas socio-económicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Sus bienes y rentas propias se establecen en la ley. Las Regiones apoyan a los gobiernos locales. No lo sustituyen ni duplican su acción ni su competencia”.

¹⁴⁸ Constitución, artículo 92

confrontado con la función fiscalizadora propia de los congresistas.

60. La Constitución del 79 dentro del genérico objetivo de promover el desarrollo económico y social, comprometía en su artículo 110 a que el Estado defiende “el interés de los consumidores”, claro está en un régimen en el que el Estado -como ya hemos dicho- tenía una presencia muy importante. El artículo 65 de la Constitución vigente es mejor y más técnico y obliga al Estado a defender “el interés de los consumidores y usuarios”, así como a garantizar el derecho a la información sobre bienes y servicios. Se trata de una afirmación de gran importancia y trascendencia jurídica, que recoge las inquietudes y preocupaciones de muchos juristas y estudiosos, y que adquiere en nuestra sociedad una connotación especial dado su carácter pluricultural, poco homogéneo, de difícil geografía, y con marcadas desigualdades educativas y de ingreso.

El artículo 65 es importante, además, porque obliga al Estado a intervenir en un momento en que el mercado está abierto y sujeto cada vez más, a través de los medios masivos de comunicación, a influencias de difícil control provenientes de culturas distintas. La razón de ser de los servicios públicos económicos, lo hemos dicho antes muchas veces, es satisfacer las necesidades vitales de los ciudadanos en el mundo moderno, pero para que esa satisfacción sea efectiva, en nuestros días se considera que, dentro de lo posible, debe efectuarse en un régimen de competencia económica¹⁴⁹, y en donde como contrapartida se desea consumidores y usuarios bien informados, que de ser posible hasta participen en la administración, control o consultoría de los entes reguladores, y en los procesos sancionatorios a través de audiencias públicas. Puede entonces afirmarse que la legislación especial pertinente dirigida a la protección de los consumidores y usuarios tienen fundamento constitucional¹⁵⁰, así como también las nuevas regulaciones que en materias sectoriales contemplan las leyes respectivas sobre esta misma materia.

61. Vinculada a la protección de consumidores y usuarios se encuentra el mandato del artículo 162, en virtud del cual el Defensor del Pueblo tiene dentro de sus funciones el defender los derechos de la persona y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía¹⁵¹. No existía antes disposición similar, la que consideramos de la mayor importancia, y que ha sido desarrollada en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520 del 4 de agosto de 1995. El Defensor del Pueblo, que goza de total independencia y que por lo tanto no está sujeto a mandato imperativo, ni recibe instrucciones de ninguna autoridad, gozando de inviolabilidad e inmunidad¹⁵², está excepcionalmente premunido de facultades para iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y de sus agentes, para apreciar si afectan los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, en todo el ámbito de la Administración Pública¹⁵³. Si bien, dice Garcés¹⁵⁴, la Ley Orgánica no establece expresamente los principios que inspiran la actuación de la Defensoría, éstos son los de flexibilidad (preeminencia de la protección sobre las formalidades), discrecionalidad, inmediatez entre la defensoría y los ciudadanos, celeridad y gratuidad. Hay que anotar, sin embargo, que el Defensor del Pueblo carece de facultad coercitiva, pudiendo investigar y formular recomendaciones, mas no revocar o modificar decisiones de la Administración. Además, las autoridades y funcionarios están obligados a brindarle información y apoyo, sin más restricciones que las del secreto judicial y el interés superior del Estado en cuestiones relativas a la seguridad, la defensa nacional o las relaciones internacionales, materias en las cuales no pueden estar incluidos los servicios públicos.

Ahora bien, es pertinente distinguir aquí entre los actos emanados de la Administración que brinda directamente el servicio público, sea por ella misma o por empresa estatal, que aquéllos brindados por par-

¹⁴⁹ Decreto Legislativo 701 (Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia).

¹⁵⁰ Decreto Legislativo 716 (Ley de Protección al Consumidor).

¹⁵¹ “Artículo 162.- Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.” (primer párrafo).

¹⁵² Artículo 5, Ley 26520.

¹⁵³ Artículo 9, Ley 26520

¹⁵⁴ GARCÉS, C., “Breves reflexiones sobre la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo”. En: “La Constitución de 1993, análisis y comentarios II”, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 189.

ticulares. En el primer caso el Defensor del Pueblo inicia sin más la investigación y, de acuerdo a cuál sea el resultado, lo pondrá en conocimiento de la autoridad pertinente, para seguir el trámite de ley¹⁵⁵. Pero cuando se trata de servicios prestados por particulares en virtud de un acto administrativo habilitante, es decir, mediante autorización o concesión, entonces el Defensor del Pueblo “podrá además instar a las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción”¹⁵⁶, lo que por cierto constituye una inequívoca aunque implícita referencia a los organismos reguladores. Éstos, además, se encuentran sujetos a la supervisión del Defensor del Pueblo, por mandato expreso del artículo 30 de la Ley 26520, lo que consideramos de la mayor importancia para el interés de los ciudadanos¹⁵⁷.

De otro lado, la intervención del Defensor, a través de una *Adjuntía ad-hoc* para los servicios públicos¹⁵⁸, no interrumpe ni suspende los términos o plazos de los procesos administrativos, ni tampoco anula o modifica lo actuado o resuelto, lo que otorga una conveniente garantía y estabilidad a los gestores. Pero, obviamente, si el Defensor llegase al convencimiento, como consecuencia de la investigación que ordene, “que el cumplimiento riguroso de una norma legal o de lo resuelto en un procedimiento administrativo ha de producir situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, deberá poner el hecho en conocimiento del órgano legislativo y/ o administrativo competente para que adopte las medidas pertinentes”¹⁵⁹, a lo que se suma la formulación de advertencias, recomendaciones, recordatorio de deberes legales y sugerencias para que la Administración y los gestores, adopten las medidas conducentes a superar inconvenientes o infracciones¹⁶⁰. Se trata, no cabe duda, de muy amplios y sustantivos poderes que no sólo habilitan sino también exigen una actuación firme, enterada y eficaz de la Defensoría del Pueblo¹⁶¹.

62. Finalmente, tiene singularísima importancia la Disposición Octava final y transitoria de la Constitución vigente, la que prescribe que tienen prioridad, dentro de las leyes de desarrollo constitucional, las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos. Este mandato, que como veremos en el capítulo siguiente ha tenido un importante desarrollo legislativo durante los últimos años, refuerza el espíritu privatizador del régimen económico constitucional, apuntala el carácter subsidiario de la intervención pública en la economía, y busca promover la competencia económica. Se trata, sin duda, de una respuesta a la desastrosa experiencia administrativa de las décadas del 70 y del 80 en materia de empresas y organismos públicos, a que nos hemos referido ya antes, y un ejemplo de mandato constitucional consecuente y receptivo de una tendencia muy acentuada en el ámbito internacional.

IX.- ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS

63. Durante la década del 90 se han puesto en vigencia en el Perú un conjunto de disposiciones que han tenido -y tienen- un significativo impacto en las actividades económicas, estableciendo un marco regulatorio que busca redimensionar el tamaño y el papel del Estado, replanteando sus fines, traspasando actividades de carácter empresarial del sector público al privado, para que aquél se concentre en sus funciones tradicionales y esenciales. Ese cambio en los fines del Estado lleva a la elaboración de un Derecho Público de signo distinto que coloca, entre sus funciones esenciales, la de regular y controlar determinadas actividades, como los servicios públicos, que por su esencialidad requieren de una protección estatal, ya que su

¹⁵⁵ Artículo 14, Ley 26520

¹⁵⁶ Artículo 9, Ley 26520

¹⁵⁷ Señala GARCÉS que “el control defensorial se ejerce asimismo sobre entes o personas privadas prestadoras de servicios públicos, así como sobre aquellas personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas”. Op. Cit., p. 193.

¹⁵⁸ Resoluciones Defensoriales 041-97 y 11-99

¹⁵⁹ Artículo 25, Ley 26530

¹⁶⁰ Artículo 26, Ley 26520

¹⁶¹ Las denuncias del Defensor del Pueblo se harán ante el Ministerio Público quien deberá actuar de conformidad al mandato general del artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público [Decreto Legislativo 52 (artículo 159 de la Constitución)]. Es pertinente agregar que, al igual de lo que ocurre en otros países, nuestra Contraloría General (artículo 82 de la Constitución) está encargada de velar por la correcta utilización de los bienes y recursos públicos y el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos de conformidad al Decreto Ley 26162 (Ley del Sistema Nacional de Control), sin embargo, ella no puede recibir denuncias de los consumidores afectados por incumplimientos de organismos especializados como son los encargados de los servicios públicos (Directiva 7-95-CG/OAJ).

desprotección o, en otros términos, el puro funcionamiento del mercado, puede afectar gravemente a la sociedad. Por ello, el traspaso de su gestión a manos privadas, como veremos en seguida, ha venido acompañado de nuevos marcos regulatorios para el sector correspondiente y, en algunos casos, la creación de organismos reguladores¹⁶².

Sin ningún afán exhaustivo y sólo como ejemplo de la recepción en el Perú de las políticas de liberalización económica, reflejadas ya en la Constitución de 1993 como hemos señalado en el título anterior, a continuación hacemos mención de algunas disposiciones que muestran las modificaciones introducidas en el régimen legal sobre servicios públicos en el Perú. Antes de ello, sin embargo, es preciso anotar que el proceso de reformas del Estado y, en consecuencia, de los fines que persigue en materia económica, tiene entre sus principales cimientos a los Decretos Legislativos 674 y 757, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, de fechas 25 de setiembre de 1991 y 8 de noviembre de 1991, respectivamente, dictados de conformidad a una ley que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar Decretos Legislativos orientados a crear las condiciones necesarias para la inversión privada en diferentes sectores productivos y consolidar lo que se denominó el "Programa de Reformas Estructurales de la Economía", normas ésas que tienen como objeto adicional el eliminar disposiciones legales y administrativas que, afirman, entorpecían el desarrollo de las actividades económicas y restringían la libre iniciativa privada, y, adicionalmente, para otorgar seguridad jurídica para ésta.

Por las fechas de los mencionados Decretos Legislativos y otros similares, se puede apreciar que se dictaron al amparo de la Constitución Política de 1979; Constitución de consenso que permitía a los gobiernos democráticamente elegidos la aplicación de su particular programa con fundamento en distintas posiciones ideológicas. Y si bien es cierto, como ya está dicho, que otorgaba al Estado un papel -en nuestra opinión- excesivamente protagónico en materia económica, no es cierta de otra parte la afirmación del aún vigente oficialismo fujimorista que alega, como justificación feble del autogolpe de 1992, la imposibilidad de llevar adelante un régimen neoliberal en lo económico, sino que más bien, creemos, obedece a otros planteamientos cuyos perniciosos objetivos están a la vista hoy: debilitar el sistema democrático para hacer viable un régimen autoritario y personalista.

Ahora bien, si bien es cierto que durante la década del 1990 se pusieron en vigencia muchas disposiciones para liberalizar la economía y privatizarla, a la fecha no existe un estatuto único jurídico de los servicios públicos, es decir, un régimen básico de principios que disciplinen esta importante actividad, sino más bien, dos importantes dispositivos destinados a promover la inversión privada, los Decretos Legislativos 758 y 839 que veremos más adelante y un conjunto de disposiciones si bien similares, específicas en lo que a un sector económico se refiere, en donde con diversa profundidad y detalle se indican los sistemas de concesión y la coordinación, en algunos casos, con los nuevos organismos reguladores. No existe tampoco un sistema orgánico de participación y de protección jurídica a los usuarios que supere y amplíe las actuales normas sobre protección a los consumidores, todo lo cual introduce injustificadas dualidades e incongruencias metodológicas, que no contribuyen a la transparencia de las decisiones administrativas y que, eventualmente, pueden favorecer la arbitrariedad y las corruptelas. Sin embargo, esa legislación, si bien dispersa, es la más importante y coherente aunque no siempre la más acertada, pues obedece a planteamientos extremos de carácter neo-liberal, que ha tenido el país en las últimas décadas.

64. El Decreto Legislativo 674, antes citado, declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en las empresas de propiedad estatal y en las que el Estado tiene participación directa o indirecta (artículo 1), y reconoce en su tercer considerando que, en su conjunto, la actividad empresarial del Estado no ha arrojado resultados económicos o financieros satisfactorios, lo que ha impedido la generación de recursos destinados a su mejora, y que se ha reflejado en precios inadecuados de los bienes y servicios que ofrece, contribuyendo al déficit fiscal y a la inflación. Estas consideraciones, en nuestra opinión, están plenamente acreditadas con la realidad. Ahora bien, con el objeto de lograr sus objetivos, el Decreto Legislativo 674 contempla diversas modalidades para la privatización de las empresas, sea mediante su transferencia total o parcial, aumentos de capital, celebración de distintos tipos de contratos, etc. (artículo 2). Se crean, además, entidades encargadas de la promoción de la inversión privada (COPRI). Este dispositivo se complementa con el Decreto Supremo 607-91-EF en virtud del cual se impone la obligación a las empresas del Estado, para que desarrollen sus actividades en competencia con las empresas del sector privado,

¹⁶² Una referencia a ello, tanto para el Perú como para Colombia y Chile, puede encontrarse en "Servicios públicos, privatización, regulación y protección al usuario", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1998.

no pudiendo ejercer facultades normativas o de imperio propias de la Administración Pública, suspendiéndose las facultades normativas que tuvieran y transfiriéndolas al Ministerio del sector administrativo correspondiente (artículos 1 y 2). El Decreto hace mención a un conjunto de empresas públicas cuya actividad estaba reservada al Estado, incluyéndose dentro de ellas a Reaseguradora Peruana S.A., Radio Televisión Peruana (RTP), Empresa Nacional de Tabaco (ENATA), Empresa de la Sal (EMSAL), Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENAFER PERU), etc. De esta forma, se daban los primeros pasos para su subsiguiente privatización, siendo algunas de ellas herederas de antiguos y clásicos servicios públicos.

El Decreto Legislativo 757 ya citado garantiza la libre iniciativa y las inversiones privadas en todos los sectores de la actividad económica y reafirma el sistema de economía social de mercado, el que debe desarrollarse sobre la base de la libre competencia y el libre acceso al mercado (artículos 1 y 2); además, deroga toda reserva en favor del Estado para la realización de actividades económicas, con la sola excepción de las referidas a áreas naturales protegidas (artículo 6). De otro lado, se iguala el tratamiento legal entre empresas de propiedad estatal y privadas. Entre otras materias, refuerza a la propiedad e iniciativas privadas, así como al goce de los beneficios obtenidos. El artículo 11 es de especial importancia para el propósito de este artículo al prescribir que el Estado debe asegurar la prestación de servicios públicos básicos, aunque promoviendo la participación del sector privado con el fin de mejorar su calidad. Este dispositivo, con el citado Decreto Legislativo 674, establecen un marco en el que tendrá lugar la desregulación económica incentivando el libre acceso al mercado, la competencia económica y la privatización de empresas, lo que implicó un importante efecto en la gestión de los servicios públicos.

65. De otro lado, el Decreto Legislativo 758 y su reglamento, Decreto Supremo 189-92-EF, modificados ambos por el Decreto Legislativo 839 del 19 de agosto de 1996, y cuyo texto único ordenado (TUU) fuera aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM del 26 de diciembre de 1996¹⁶³, y su reglamento por Decreto Supremo 060-96-PCM, no sólo complementa las disposiciones citadas en el acápite anterior para conformar un marco que garantiza la inversión privada, sino que hace referencia directa y específi-

ca para su ingreso en las áreas de infraestructura para la construcción, conservación y explotación de obras de servicios públicos, así como también en la explotación de éstos últimos.

Declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (artículo 1), siendo la modalidad escogida para tal promoción la concesión; pero no es ésta la única modalidad sino también las licencias, autorizaciones y servicios que se otorgan de conformidad a lo dispuesto en las leyes especiales correspondientes (artículo 2), y reconoce además que la concesión de la obra implica la explotación del servicio (artículo 3). Como sabemos, mientras la autorización, licencia o permiso hacen posible para el agente económico realizar actividades que no podrá efectuar directamente, teniendo usualmente libertad total para determinar los precios de sus productos y servicios, y gozar de los beneficios obtenidos, mediante el acto administrativo de la concesión se permite al agente participar en una actividad, sobre la que el Estado tiene una titularidad, bajo un régimen reglado o de supervisión indirecta.

Ahora bien, el dispositivo que comentamos establece en verdad dos tipos de concesiones, una de obras públicas, en virtud de la cual el concesionario después de un procedimiento de licitación o concurso, asume por su cuenta la ejecución de una obra pública con el derecho a explotarla y a recibir un precio por ello; y otra de concesión del servicio público en la que el gestor asume la dirección y el riesgo y percibe las tarifas, tasas o precio pagados por los usuarios del servicio.

El Decreto Legislativo 839 reconoció en su quinto considerando "que, sin perjuicio de respetarse criterios de rentabilidad para el inversionista privado, bajo los mecanismos de concesión, deben ofrecerse soluciones integrales a los usuarios y/o beneficiarios de las obras de infraestructura o de servicios públicos" y creó un organismo a cargo de la promoción de la inversión privada en las áreas mencionadas (COPRI)¹⁶⁴, que se encargará de diseñar y conducir el proceso en obras públicas de infraestructura y en servicios públicos (artículo 4, TUU), que deja sin efecto la misma función que antes, en el Decreto Legislativo 758, se daba al gobierno central, gobiernos regionales y gobiernos municipales, teniendo

¹⁶³ El contenido de este TUU es cuestionable pues elimina algunos artículos del Decreto Legislativo 758, cuya derogatoria por el Decreto Legislativo 839 no aparece, ni puede deducirse, de parte alguna.

¹⁶⁴ Decreto de Urgencia 025-98

como objetivo, nos imaginamos, lograr una mayor eficiencia¹⁶⁵, pero también como consecuencia del carácter centralista y autoritario del gobierno presidido por el Ing. Fujimori, quedando así recortadas las atribuciones de las Municipalidades (Disposiciones Finales 1 y 2 del TUO).

Como se aprecia de estas estipulaciones iniciales y de otras que veremos a continuación, y como ya hemos indicado anteriormente, la liberalización económica y los consecuentes procesos de privatización parecen “re-descubrir” el clásico contrato de concesión. Varios artículos del TUO y de su reglamento se refieren a este contrato, tal como a continuación veremos:

- a. La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios es la concesión. Su contenido básico y el procedimiento para su otorgamiento está contenido en este dispositivo y en su reglamento, así como en las leyes específicas correspondientes (artículo 2, TUO).
- b. Corresponde a la COPRI establecer las obras públicas de infraestructura y de servicios que serán otorgadas en concesión, de acuerdo a un Plan Referencial, debiendo sus acuerdos ser ratificados por Resolución Suprema (artículo 2, Reglamento TUO)
- c. La COPRI cuenta con comités especiales que elaboran, entre otros, estudios técnicos y económicos, y el plan de promoción (artículos 8, TUO y 7 del Reglamento).
- d. Se define lo que se entiende por concesión, así como por ejecución de obra y explotación del servicio (artículo 3, Reglamento TUO)¹⁶⁶
- e. Pueden ser concesionarios las personas jurídicas, debidamente calificadas, tanto nacionales como extranjeras (artículos 3, 24 y 27 TUO).
- f. La concesión puede otorgarse a título oneroso, gratuito, parcialmente financiada por el Estado, etc. (artículo 14 TUO), debiéndose tener presente para la decisión aspectos tales como la necesidad de la obra y del servicio, rentabilidad, amortización de costos, etc. (artículo 15, TUO).
- g. El contrato de concesión contemplará, como mínimo, los derechos y obligaciones de las partes, plazos y garantías (artículo 26 del Reglamento TUO).
- h. El plazo de vigencia de la concesión se determinará en el contrato respectivo, pero no podrá ser superior a 60 años (artículo 16, TUO)
- i. El Estado puede otorgar a los contratos una estabilidad jurídica, garantías y beneficios excepcionales o reforzados (artículo 19, TUO y 12 del Reglamento).
- j. Asimismo, pueden los contratos de concesión admitir cláusulas de indemnización a favor del concesionario en caso el Estado suspenda, modifique o deje sin efecto la concesión (artículo 17, TUO).
- k. Podrá pactarse la celebración de arbitraje nacional o internacional para controversias de carácter patrimonial entre el Estado y el concesionario (artículo 17, TUO).
- l. Se regula el procedimiento para el otorgamiento de la concesión, mediante licitación pública especial y concursos de proyectos integrales, indicándose quiénes pueden participar, el sistema de evaluación (que incluye niveles tarifarios y fórmulas de reajuste, plazo, oferta financiera, ingresos garantizados por el Estado, riesgos asumidos, etc.), garantías, etc. (artículos 23 a 28 TUO y artículos 14 a 24 del Reglamento).
- m. Las formas de fiscalización deberán constar en los contratos (artículo 29, TUO).
- n. La determinación del régimen de bienes, y de su destino, que son parte o están vinculados a la concesión (artículos 22, 30 y 31, TUO).

¹⁶⁵ El Séptimo Considerando del Decreto Legislativo 839 indica que la unificación de responsabilidades dará mayor confianza y seguridad a los inversionistas privados.

¹⁶⁶ Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la CEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende: a) la prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato; b) el mantenimiento de la obra; y, c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos.

- o. Facultades del Estado, vinculadas a hacer efectiva las penalidades, declarar temporalmente suspendida la concesión, modificarla o declarar su caducidad, etc. (artículos 32, 33, 38, 39 TUO y 30 del Reglamento).
- p. Mecanismos que aseguren los beneficios que recibirá el concesionario, (tarifas, precios, peaje, etc.) para la recuperación de su inversión, ingresos adicionales, etc. no pudiendo aquél establecer exenciones en favor de usuario alguno (artículo 35, TUO).
- q. En lo que se refiere a los derechos y obligaciones económicas con terceros, el concesionario se regirá por las normas del Derecho Privado (Disposición Complementaria Primera del Reglamento).
- r. La facultad de sancionar a los usuarios por parte del Estado, de oficio o a petición de parte (Disposición Complementaria Segunda, TUO).
- s. La posibilidad de que las personas naturales o jurídicas presenten iniciativas y proyectos a la COPRI, con el objeto de que puedan iniciarse por este organismo estudios destinados a determinar la conveniencia o no, de iniciar un proceso de promoción de la inversión privada (artículo 40, TUO¹⁶⁷).

Muchos son los comentarios y reflexiones que pueden hacerse de las muy importantes disposiciones contenidas en el TUO y en su Reglamento. Queremos únicamente enfatizar que el Estado, sin duda, conserva la titularidad sobre la actividad que puede darse en concesión y que ello se manifiesta, por ejemplo, en su capacidad de suspenderla, modificarla o dejarla sin efecto. En segundo lugar, la sobreprotección jurídica al concesionario establecida en muchos artículos, fruto quizás de la imperiosa necesidad de inversión privada en servicios cuyo estado era, y todavía lo es en algunas actividades, simplemente calamitoso. De otro lado, se aprecia ausencia de

normas referentes a la participación de los usuarios, individualmente o a través de asociaciones en los procesos de concesión, reglamentarios, sancionatorios y otros, así como los procedimientos para enfrentar con rapidez y eficacia los casos de incumplimientos e infracciones. Tampoco hay en este TUO mención al tema de la competencia económica en la gestión de los servicios públicos, uno de los argumentos clásicos para su gestión por particulares. Sin duda, un análisis completo deberá incluir el estudio detallado de la legislación sectorial correspondiente así como de los contratos, lo que excede al propósito de este artículo.

66. Queda claro, de las disposiciones antes citadas, que es la COPRI con el refrendo por Resolución Suprema, la que determina las áreas económicas o sociales que puedan declararse sujetas a servicios públicos y, por tanto, a una intervención particularmente intensa en la que aplica -parcialmente- el Derecho Público. Ello resulta, en nuestra opinión, parcialmente contradictorio con la letra y el espíritu de otras disposiciones vinculadas, por las consideraciones siguientes. Como sabemos, la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta mediante una declaración formal (*publicatio*) o por una muy intensa reglamentación (*supra* II). El Decreto Legislativo 758, en su artículo segundo¹⁶⁸ hacía mención a los sectores en los que se promovía la inversión privada, tanto en obras de infraestructura -cuya concesión implicaba la explotación del servicio- como en servicios públicos, propiamente dichos. Y decía en su parte final que mediante Decreto Supremo se precisarán las obras y los servicios. Se trataba, porque este artículo ya no aparece en el TUO, de una declaración formal, lo que no significaba sin embargo negar la existencia de "otros" servicios públicos que en la realidad de los hechos funcionaban con una muy intensa reglamentación, pero sin duda constituía una garantía jurídica.

Parece entonces contradictorio que, buscándose una liberalización económica y un más fácil y rápido

¹⁶⁷ Se trata de un procedimiento destinado a reducir costos y riesgos para el Estado permitiendo que las empresas privadas puedan estudiar, construir, etc. y, una vez cumplidos los requisitos de ley, obtener la concesión para su explotación. De esta forma, queda el Estado liberado del costo de elaboración y ejecución del proyecto, como de su eventual explotación, incorporándose la creatividad y el patrimonio de los particulares en una actividad no desarrollada o deficiente. La ley peruana libera de compromiso a la COPRI frente a los que presentan tales iniciativas, lo que no resulta extraño en una ley emanada de un régimen autoritario, en el que las iniciativas son vistas con desconfianza. En otras legislaciones este aspecto se encuentra bastante más desarrollado, pues aunque siempre la Administración es discrecional en sus decisiones, los autores de las iniciativas tienen preferencia si las ofertas son iguales.

¹⁶⁸ Artículo 2. Para los efectos del presente Decreto Legislativo, el concepto de obras públicas comprende, entre otras, obras de infraestructura de transportes, saneamiento ambiental, energía, salud, educación, pesquería, telecomunicaciones, turismo, recreación e infraestructura urbana.

El concepto de servicios públicos comprende, entre otros, transporte público, saneamiento, telecomunicaciones, alumbrado público, así como servicios de educación salud y recreación.

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministerio del Sector correspondiente, se precisarán las obras de infraestructura y los servicios públicos comprendidos en los alcances del presente Decreto Legislativo.

acceso al mercado por parte de los agentes económicos, se entregue a la COPRI tan amplísimas facultades (artículo 6, TUO) para decidir qué actividad debe ofrecerse bajo un régimen de servicio público, pues se trata de un ente administrativo de nivel intermedio, cuyos funcionarios no tienen responsabilidad política. Si buscáramos un "límite", quizás podría buscarse en el artículo 58 de la Constitución, pero tampoco creemos que se encontrará solución en ello, ya que el concepto de "servicio público" puede ser llenado de muy variadas actividades. Entonces, la iniciativa económica y la libertad de empresa, que tanto se pregona defender, pueden quedar limitadas en cualquier momento, porque -en principio- "casi todo" puede convertirse en servicio público, limitándose así a la actividad privada. Pero quizá se trate sólo de una contradicción aparente -y por tanto no tan sorpresiva- pues ésta es una forma de proceder típica de gobiernos autoritarios y centralistas, que llevan adelante medidas -como la liberalización económica- que no nacen de sus convicciones políticas, sino de imposiciones externas y coyunturales, en un ambiente en el que la opinión de los ciudadanos concretos es manipulada por la mayoría de los medios masivos de comunicación, abiertamente pro gubernamentales, y favorecidos antidemocráticamente con medidas *ad-hoc* económicas/tributarias, a lo que se suma el apoyo de un reducido pero poderoso sector empresarial nacional acompañado de las compañías transnacionales beneficiadas por los procesos de privatización. En un contexto en el que los ciudadanos tienen, en su mayoría, que luchar por su precaria situación vital, poco espacio les queda para la discusión de estas materias, que sin embargo afectan tanto su vida actual y futura.

67. Para conocer de las características de la nueva regulación sobre los servicios públicos, resulta ahora necesario decir algunas palabras sobre la legislación sectorial. Para hacerlo tomaremos una clasificación de Villar Ezcurra¹⁶⁹, sin más propósito que lograr orden y claridad expositiva¹⁷⁰. Dice este autor que las actividades en las que se manifiesta el servicio público pueden ser englobadas en diversos grupos, en razón a la mayor homogeneidad de sus prestaciones, proponiendo tres fundamentales: el primero, al que

denomina de servicios económicos y que comprende los bloques de suministro (agua, gas, electricidad, etc.), de transportes (terrestre, aéreo, ferrocarril, etc.) y de comunicaciones (radiodifusión, televisión, telefonía, correo, etc). El segundo grupo es el de los servicios sociales que engloban la educación, sanidad, seguridad y asistencia social, etc. Y, el tercero, de servicios residuales, más o menos heterogéneos y de ámbito exclusivamente local. A continuación veremos algunos rasgos fundamentales de la legislación vigente sobre servicios públicos.

68. En lo que se refiere a los servicios económicos, tenemos, por ejemplo, que tanto en lo que se refiere al saneamiento, como a la electricidad, se han puesto en vigencia normas que, adicionalmente a las que promueven la inversión privada, regulan la prestación de estos servicios¹⁷¹ que cuenta además con organismos reguladores, y mediatizan grandemente a las empresas estatales que existan en cada sector al quitarles exclusividad.

En la década del 90 se produce una importante evolución legislativa. En lo que se refiere a saneamiento, por ejemplo, el primer dispositivo es el Decreto Legislativo 697 de noviembre de 1991, en virtud del cual se elimina toda exclusividad de explotación en favor de organismos gubernamentales, pudiendo, a partir de este momento, ser ofrecido el servicio por empresas privadas, tanto nacionales como extranjeras, mediante contratos de concesión, cuyas características el dispositivo enumera, así como la facultad municipal de aprobar las tarifas, buscando que la concesión sea rentable para el concesionario. La legislación en esta área se desarrolla posteriormente con la Ley 26284 -Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) y su reglamento, Decreto Supremo 24-94-PRES, y con la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y su reglamento, el Decreto Supremo 09-95-PRES.

En el área de la energía, de otro lado, también ha existido una fuerte evolución que ha ido desde la derogatoria de la antigua Ley General de Electricidad 23406 y de normas especiales de promoción a la inversión privada, como el Decreto Legislativo 693,

¹⁶⁹ VILLAR EZCURRA, J.L. Op. Cit., p. 154 y ss

¹⁷⁰ Existen, por cierto, muchas otras clasificaciones. Miguel MARIENHOFF, el conocido jurista argentino ya fallecido, en su "Tratado de Derecho Administrativo", Cap. V, 1966, los clasifica por ejemplo en esenciales o no esenciales; obligatorios o facultativos; determinados o indeterminados.

¹⁷¹ En saneamiento, con la creación de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, mediante la Ley 26284 y su reglamento Decreto Supremo 24-94-PRES. En energía, el Decreto Ley 25844, modificado por las Leyes 26734, 26876 y 26896, y su Reglamento, Decreto Supremo 09-93-EM, con varias modificatorias.

dictado en los primeros momentos de la ola privatizadora, para ahora tener como principales dispositivos el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, de noviembre de 1992, su reglamento, Decreto Supremo 09-93-EM, y la Ley 26876, que persigue una mayor competencia entre las entidades prestadoras de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, debiendo las eventuales concentraciones sujetarse a un procedimiento de autorización previa ante el INDECOPI, instancia inexplicablemente extinguida para otras actividades económicas en el país.

En los dispositivos citados, se reconoce por ejemplo, la titularidad estatal sobre la actividad¹⁷², su carácter fundamental para la vida en sociedad¹⁷³, la participación del Estado y los particulares en la gestión de las denominadas “entidades prestadoras”¹⁷⁴, la definición de los servicios¹⁷⁵, el derecho de los ciudadanos a exigir el suministro¹⁷⁶, las diversas formas de prestar el servicio¹⁷⁷, los procedimientos para las autorizaciones y concesiones así como el contenido básico de los contratos, los derechos y obligaciones de las partes¹⁷⁸, las garantías sobre continuidad y calidad de los servicios¹⁷⁹, la estabilidad jurídica de

los contratos¹⁸⁰, garantías especiales al concesionario¹⁸¹, los plazos máximos de la concesión¹⁸², sus formas de terminación anticipada¹⁸³, los procedimientos para la solución de controversias, las normas sobre infracciones, la determinación de las tarifas¹⁸⁴, las inspecciones y fiscalizaciones, las sanciones y multas, las disposiciones sobre usuarios¹⁸⁵, régimen de bienes¹⁸⁶, estados de emergencia o calamidad pública¹⁸⁷ regímenes de excepción¹⁸⁸, etc.

A pesar de su, en ocasiones, gran complejidad técnica, puede decirse que la nueva regulación tiene una tendencia a privatizar las empresas públicas que aún subsisten en las áreas respectivas, y a ofrecer su gestión a los particulares. Los concesionarios se encuentran sobreprotegidos y ampliamente garantizados, y hay ausencia de normas sobre participación pública. Las disposiciones sobre competencia económica son escasas -explicables por la naturaleza de estos servicios que tienden a convertirse en monopolios naturales-, e insuficientes las referentes a la protección de los consumidores.

69. En lo que se refiere a los entes reguladores correspondientes a las actividades de saneamiento

¹⁷² Ley 26338, artículo 4.

¹⁷³ Ley 26338, artículo 3. Decreto Ley 25844, artículo 2.

¹⁷⁴ Ley 26338 artículo 6. Decreto Ley 25844, artículos 3, 5 y 6.

¹⁷⁵ Ley 26338, artículo 10.

¹⁷⁶ Ley 26338, artículo 11. Decreto Ley 25844, artículo 82.

¹⁷⁷ Ley 26338, artículo 45, 47. Decreto Ley 25844, artículo 3.

¹⁷⁸ Ley 26338, artículos 22 y 23. Decreto Ley 25844, artículo 106; Decreto Supremo 009-93, artículos 58 y ss.

¹⁷⁹ Ley 26338, artículo 13.

¹⁸⁰ Decreto Ley 25844, artículo 106.

¹⁸¹ Ley 26338, artículo 23.

¹⁸² Ley 26338, artículo 46. Decreto Ley 25844, art. 22, 23 y 24; Decreto Supremo 009-93, artículo 29 y ss.

¹⁸³ Decreto Ley 25844, artículo 105; Decreto Supremo 009-93, artículo 70 y ss.

¹⁸⁴ Ley 26338, artículo 29: “La determinación de las tarifas (...) se guía por los principios de eficiencia económica, viabilidad financiera, equidad social, simplicidad y transparencia”; asimismo, artículos 30 a 44. Decreto Ley 25844, artículo 8, 10 y ss; 42 y ss; Decreto Supremo 009-93, artículos 122 y ss.

¹⁸⁵ Ley 26338, artículos 15, 16, 17.

¹⁸⁶ Ley 26338, artículos 48 a 53. Decreto Ley 25844, artículos 108 y ss; Decreto Supremo 009-93, artículos 216 y ss.

¹⁸⁷ Ley 26338, artículo 55.

¹⁸⁸ Ley 26338, Disposiciones Complementarias Quinta y Sexta: SEDAPAL, con un posterior e interesante “Reglamento para la prestación de servicios de agua potable...” publicado en El Peruano, el 30 de agosto de 1996, en donde es de resaltar “las obligaciones y derechos de los clientes”, con disposiciones expresas sobre pagos, averías, acceso al servicio, información oportuna, reclamos, contrato de suministro como de adhesión, etc.

to¹⁸⁹, y electricidad¹⁹⁰, podemos decir que la ley les otorga autonomía funcional, económica, técnica, administrativa¹⁹¹, etc. aunque dependería de un sector administrativo o Ministerio¹⁹²; especifica claramente sus finalidades, entre las que se encuentran garantizar a los usuarios la prestación de servicios en las mejores condiciones de calidad¹⁹³; facultades reguladoras bastante amplias¹⁹⁴, fiscalizadoras¹⁹⁵ y sancionadoras¹⁹⁶; que son amonestación, multas, resolución de contratos, prohibiciones e intervención temporal; ámbito de competencia, donde se encuentran no sólo las entidades privadas, sino también las públicas y mixtas que genéricamente se denominan "entidades prestadoras"¹⁹⁷; competencia e instancias para resolver conflictos entre las prestadoras y los usuarios¹⁹⁸; señalamiento de tarifas¹⁹⁹; la muy importante declaración expresa que el interés de la colectividad precede al interés particular²⁰⁰; su régimen de ingresos²⁰¹; etc.

70. La normativa emanada de los organismos reguladores independientes, bajo el nombre de Directivas u otros similares, es muy variada, pero para nosotros tiene especial importancia aquella encaminada a atender y resolver los reclamos de los usuarios. Así, por ejemplo, en el ámbito de los servicios de saneamiento existe una Resolución de la Superintendencia²⁰², en la que se determina que, por tener naturaleza de servicio público, en los procedimientos de reclamos y quejas es de aplicación la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos en doble instancia administrativa y que los

principios que regirán los procedimientos de atención y solución de reclamos de los usuarios son, a saber: celeridad, simplicidad, eficacia, transparencia, igualdad, responsabilidad, equidad y gratuidad.

De otro, en el área de la energía, OSINERG aprobó una Directiva²⁰³ destinada a regular el procedimiento administrativo de reclamaciones de usuarios del servicio público de electricidad, obligatoria para todos los concesionarios, y en la que ese organismo queda como última instancia administrativa en esta materia. Los procedimientos se rigen por los mismos principios señalados en el párrafo anterior, con disposiciones claras sobre la imposibilidad que el concesionario condicione la atención de la reclamación al pago previo del monto reclamado, conciliación, silencio administrativo positivo, obligatoriedad de la difusión del contenido del procedimiento por los concesionarios, etc.

71. Dentro del ámbito de los servicios económicos vinculados a las comunicaciones se encuentra el tradicional servicio postal. Mediante Decreto Legislativo 685 del 4 de noviembre de 1991 se prohibió el monopolio postal que estaba en manos del Estado, aunque éste mantuvo su fomento y control, pudiendo los interesados, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, solicitar una concesión ante la autoridad correspondiente, la que se podrá otorgar sin necesidad de licitación pública. Se determina el contenido mínimo de los contratos de con-

¹⁸⁹ Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). Ley 26284 y reglamento Decreto Supremo 24-94-PRES.

¹⁹⁰ Organismo Supervisor de Inversiones en Energía (OSINERG), Ley 26734.

¹⁹¹ Ley 28284, artículo 1; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 10. Ley 26734, artículo 1.

¹⁹² Ley 28284, artículo 2. Ley 26734, artículo 1.

¹⁹³ Ley 28284, artículo 3 y 9; Ley 26734, artículo 2. Ley 26734, artículo 2.

¹⁹⁴ Ley 28284, artículo 4 y 9; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 12 y 13. Ley 26734, artículo 9.

¹⁹⁵ Ley 28284, artículo 5, 9 a 15; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 14, 22 a 25.

¹⁹⁶ Ley 28284, artículo 5, 9 a 15; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 27 a 40; Resolución de la Superintendencia 095-95-PRES-SUNASS R.S. N°233-98-PCM.

¹⁹⁷ Ley 28284, artículo 6 y 9.

¹⁹⁸ Ley 28284, artículo 9. Ley 26734, artículo 9.

¹⁹⁹ Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 4; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 15.

²⁰⁰ Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 5.

²⁰¹ Ley 28284, artículo 23; Decreto Supremo 24-94-PRES, artículo 69 y 70. Ley 26734, artículo 17.

²⁰² Resolución de Superintendencia 40-94-PRES.

²⁰³ Resolución de Consejo Directivo de OSINERG 180-98-OS/CD.

cesión, que tendrán un plazo que no excederá a 20 años, el ámbito territorial de la misma y la libre determinación de las tarifas (con excepción de las llamadas "tarifas sociales"). De otro lado, se crea una empresa, inicialmente estatal, SERPOST S.A., que asume los bienes de su antecesora la Dirección General de Correos, pero en la cual puede participar el capital privado, la que cuenta con una concesión no exclusiva en todo el país.

Por Decreto Supremo 032-93-TCC se aprobó el Reglamento de Servicio de Concesiones Postales, que es otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a solicitud del interesado en un ámbito que puede ser local, regional, nacional e internacional, con carácter temporal e intransferible, y en donde se estableció la libertad tarifaria, la obligación de pagar una tasa por derecho de concesión, las causales de resolución, y la supervisión del control de la actividad por el citado Ministerio. De otro lado, se estableció que el usuario tiene el derecho a escoger el concesionario postal de su preferencia, sin que éste pueda rechazar su elección, excepto por razones de seguridad o salubridad u otras de orden legal (artículo 34). Asimismo, el usuario puede denunciar los incumplimientos tanto al INDECOPI como ante el Ministerio, solicitando que se apliquen las sanciones correspondientes, y sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran interponerse.

Finalmente, con posterioridad se han aprobado las directivas para la aplicación de sanciones administrativas a los infractores del servicio postal por la Dirección General de Correos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Directiva 002-98-MTC del 6 de setiembre de 1998), así como también la directiva referente a acciones de supervisión y control aplicable a los servicios postales, cuya finalidad es comprobar o acceder a la información necesaria que ayude a verificar si los operadores cumplen con la normatividad legal, contractual, o técnica, la que se lleva también adelante por la Dirección General de Correos (Directiva 001-98-MTC del 12 de setiembre de 1998).

72. Dentro de los servicios públicos económicos del sector transporte se encuentra otro clásico: la actividad ferroviaria, en la que el Estado tenía monopolio, aunque buena parte de la red nacional se construyó sobre concesiones a particulares que se comenzaron a otorgar en el siglo XIX. Ahora, mediante Decreto

Legislativo 690 del 5 de noviembre de 1991, se declaró de preferente interés la inversión privada y se suprimió el monopolio, garantizando el Estado la libertad del tráfico (artículo 1). El dispositivo divide la actividad en: a) servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria, y, b) el servicio de transporte de pasajeros y carga (artículo 2). Se autoriza a otorgar concesión mediante licitación pública, tanto a empresas nacionales como extranjeras, los diversos tramos de las vías férreas, bajo el compromiso de ocuparse de la rehabilitación y mantenimiento, cobrando las concesiones directamente a los operadores las tarifas que apruebe la autoridad (artículo 3); estos últimos sí pueden señalar libremente sus precios y tarifas, salvo que se mantenga una situación de monopolio, pues entonces los determinará el Estado (artículo 5). Con toda lógica, por disposición expresa le es aplicable a esta actividad lo dispuesto en la ley para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos y otras similares.

De otro lado, y como correspondencia a lo anterior, se ha decidido privatizar a la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. - ENAFER- mediante la Resolución Suprema 064-98-TR, en virtud de la cual se establece que la infraestructura y la prestación de los servicios ferroviarios serán entregados en concesión al sector privado, bajo los mecanismos y procedimientos de las normas contenidas en el antes citado Decreto Supremo 059-96-PM, que aprobó el TUO que promueve la inversión privada en infraestructura y otros.

73. En lo que se refiere a los llamados servicios sociales propiamente dichos (educación, salud, asistencia social, etc.), la situación en el país es diferente, porque si bien le son también de aplicación las normas citadas de promoción a iniciativa e inversión privadas, son sectores en los que la intervención del Estado no ha sido tan intensa como en los "servicios públicos económicos", a los que nos hemos referido anteriormente.

Así, dentro de este contexto y en el ámbito de la salud por ejemplo, en el año 1997 fue motivo de un amplio debate la promulgación de la denominada "Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud" (Ley 26790), en cuyo fondo subyace una reestructuración en los conceptos y esquemas operativos que el IPSS²⁰⁴ venía desarrollando hasta ese entonces (léase modificar sustancialmente el modelo existente)²⁰⁵ hasta la consagración de la

²⁰⁴ Hoy denominado Seguro Social de Salud (ESSALUD) por Ley 27056 del 30 de enero de 1999.

²⁰⁵ Las modificaciones pasan por la calidad de asegurado, aportes, recursos, prestaciones y coberturas, lo que denota un cambio de perspectiva para hacer al IPSS más acorde con el nuevo esquema propuesto por el Gobierno

intervención del sector privado en dichos servicios a través de la creación de las denominadas Entidades Prestadoras de Salud (EPS).

En efecto, como se encargó de precisar el Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA, se ha creado un nuevo sistema de cobertura para toda la población, conformado por el régimen contributivo constituido por el Seguro Social de Salud, a cargo del IPSS (hoy ESSALUD) y complementado por las EPS, y el régimen estatal, no contributivo, a cargo del Ministerio de Salud, que otorga prestaciones de salud pública colectiva y prestaciones de salud individual para la población de escasos recursos²⁰⁶.

Ahora bien, adicionalmente a este sistema, han coexistido y coexisten centros y establecimientos de salud privados, quienes al igual que las entidades e instituciones que integran al sistema antes mencionado se rigen por las disposiciones de la "Ley General de Salud" (Ley 26842)²⁰⁷.

De otro lado, algo similar a lo expuesto para el sector salud ha ocurrido en el ámbito de las pensiones, pero con la substancial diferencia que la intervención privada en esta área viene consolidándose y desarrollándose desde el año 1992. En efecto, en dicho año entró en vigencia la Ley 25897 que creó el "Sistema Privado de Pensiones" (SPP) conformado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), norma legal que ha sido modificada, reglamentada y precisada numerosas veces desde entonces con el fin de perfeccionar el sistema privado. Así, por ejemplo, en un intento de consolidar la expansión de este sistema y mostrar sus bondades, se permitió a los trabajadores del Sector Público Nacional afiliarse a él²⁰⁸. Este sistema privado coexiste y compite con el estatal a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), el cual ha consolidado la administración de los regímenes de pensiones previstos en los Decretos Leyes 19990²⁰⁹ y 20530²¹⁰.

El otro clásico servicio público social es la Educación, cuya legislación ha sufrido algunas importantes modificaciones con sustento en la Constitución vigente (artículo 19 y otros) que permiten, a diferencia de la

Constitución de 1979 y la Ley General de Educación 23384, sin efecto en este extremo, tener fines de lucro, sin que ello signifique la eliminación de los servicios educativos del Estado, que siguen siendo los más numerosos y que atienden a la mayoría de la población. Sin embargo, leyes como la 26549, que regula las actividades y programas educativos privados, y posteriormente el Decreto Legislativo 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, han introducido cambios en lo que ha sido la regulación tradicional de este servicio público, desde el nivel inicial hasta el universitario. El Estado, por cierto, mantiene potestades de autorización y fiscalización de todos los centros y programas educativos del país, con más intensidad en los de carácter público, y con la participación en algunos casos de padres de familia y profesores, pero ahora ya no sólo se permite lucrar sino además se reconoce el derecho a toda persona a realizar actividades en la educación, tales como fundar, promover, conducir y gestionar instituciones educativas particulares, con o sin finalidad lucrativa (artículo 2 Decreto Legislativo 882) los lineamientos generales de los planes de estudio y requisitos mínimos de organización son formulados por el Estado, quien define su línea institucional, establece su plan curricular, los diversos regímenes económicos, etc. y, para que no exista duda del sentido de estas disposiciones, declara que les son de aplicación el ya antes citado Decreto Legislativo 757 de Promoción y Garantía a la Inversión Privada, así como los Decretos Legislativos 701 y 716, sobre libre competencia y protección a los consumidores, cuya mercantilidad resulta incuestionable.

Cada uno de los sectores mencionados tiene una legislación frondosa y especializada que no es del caso aquí analizar. Debemos, eso sí, puntualizar que en los servicios públicos sociales las medidas liberalizadoras tienden a consolidar en muchos casos una ya fuerte y tradicional presencia privada, con el objeto de mejorar la calidad del servicio que brindaban los organismos estatales, y que estos tres sectores - de ello no cabe duda -, eran poco eficaces y necesitaban de muy fuertes inversiones para su puesta al día. A diferencia de lo ocurrido en el caso de los servicios públicos económicos, donde en términos ge-

²⁰⁶ Ver segundo considerando del citado Decreto Supremo.

²⁰⁷ Así, por ejemplo, los establecimientos de salud, cualquiera sea su naturaleza o modalidad de gestión, deben cumplir la normativa que les impone la autoridad de salud (artículos 37 y ss.).

²⁰⁸ Al respecto ver el Decreto Supremo 161-93-EF que aprobó el reglamento que estableció el régimen excepcional para la afiliación de los trabajadores públicos a las AFP.

²⁰⁹ Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social

²¹⁰ Régimen de Pensiones y Compensaciones por servicios civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990.

nerales existe una muy fuerte corriente favorable a su privatización o concesión al sector privado, en los servicios públicos sociales lo que está en discusión no es tanto la titularidad sobre el servicio público por parte del Estado, sino una tendencia a apartarse del mismo dejando librado muchas de sus decisiones a empresas que no tienen otra finalidad que el lucro, y que hacen de aspectos tan importantes para la vida de las personas y el desarrollo de la nación, como es el caso de la educación, una simple mercancía.

74. Como se ha dicho antes, los servicios públicos residuales son fundamentalmente aquéllos que tienen un ámbito territorial menor y que se encuentran generalmente bajo el control municipal. De acuerdo a la Constitución vigente²¹¹, y la Ley Orgánica de Municipalidades²¹², éstas se encuentran autorizadas para crear empresas de servicios públicos locales o de otorgarlos en concesión a particulares. La onda desreguladora ha llegado también a este grupo de servicios, siendo ejemplo de ello lo ocurrido en el caso de los cementerios y servicios fúnebres. Así, la Ley 26298 de marzo de 1994 y su Reglamento, el Decreto Supremo 03-94-SA de octubre del mismo año, frente a una normativa anterior controlista, permiten ahora que las personas jurídicas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, construyan y administren cementerios y presten servicios funerarios en general, con respeto a la Ley General de Salud²¹³. Si bien le corresponde al Ministerio de Salud el dictar las normas técnico-sanitarias y otorgar la autorización sanitaria, son las municipalidades quienes controlan el funcionamiento de los cementerios tanto públicos como privados. Los dispositivos mencionados contienen una serie de normas que van desde la enumeración de los servicios y los tipos de sepultura, hasta la implantación de un régimen de libertad de precios, y otros puntos como los referentes a agencias funerarias, velatorios, crematorios, exhumación y transporte de cadáveres, hasta el régimen de infracciones y sanciones que son de aplicación municipal.

No cabe duda que en muchos casos era necesario también liberalizar el régimen de los servicios públicos residuales, que no estaban a la altura de las necesidades de los ciudadanos concretos y que no habían incorporado muchas mejoras tecnológicas de necesario acceso. De ahí la conveniente y necesaria participación del capital privado, sobre todo cuando se trata de satisfacer las necesidades en las

grandes urbes, como es en el caso de la ciudad de Lima, y de otras ciudades en rápido crecimiento, habida cuenta el imparable proceso de urbanización que se da en todo el territorio. En el ámbito de los servicios locales, sin embargo, el problema que se enfrenta es que la liberalización no necesariamente va a resolver las necesidades de los más pobres, que en muchos casos han quedado desamparados, ante la ausencia del Estado, sea a través del gobierno central o de las propias Municipalidades, pues en cuanto a éstas tradicionalmente -y sigue siendo así- el Poder Ejecutivo no les ha dado los recursos necesarios para su desarrollo como ocurre en otros países del mundo, con el afán de poderlas controlar políticamente. Todo ello se agrava por la extrema pobreza de los villorrios y pequeños poblados del país en los que prácticamente no existen servicios públicos de ningún tipo, o si existen, tienen un carácter precario.

X. CONCLUSIONES

1. La idea de servicio público es relativamente reciente y ha ido mutando conforme cambiaba la estimación de lo que, en cada momento, se consideraba necesidad pública, definición que corresponde al mundo de la política y no del Derecho.
2. Aunque de difícil precisión, el concepto de servicio público se distingue por comprender acciones destinadas a satisfacer necesidades que los ciudadanos consideran de gran importancia para la vida diaria, con fines de bienestar, no esenciales al ser del Estado.
3. A partir de la Revolución Francesa, el Estado adoptará -en una primera etapa- medidas esencialmente de fomento para la actividad económica, para posteriormente incrementar su participación, sea mediante autorización o concesión a los particulares en actividades que usualmente había reservado mediante una declaración (*publicatio*). Más adelante, incursionará en la gestión de éstas con resultados poco alentadores, que llevarán a que en nuestros días tienda a tener, fundamentalmente, una actuación de previsión y programación.
4. El servicio público es una actividad en la que se aplica el régimen de Derecho Público, es decir, goza de una protección especial, aunque su régimen de gestión esté sometido en gran medida al Derecho Privado. Ese régimen se manifiesta jurídicamente

²¹¹ Constitución, artículo 191 y 192

²¹² Ley 23853, artículo 10 y 53

²¹³ Ley 26842

de muy diversas formas, pero siempre persigue que la prestación sea regular y continua.

5. Los tres elementos esenciales en todo servicio público, la Administración, la entidad gestora y el usuario, guardan entre sí una relación jurídica de dependencia generadora de derechos y obligaciones.

6. Si bien su titularidad no es traspasable, la forma contractual como técnica de gestión, es decir, la concesión administrativa, ha sido y es la fórmula más empleada, aunque han existido y existen servicios integrados a la propia Administración y otros brindados por particulares bajo simple autorización, esta última de muy diverso contenido y formalidad.

7. La naturaleza jurídica de las relaciones entre la entidad gestora y los usuarios tiene un carácter contractual-reglamentario; tiene así una naturaleza pública en la parte del servicio que está sometido a reglamentación, vigilancia y protección por parte de la autoridad, y una naturaleza privada en lo que se refiere a la relación directa del usuario con el gestor. Este último es el beneficiario del servicio, pero al mismo tiempo -aunque cada día se promueva más su intervención indirecta en la gestión- un extraño al mismo.

8. Los temas del otorgamiento de la concesión en monopolio o en régimen de competencia, el procedimiento para la determinación de las tarifas, el monto y oportunidad de las inversiones, la tecnología aplicable, el plazo de concesión y el grado de autonomía de las empresas gestoras, son algunos de los temas centrales a determinarse en los contratos de concesión de los grandes servicios públicos económicos.

9. Con la aceptación generalizada, después de la Segunda Guerra Mundial, de la concepción del Estado del Bienestar por las fuerzas políticas de las democracias capitalistas occidentales, en virtud de la cual le correspondía al Estado -no al mercado- la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar y erradicar la pobreza extrema, los servicios públicos adquieren una extensión y universalización jamás antes lograda, en un ambiente de excepcional bonanza económica, en el que paralelamente los términos del intercambio comercial fueron desventajosos para los países pobres en vías de desarrollo.

10. En el período comprendido entre 1945 y 1975, en las citadas democracias, el intervencionismo normativo y directo del Estado, regulando y asumiendo

tarefas económicas, si bien logró éxitos incuestionables al hacer llegar -mediante la generalización de los servicios públicos- a la gran mayoría de sus poblaciones atención adecuada a sus necesidades básicas y generar una variada infraestructura que les permitió el acceso masivo a la modernidad, dio lugar también a un crecimiento desproporcionado del sector público y de la burocracia.

11. El crecimiento económico permanente, base sobre la que se edificó la idea del Estado del Bienestar, sufrió un golpe del que aún no se ha recuperado como consecuencia de un variado conjunto de causas económicas, políticas y tecnológicas ocurridas en la década del 70, que llevaron a cuestionar seriamente tanto su aspecto provisional como interventor, es decir, su viabilidad y fines, desde posiciones conservadoras y liberales, que lograron un amplio consenso en muchas de sus tesis, lo que aún tiene un importante efecto en las declaraciones de titularidad así como en la gestión de los servicios públicos.

12. Surgen así las ideas sobre la necesidad de privatizar todas aquellas empresas que no entrañan en su actuación una evidente razón de interés público y, además, entregar, en las que restan, su gestión a los particulares, recepcionándose el principio de subsidiaridad estatal y promovándose la competencia económica, en la creencia que la regulación del mercado es superior a cualquiera otra que el hombre pueda concebir o llevar a cabo por vía de la ley.

13. El principio de subsidiaridad, en virtud del cual el Estado debe ocupar un puesto de reserva en las relaciones sociales y económicas, determina que él intervenga sólo cuando una exigencia general así lo requiera ("suplencia"), lo que no impide que mantenga la titularidad y el ejercicio de cometidos que le son esenciales e indelegables, es para importantes corrientes de opinión -como la manifestada en la Doctrina Social de la Iglesia- el mejor camino para lograr el bien común o causa final del Estado.

14. La implantación continuada en el tiempo de la idea del Estado Subsidiario no lleva a prescindir del Estado sino a replantear el sentido de su acción, mediante una nueva regulación que se manifiesta en la privatización de empresas estatales y en la utilización de la técnica contractual de la concesión a los particulares para la gestión de los servicios públicos económicos, promoviendo en lo posible la competencia.

15. El régimen jurídico del moderno servicio público, aún en construcción, si bien reitera características del antiguo como su universalidad y exigibilidad,

se caracteriza por su juridificación, como antídoto contra la excesiva y la necesaria determinación de la prestación realmente exigible, imponiendo el principio de legalidad a toda excepción a la libertad de empresa.

16. La forma adecuada para financiar en un país pobre los servicios públicos es concretándose a prestaciones básicas, limitadas, si bien ofrecidas en pie de igualdad, y utilizando de preferencia la relación contractual entre gestores y usuarios. Este nuevo servicio público económico debe ofrecerse, de preferencia, en un régimen de competencia en el que sea posible el pluralismo y la iniciativa empresarial. Ello no significa, sin embargo, que el Estado se desentienda de la gestión, pues genéricamente, el ciudadano - usuario puede exigir su correcto funcionamiento al Poder Ejecutivo, quien está obligado a garantizarlo.

17. Los organismos especializados son también consecuencia de la convicción de que es necesario y conveniente separar, en el ámbito de los servicios públicos y para lograr un buen funcionamiento, las funciones de regulación y las de gestión, razón por la cual se exige a su personal preparación técnica y estabilidad.

18. Los nuevos organismos reguladores, con antecedentes en el derecho anglo-sajón, tienen por objeto principal el control del servicio público, para lo cual están facultados a arbitrar, en forma especializada e independiente, los conflictos que surgen de la "actividad pública" que desempeñan las compañías de servicio público en su condición de empresas privadas que buscan obtener el máximo beneficio, mediante procedimientos ágiles y rápidos, así como también ofrecer protección a los usuarios. Estos organismos tienen facultades, además, para expedir reglamentos, señalar estándares, inspeccionar y sancionar a los gestores.

19. Las nuevas regulaciones, que son aplicables en buena medida a las empresas gestoras de los servicios privatizados recientemente, como a los que han obtenido autorización para funcionar en el sector correspondiente, buscan que éstas actúen con la misma eficiencia con que tendrían que hacerlo en el mercado, estimulando en todo lo posible la libre competencia, pero teniendo como límite de su actuación lo señalado en las normas de su creación, pues lo contrario equivaldría a la quiebra del Estado de Derecho.

20. Las resoluciones emitidas por los nuevos entes reguladores constituyen en ocasiones estándares interpretativos de obligada remisión, es decir, tienen un carácter cuasi jurisdiccional, aunque por

cierto siempre revisable ante el Poder Judicial, pero en un sentido que, más que modificar la decisión concreta del organismo que se ha aplicado inmediatamente después de dictada, va a cuestionar sus presupuestos o fundamentos o, pronunciarse sobre los daños y perjuicios que ha podido causar.

21. Las resoluciones sancionadoras de estos nuevos organismos no pueden, en ningún caso, apartarse del principio de legalidad, aunque por la propia naturaleza de los principios de discrecionalidad, tipicidad y racionalidad tendrán un contenido especial. De otro lado, se generaliza tanto el sistema de la responsabilidad objetiva, como la inversión de la carga de la prueba en lo procesal.

22. Existe una tendencia a fomentar la participación de todos los interesados, y por cierto entre ellos los usuarios y sus asociaciones, en los entes reguladores, fundamentalmente en los niveles de consultoría y control, con el objeto no sólo de evitar su "captura" por las empresas gestoras, sino como una manifestación de la democracia participativa que debe conocer las consideraciones en las que se sustentan las futuras reglamentaciones; ganar en inmediatez; educar en el consenso y la transacción de buena fe, antes que en la imposición normativa, y para que los controles ya no sólo reposen en un organismo centralizado y distante, sino en la misma sociedad civil, para hacerlos más eficientes y, además, para poder detectar oportunamente irregularidades y corruptelas.

23. A pesar de las múltiples referencias a los servicios públicos en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993, y a la circunstancia de que en la vigente se asigna su dirección y control al Consejo de Ministros y a cada Ministro en particular, su tratamiento no parece responder a su consideración de técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre Sociedad y Estado.

24. En el ámbito económico son muy diferentes los roles asignados al Estado -y, en consecuencia de ello, a sus fines- en las Constituciones de 1979 y 1993. En esta última, se asienta un Estado Subsidiario que alienta la privatización de las actividades económicas, su desregulación y su preferente manejo por empresas privadas; todo lo cual, sin duda, tiene influencia decisiva en la gestión de la mayoría de los servicios públicos.

25. El concepto de servicio público al que se refiere la Constitución de 1993 tiene fundamentalmente carácter económico y manda que su gestión se privatice; otros "clásicos" servicios públicos sociales, como los referentes a la educación o a la salud, se

encuentran fuera de ese concepto, y su materialización se efectúa en un régimen de autorizaciones y licencias, de variable exigencia, mas no de concesiones.

26. Si bien las Municipalidades conservan sus prerrogativas constitucionales y legales, en lo que se refiere a los servicios públicos locales, la creación de organismos reguladores de nivel nacional las hacen paulatinamente perder control sobre algunos servicios que se prestan en su jurisdicción, lo que agrava el asfixiante centralismo y la indefensión del usuario concreto

27. Al mandato constitucional que obliga a la defensa de los consumidores y usuarios, se agrega en la Constitución de 1993 el muy relevante otorgamiento de amplios y sustantivos poderes al Defensor del Pueblo para la supervisión del funcionamiento de los servicios públicos, con facultades de investigación e intermediación en defensa y protección de los usuarios.

28. Si bien con carácter poco orgánico, desde 1990, esto es, tanto antes como después de la puesta en vigencia de la Constitución de 1993, se han dictado un conjunto de normas que regulan los procesos privatizadores, la desregulación económica, la concesión de servicios públicos económicos y la creación de algunos organismos reguladores, de gran significación económica y jurídica, y de gran impacto en la vida social.

29. La importante legislación en la materia tiene como característica no sólo su modernidad comparativa con otras similares, sino la ausencia de canales que permitan la participación individual y asociada de los usuarios en su gestión y control, lo que dificulta grandemente la concreción de una real democracia participativa como la que existe en los países occidentales que la diseñaron, síntoma precursor, y quizás inequívoco, del autoritarismo creciente del Poder Ejecutivo y el debilitamiento del Estado de Derecho.

30. Resulta imperativo para la creación de una sociedad de hombres libres que los fines del Estado tengan consensuada aceptación así como la universalización de los servicios públicos esenciales para que los ciudadanos tengan una vida mejor; en tal sentido, sus técnicas de gestión deben diseñarse no sólo mediante la recepción pacífica y resignada de

critérios y articulaciones que se presenten como definitivas bajo el manto de la globalización económica, sino dando respuesta concreta a nuestros graves problemas sociales, y priorizando la atención a los más pobres y a los desamparados, educando para que crezca la convicción de que la pobreza extrema es moralmente inaceptable, y que el Estado -y una Administración eficaz, austera y honrada- tiene siempre un rol decisivo e insoslayable.

XI. COMENTARIO FINAL

Retomando lo que dijéramos al inicio, el logro del bien común, como meta última del Estado, requiere de una adaptación al concreto tiempo histórico²¹⁴, es decir, su contenido y realización son variables. El bien común de nuestro pueblo tendrá, sin duda, características esenciales iguales a las de otros pueblos, pero las prioridades y la configuración de ellas serán sólo parcialmente homogéneas, porque cada comunidad tiene, y así las aprecia y juzga, necesidades de diversa intensidad. En esta perspectiva, nos ayuda la versatilidad del Derecho Administrativo y la de una de sus creaciones favoritas: el servicio público. En nuestros días, mayoritariamente, se le concibe como un sistema de gestión privada circunscrita a prestaciones vitales de índole económico que si bien no pueden realizarse bajo un régimen de total libertad²¹⁵, deben promoverse en competencia.

En el sentido expuesto, debe tenerse presente que no se suprime la *publicatio* como nota central, porque ella no implica nada más que la incorporación de una actividad al sistema del Derecho Público, la que por decisión estatal se sujeta a potestades administrativas especiales y que se encuentra limitada por los principios de subsidiaridad y libertad de empresa constitucionalmente incorporados. La incorporación de la competencia económica en la gestión de la mayoría de los servicios públicos económicos no hace en lo absoluto necesario abandonar la *publicatio*, pues resulta indispensable seguir distinguiendo entre los servicios públicos y las actividades de interés público, ya que sigue vigente el necesario reconocimiento de la especialidad del servicio público en relación con otras actividades que no se imponen como prestaciones obligatorias.

Las entusiastas y aún populares afirmaciones neoliberales que pregonan una privatización total de la vida económica suelen olvidar, sin embargo, que en países como el nuestro el servicio público no

²¹⁴ CITARA. "El concepto de servicio público ante las cambiantes circunstancias del mundo actual". En: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1998, p. 746.

²¹⁵ CASSAGNE, J.C., "El resurgimiento ...", Op. Cit., p. 96.

ha alcanzado carácter universal, es decir, no ha llegado -por muy distintas y complejas razones- a todos los ciudadanos, y que existe un alto porcentaje ausente de los beneficios que proporciona, entre otros, para alcanzar la modernidad. Ello no debe interpretarse en el sentido de promover una gestión directa de los servicios públicos por empresas de propiedad estatal, porque consideramos que su fracaso sería otra vez inevitable, sino más bien resaltar la planificación concertada y consensuada que permitirá una cobertura más amplia e igualitaria, a través de una política económica que sea más ambiciosa que la de limitarnos a extraer materias primas bajo el escudo de una división internacional de trabajo que nos hemos autoimpuesto por la sostenida -y falsa- creencia en nuestra inferioridad.

La promoción de un sistema abierto y, en lo posible competitivo en la gestión de servicios públicos efectivamente esenciales y no sólo económicos, no debería abandonarse, siempre que se mantengan sus características de universalidad, continuidad, regularidad y exigibilidad. Y para ello resulta indispensable garantizar al gestor -que en muchas ocasiones deberá hacer grandes inversiones e incorporar tecnología avanzada- una rentabilidad adecuada, cuya fórmula deberá concebir y aceptar un organismo regulador, mucho mejor equipado -en todo sentido- que la Administración tradicional.

Resulta, sin embargo, fundamental tener presente que las gestoras de la mayoría de los servicios públicos económicos privatizados son empresas transnacionales -en ocasiones asociadas con empresas locales que detentan un pequeño porcentaje de propiedad- que adquieren un inmenso poder económico y, consecuentemente, político. De ahí a intentar la "captura" del organismo regulador no hay más que un pequeño tramo. Una de las formas de enfrentar esta realidad es abrir las puertas a la participación de los usuarios y de la sociedad toda, en diversas formas e intensidades, pero también divulgar y educar en el sentido que las inversiones de los concesionarios son finalmente pagadas por los habitantes del país anfitrión, así como que en ciertos casos buena parte de los bienes entregados para brindar el servicio tienen la condición de bienes públicos, es decir, su entrega tiene carácter transitorio.

De otro lado, debemos desechar una concepción fatalista de lo tecnológico, que implica creer que nada puede mejorarse y que es necesario aceptar acríticamente la propuesta del gestor. Esta actitud no sólo va contra las características dinámicas y

cambiantes de lo tecnológico sino que, además, obliga a que la Administración tenga una posición firme al respecto, pues de lo contrario, paulatinamente, llevará al establecimiento por parte del gestor de un sistema de adquisiciones y contrataciones dirigidas a filiales y similares, que terminarán por diagramar el perfil industrial del país, lo que progresivamente llevará a la desaparición de las empresas locales, desprotegidas por un Estado que las juzga de antemano ineficientes. Esta actitud, de otro lado, no hará sino disminuir o aniquilar la competencia económica, sin contar con la incidencia que ello puede tener en la balanza comercial. Los países desarrollados capitalistas han implementado un conjunto de mecanismos de defensa que son desconocidos en los nuestros²¹⁶, y que se encuentran vinculados a lograr una más eficiente competencia económica, pero también a salvaguardar el patrimonio de sus empresas y ciudadanos.

Las transformaciones tecnológicas, de otro lado, hacen difícil establecer *a priori* cuáles deben ser las actividades, sectores o tareas que deben ser necesariamente gestionadas por el Estado. En todo país, pero sobre todo en uno pobre como el nuestro, debe imponerse la prudencia y no exigirle al Estado efectuar inversiones que no podrá soportar con el tiempo, disminuyendo así la calidad del servicio y originando frustración. La gestión privada es siempre menos riesgosa y responde a una decisión discrecional de la Administración, que en nuestro país se encuentra favorecida por un claro mandato constitucional. Hay que tener presente que la Administración tiene entre sus indelegables atribuciones fijar las condiciones y garantizar el respeto a las mismas. Como fue al inicio, cuando se creó la noción de servicio público, la decisión estatal es la respuesta al cambiante contenido de la noción de interés general y a las apremiantes y esenciales necesidades colectivas, responsabilidad indelegable de los gobernantes, no de los juristas; y cuando aquéllos así lo deciden, resulta entonces natural que se adopten reglas jurídicas especiales.

Entre nosotros no se ha debatido en profundidad cuál debe ser la amplitud y extensión de la explotación económica privada en los servicios asistenciales, a pesar del amplio reconocimiento de que su situación material y la de su personal es muy deficitaria y lejana a dar una cobertura adecuada. Desechada la técnica de la concesión -que como hemos visto se aplica a los servicios públicos económicos- es necesario analizar la extensión y profundidad de la intervención administrativa. Múltiples son los as-

²¹⁶ CINCUNEGUI, J., "Las inversiones en servicios públicos prestados por empresas privadas". En: La Ley-1997-A, p. 786 y ss.

pectos a considerar, más aún cuando existe un alto porcentaje de población en situación de extrema pobreza. Resulta necesario recordar que no es lo mismo una declaración constitucional dirigida a la protección de la familia o de la salud, o a brindar educación a todos, que hacer efectivos esos derechos, en un país que ha desmantelado siguiendo el recetario neo-liberal buena parte de su sistema productivo, en el que aún no se ha dado un desarrollo agrícola moderno y en el que, en consecuencia, a pesar de la alta presión tributaria al mundo formal, la recaudación sigue siendo insuficiente y pequeña.

Pero resultaría iluso creer que la pura lógica del mercado, esto es de la competencia, servirá para satisfacer todas las esenciales necesidades de los ciudadanos. Es necesario encontrar un compromiso aceptable entre la Administración y la gestión privada. Ayudará a ello la creación de mercados supra nacionales y la definición de cuales son los servicios públicos esenciales. De esta manera, si bien la noción de servicio público se ve así reducida a un *minimum*, quedando en una suerte de vigilancia, permanece para lo que fue su inicial origen, es decir, proteger a los consumidores en aquellas actividades que tienen que ser satisfechas, y que se encuentran más allá de los objetivos de la competencia económica. Su identificación concreta será, como tiene que ser, resultado de circunstancias concretas. Si bien un Estado no puede ponerse en contra de la corriente de la historia, hay que saber enfrentarse a la magia subyugante de ciertos conceptos, para orientarse adecuadamente. Así, bien dice Meilán Gil que “privatización y desregulación no significan siempre lo mismo, ni sirven a idénticas finalidades. Sin mayores precisiones resulta fácilmente admitida la diferencia que la privatización tiene en un país económicamente desarrollado o en otro en vías de desarrollo, en donde la operación no consiste en pasar una empresa de manos públicas a privadas, sino del Estado a inversores extranjeros, en una suerte de

transferencia de “soberanía económica”. La desregulación no tiene el mismo impacto cuando se opera en un país o en un sector económico con facilidades claras de competencia o cuando ésta sea difícil”²¹⁷. De ahí resulta que las mismas o análogas preguntas que hubo que hacer sobre la justificación del servicio público en el siglo XIX e inicios del XX nos las tengamos que hacer ahora en un contexto distinto marcado por las privatizaciones y desregulaciones normativas. La respuesta habrá de encontrarse, una vez más, en la concepción que tengamos del Estado, y en la determinación de sus fines.

En nuestros días los derechos fundamentales de la persona humana ocupan un lugar muy importante en las formulaciones constitucionales y entre ellos se encuentra la libertad de empresa. Sea ello bienvenido. Quizás en las sociedades del futuro la actividad económica regulada, objeto de autorización, puede responder mejor que el servicio público a los fines que este persigue. Pero en la ruta creemos conveniente recordar dos pensamientos; el primero de Meilán Gil: “El servicio público fue un hallazgo, no es la panacea, pero sigue siendo útil, a condición de que no se le pida más de lo que el nuevo marco constitucional y la sensibilidad actual permite. Ello supone reconocer la titularidad de los ciudadanos respecto de los derechos fundamentales-obviamente de la persona- y el deber del Estado de asegurar su efectiva protección y realización para todos los ciudadanos”²¹⁸. El otro del *Conseil d’Etat français*, en su *Rapport Public* de 1994, titulado “*Service public, services publics: declin ou renouveau*”, sobre una idea amplia de servicio público: “actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”²¹⁹.

²¹⁷ MEILÁN GIL. Op. Cit. p. 343.

²¹⁸ Ibid. p. 359.

²¹⁹ Citado por FERNÁNDEZ, T. Op. Cit. p. 800