

Orlando Vignolo Cueva

Departamento
Derecho Público

Director
Bermejo Vera, José

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad
Zaragoza

Memoria para optar el grado de Doctor

El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria.

Autor

Orlando Vignolo Cueva

Director

José Bermejo Vera

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Público

2017

**EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD SOCIAL Y
SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN EL
DERECHO PERUANO. LIBERALIZACIÓN DE
SECTORES Y SURGIMIENTO DE LA
ORGANIZACIÓN REGULATORIA**

Autor:

Orlando Vignolo Cueva

Director:

Dr. D. José Bermejo Vera

Zaragoza, marzo de 2017.

A Claudia, mi esposa y compañera de mil avatares.

A mis padres y hermanos, siempre unidos.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer al profesor Dr. D. José Bermejo Vera por dirigir mi formación doctoral y este trabajo. Han pasado varios años desde que pisé por primera vez la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza durante el invierno del año 2007 y, desde el inicio, mi Director se comportó como un verdadero maestro universitario, siempre atento y entregado a la tarea de preparar intelectualmente a su discípulo de turno. Por ese tiempo y a manera de sincera gratitud, sólo me queda tratar de hacer lo mismo con otras personas permitiendo la continuidad de lo recibido.

ABREVIATURAS

AAI	Autoridad administrativa independiente.
Art.	Artículo
AE	Agencia ejecutiva
BE	Banco de España
BM	Banco Mundial
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Comunidad económica europea
CEPRI	Comité especial de la promoción de la inversión privada
CMT	Comisión del mercado de las telecomunicaciones
CNC	Comisión nacional de la competencia
CNE	Comisión nacional de energía
CNMV	Comisión nacional del mercado valores
COPRI	Comité de promoción de la inversión privada
CP	Constitución Peruana de 1993
CPT	Compañía peruana de teléfonos
CRI	Comisión reguladora independiente
CSEN	Comisión del sistema eléctrico nacional
CSN	Consejo de seguridad nuclear
CTE	Comisión tarifas de energía
DLAEE	Decreto Legislativo que promueva la eficiencia en la actividad empresarial del Estado, Decreto Legislativo No. 1031.
DS	Decreto Supremo
DL	Decreto legislativo
EE	Entidades empresariales
EPS	Empresa prestadora de servicio
ESM	Economía social de mercado
ESSALUD	Seguro social de salud
FITEL	Fondo de inversión en telecomunicaciones.
FJ	Fundamento jurídico
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado
FMI	Fondo monetario internacional
FOSE	Fondo de compensación social eléctrica
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
OSIPTEL	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
LCE	Ley de concesiones eléctricas
LDEGE	Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.
LGS	Ley general de salud
LGTT	Ley General del Transporte Terrestre
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General.
LMAUS	Ley marco del aseguramiento universal en salud
LEAASE	Ley de antimonopolio y anti-oligopolio del sector eléctrico.

LOFAGE	Ley de ordenación de la administración general del estado
LOPE	Ley orgánica del poder ejecutivo
LOSEN	Ley de ordenamiento del sector eléctrico nacional.
LMOR	Ley marco de los organismos reguladores
LMCIP	Ley marco para el crecimiento de la inversión privada
LSH	Ley del sector de los hidrocarburos
MEF	Ministerio de economía y finanzas
MIDIS	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
MINEM	Ministerio de energía y minas
MTC	Ministerio de transporte y comunicaciones
OA	Organismos autónomos
OPDE	Organismo público descentralizado.
OR	Organismo regulador
OSINERGMIN	Organismo supervisor de la inversión en energía y minería.
OSIPTEL	Organismo supervisor de la inversión en telecomunicaciones.
OSITRAN	Organismo supervisor de la inversión en infraestructura de transporte de uso público.
PCM	Presidencia del Consejo de ministros
PROINVERSION	Agencia de promoción de la inversión privada.
RD	Real decreto.
RIE	Revista de Instituciones Europeas.
RS	Resolución suprema.
SIS	Seguro integral de salud.
STCP	Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano
SIEG	Servicios de interés económico general
SUNASS	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.
SUSALUD	Superintendencia nacional de salud
SUTRAN	Superintendencia de transporte terrestre de personas y mercancías.
TA	Tribunal Administrativo
TADC	Tribunal administrativo de defensa de la competencia.
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.
TCP	Tribunal Constitucional Peruano
Tdp S.A	Teléfonica del Perú S.A.
TSE	Tribunal Supremo Español
TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	18
CAPÍTULO I. LOS CONCEPTOS BÁSICOS ACERCA DE LA SUBSIDIARIEDAD	31
1. Antecedentes, sistematización y datos acerca del desarrollo jurídico del principio de subsidiariedad	31
1.1. Antecedentes remotos de la subsidiariedad	31
1.2. La sistematización pontificia de la subsidiariedad	37
1.3. El avance y recepción jurídica definitiva de la subsidiariedad	43
2. La recepción del principio de subsidiariedad en el derecho peruano	53
2.1. ¿La desconocida subsidiariedad social u horizontal en etapas anteriores a 1993?	53
2.2. La inclusión del principio en la CP. El debate de la Asamblea Constituyente de 1992	60
3. La noción de subsidiariedad social que se defiende	74
3.1. Es un principio general del Derecho	74
3.2. Es un concepto amplio, adaptable y de base	82
3.2.1. <i>Amplitud de ámbito objetivo</i>	83
3.2.2. <i>Capacidad de adaptación</i>	101
3.2.3. <i>Un carácter indudable de base</i>	110
3.3. Es un concepto relacionado con la constitución económica y la cláusula del Estado social	114
3.3.1. <i>Datos sobre la Constitución económica</i>	119
3.3.2. <i>Datos sobre la cláusula del Estado social</i>	124
4. Recapitulación	129
CAPÍTULO II. LA PRÁCTICA EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD SOCIAL EN LA REALIDAD PERUANA	133
1. La subsidiariedad social y el sub-sector eléctrico	133
1.1. La electricidad como noción jurídica. Una cuestión previa y obligatoria	133
1.2. La irrupción de los servicios esenciales en el sub-sector eléctrico. Una consecuencia más de la subsidiariedad	

horizontal	138
1.3. Explicaciones sobre la liberalización eléctrica peruana. La devolución del protagonismo a los privados	142
2. La subsidiariedad social y el sub-sector asistencial sanitario	152
2.1. Nota introductoria	152
2.2. Un aparato prestacional que se define por el contenido de un derecho constitucional. Cuestiones sobre la protección a la salud	159
2.3. ¿La asistencia sanitaria es servicio público? Otro ámbito prestacional ligada a las vertientes del principio de subsidiariedad horizontal	164
2.4. La cobertura constitucional del protagonismo público en la asistencia sanitaria. El principio de responsabilidad pública	170
CAPÍTULO III. LA LIBERALIZACIÓN DE SECTORES EN ESPAÑA	175
1. Nota inicial y de comparación	175
2. Un intento de construcción sobre el significado jurídico de la liberalización en España	182
2.1 Datos sobre las causas que promovieron la corriente liberalizadora en la UE	189
3. El nacimiento y cimentación de las privatizaciones en España	192
4. La constitución económica española y la privatización	198
5. La transformación de las intervenciones prestacionales de las administraciones públicas españolas y la liberalización. Especial referencia a los SIEG	205
CAPÍTULO IV. LA LIBERALIZACIÓN DE SECTORES EN PERÚ	218
1. La transformación de la intervención prestacional de la administración pública peruana	216
1.1. El impacto de la subsidiariedad horizontal en la cuestión analizada. Avances, excepciones y cobertura a otros institutos	225
1.2. Los servicios esenciales como categoría estelar en el derecho administrativo prestacional peruano	232
1.2.1. <i>Definición y clases de los servicios esenciales peruanos</i>	243
1.2.1. <i>Breves apuntes sobre los servicios universales peruanos</i>	252
2. Antecedentes y el sentido jurídico de la liberalización peruana de los noventas	260
3. Los institutos incluidos en la liberalización peruana	271

3.1.	La <i>desregulación</i> estricta	273
3.2.	La <i>neo-regulación</i>	277
3.3.	La <i>privatización</i> de empresas estatales	283
CAPÍTULO V. EL SURGIMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN REGULATORIA EN PERÚ		294
1.	Nota introductoria	294
2.	Antecedentes y nacimiento de los organismos reguladores peruanos	300
2.1.	Una categoría para los organismos reguladores	306
3.	Los organismos reguladores nacieron y continúan como cuasi-independientes	311
4.	El primer orden competencial de los reguladores	319
5.	A modo de cierre: Un ejemplo de organismo regulador en la sombra	324
CONCLUSIONES		333
BIBLIOGRAFÍA		338

RESUMEN

La presente investigación denominada: "el principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el Derecho Peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria" se compone de tres partes esenciales y relacionadas entre sí. Una primera referida al estudio de la subsidiariedad en su vertiente social desde sus bases generales, la posterior introducción al país y su consecuente aplicación definitiva en sectores específicos (en el presente trabajo se revisarán dos puntuales referidos al sub-sector eléctrico y la asistencia sanitaria). En la segunda parte se estudia una de las principales consecuencias de la subsidiariedad horizontal o social, esto es la aparición de la liberalización de sectores o campos de actuación, lo cual implicó la devolución de ámbitos y actividades diversas a los privados (y al propio mercado), aparejado a una extinción constitucional de los espacios o ámbitos reservados normativamente al Estado. Finalmente la última gran sección versará sobre la aparición de la organización administrativa regulatoria peruana, siendo este segundo fenómeno un producto directo de la transformación de los roles de las administraciones públicas frente a la irrupción del protagonismo de las personas, promovido por y desde este principio constitucional.

A lo largo del trabajo se utilizarán fuentes jurídicas esencialmente peruanas, pero sin descuidar la aparición de ciertos datos de doctrina y jurisprudencia comparada, (principalmente española). Estas últimas fuentes se usarán -con mayor énfasis y por evidentes razones- en el tercer capítulo referido a la liberalización española de sectores.

Finalmente, los cinco capítulos de esta memoria doctoral son los siguientes:

- a) Los conceptos básicos acerca del principio de subsidiariedad.
- b) La práctica efectiva del principio de subsidiariedad social en la realidad peruana.

- c) La liberalización de sectores en España.
- d) La liberalización de sectores en Perú.
- e) El surgimiento de la organización regulatoria en Perú.

INTRODUCCIÓN

La expresa inclusión del *principio de subsidiariedad* en la vigente CP promulgada en el año 1993, tanto en su vertiente social como en la territorial¹, produjo cambios esenciales en la vida de los ciudadanos de este país sudamericano (a partir de colocarlos en el papel directo de protagonistas de la realidad y como nuevos destinatarios de una renovada división territorial del poder). Así, de un día para otro, en medio de un proceso constituyente muy polémico producido como consecuencia de un autogolpe de Estado, la subsidiariedad entró realmente a la vida de los peruanos y se convirtió en un ancla conceptual que comporta las "*exigencias básicas para la conformación misma de la actividad y de la organización de los poderes públicos*"².

En paralelo, el alcance extenso del principio se entremezcló con una clara tendencia *despublificadora* que aparece en la Constitución demostrada en un claro retroceso de las modalidades e intensidad de la intervención pública (por ejemplo la prohibición sobre la intervención empresarial libre de las organizaciones administrativas producidas por efectos de la propia subsidiariedad social); sumado a un evidente espíritu humanista que coloca a la persona como "*el fin supremo de la sociedad y el Estado*" (ver el artículo 1 de la CP)³.

¹ Al respecto, es necesario tomar en cuenta las principales normas constitucionales peruanas que reconocen las dos variantes del principio de subsidiariedad. Por un lado, acerca de la *subsidiariedad social* el artículo 60 de la Carta Magna preceptúa que solo "*autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*". En segundo lugar, sobre la *subsidiariedad territorial*, sin perjuicio de una serie de normas constitucionales que otorgan y garantizan la máxima autonomía a favor de las organizaciones administrativas descentralizadas (Gobiernos Regionales y Municipalidades), se debe revisar la importancia dada a la descentralización administrativa en el artículo 188 de la CP, en tanto, se le cataloga como "*una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales*".

² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (2010: p. 1276).

³ El profesor peruano L. Castillo señala que esta norma esencial de la CP supone un mandato de vinculación positiva que implica "*una verdadera conciencia constitucional y de un sincero compromiso con la promoción de los derechos constitucionales de la persona*". CASTILLO CÓRDOVA (2004: p. 113).

Cabe señalar que estos cambios se profundizaron a través del despliegue de otros institutos tuitivos o de mandatos de aplicación efectiva recaídos bajo el ámbito de la dos vertientes del mencionado principio. Así, en primer término el Constituyente implanta las *autonomías* de las organizaciones administrativas territoriales como medios de protección real de la descentralización administrativa. A su turno, bajo la subsidiariedad social obliga al Legislador, tras la necesidad de facilitar y "*vigilar la competencia*" o de protección del "*interés de los consumidores y usuarios*" (ver los artículos 61 y 65 de la CP), a producir normas legales para crear y desarrollar una innovadora fórmula organizacional de entidades administrativas denominada *organización regulatoria*, la cual se puso en práctica para afrontar un conglomerado de relaciones jurídicas que tienen una diagramación triangular (pues en éstas participan las mencionadas administraciones públicas, los prestadores empresariales de diversos servicios regulados y los correspondientes usuarios).

Ahora bien, vale señalar que esta tesis sólo se ocupará de una de las vertientes del principio en cuestión, teniendo como objeto principal la indagación sobre los conceptos de la perspectiva *social* u *horizontal* de la figura, quizás la que más discusión y trabajos de doctrina ha producido en el Derecho peruano. Más aún, si es la modalidad de la subsidiariedad que presenta mayores dosis de importancia, pues ha sido presentada en nuestro país como el eje central⁴ de la llamada cláusula del Estado social⁵, situándola de cara a la administración pública como la figura que limita sus potestades habilitadas en cualquier ámbito, a fin de permitir y garantizar "*la mayor libertad posible de los ciudadanos y, por otro, atender las disfunciones que en el ejercicio de esa libertad puedan ocasionarse*"⁶.

⁴ ABRUÑA PUYOL (2010: p. 147) indica claramente que el principio de subsidiariedad es la "*plasmación concreta del Estado social*".

⁵ Las cláusulas sobre el Estado de Derecho, el *Estado Social*, el Estado Democrático y Estado Descentralizado son fórmulas metodológicas usadas por el profesor español SANTAMARÍA PASTOR (1988: pp. 220 a 236) destinadas a sintetizar y acometer la enseñanza acerca de las relaciones entre la Constitución y la Administración Pública.

Estas mismas cláusulas han sido recogidas por un sector relevante de la doctrina peruana para estudiar de manera minuciosa el Estado social, Democrático de Derecho reconocido en nuestra Constitución, presentando además las vinculaciones y efectos que esta macro figura produce sobre el sujeto denominado Administración Pública.

Vid. en la doctrina peruana es interesante revisar a ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (2005: pp. 53 a 56).

⁶ ABRUÑA PUYOL (Op. cit, pp. 147-148).

Como se notará, la subsidiariedad social tiene un ámbito muy superior a la mera realidad económica (a pesar de existir algunas posturas de doctrina y resoluciones puntuales que alientan el reduccionismo de la figura). La subsidiariedad es un principio que, sólo en esta perspectiva como correctamente preceptuó nuestro TCP⁷, tiene la virtualidad de diagramar las relaciones entre el individuo y su entorno social; la relación que tiene con la legalidad (separando la vinculación al derecho por la naturaleza del destinatario)⁸ y la nueva construcción y existencia de los poderes públicos del Estado (y entre ellos a las propias administraciones públicas), alentando las apariciones, despliegues y correctas intervenciones en donde se les necesite, pero redefiniendo y racionalizando sus concretos "papeles e importancia", porque todo ejercicio de potestades públicas o cualquier modalidad de actuación de los primeros no dejan de ser medios para la "*defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad*" (ver el citado artículo 1 de la CP).

Sin embargo, a pesar de estas esenciales consecuencias, considero que el efecto más importante que produjo la aplicación de la aludida figura constitucional es el radical cambio del entramado de relaciones e intercambios mantenidos entre los ciudadanos y distintos poderes públicos del Estado. En pocos años, se pasó de una casi total *publicación* de la vida social y económica (principalmente demostrada en las técnicas prestacionales que se utilizaron por mucho tiempo por parte de nuestras organizaciones administrativas y el enorme grupo de empresas públicas existentes antes del año 1993), con una indudable primacía estatal que concentraba un gran "*poder material, económico, tecnocrático, científico y (...) asumía un protagonismo dirigente sobre una sociedad que adoptaba una posición pasiva*"⁹; para llegar de súbito a una situación actual de privados que se han convertido en protagonistas e impulsores de sus destinos (y del indudable avance económico y social

⁷ STCP, recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC, de noviembre del 2013, F.J. 21.

⁸ Desde el Derecho español, como bien indica el profesor LÓPEZ-MUÑIZ existe vinculación entre la subsidiariedad horizontal y la legalidad aplicada sobre las personas y los poderes públicos, pues "*aunque el artículo 9.1 parezca someter a todos por igual a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Es algo generalmente asumido que la vinculación de los sujetos privados al ordenamiento es solo negativa y extrínica (...) mientras que los poderes públicos siempre necesariamente positiva, intrínica*". MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1299).

⁹ ESTEVE PARDO (2014: p. 55).

que ha tenido el país).

Si se quiere, durante los últimos veinte años la subsidiariedad desde su perspectiva social, se convirtió en el gran marco conceptual bajo el cual se transformaron las libertades y derechos de las personas, estableciendo un régimen de relaciones "*entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial*"¹⁰.

Todos estos conceptos antes reseñados permiten mostrar la riqueza de la cuestión y principal objeto de la memoria que presenta el suscrito, apareciendo como una verdadera figura de cobertura que permite la aparición, explicación y puesta en actividad de otras técnicas y fenómenos. Es por esto, que el estudio de la subsidiariedad horizontal o social tiene la ventaja indudable de ser dúctil y permitir el enlace con otros análisis jurídicos de institutos aparecidos durante el inicio de los años noventas. En este trabajo me ocupare de sólo dos de ellos, quizás las figuras que deben considerarse como las consecuencias de mayor relevancia o envergadura aparecidas a la luz del citado principio, esto es: la liberalización de sectores y el surgimiento de la organización administrativa regulatoria. En ambos casos, estamos ante *objetos secundarios* de la tesis que intentan cerrar un círculo para el lector sobre algunos datos relevantes que hasta el día de hoy se mantienen en el derecho peruano. A continuación unas líneas de introducción sobre ambos fenómenos.

En primer término, la devolución de varios sectores económicos y sociales a los particulares (con la consecuente eliminación y desaparición de la declaración legislativa conocida como *publicatio* y la técnica de los servicios públicos en estricto), lo cual comúnmente se conoce como el fenómeno de la liberalización, constituye una nueva forma de intervención pública en la economía, que no sólo ha de transformar el término y concepto del servicio público (hasta su casi extinción), sino que suma importancia a la discusión sobre la cobertura y la garantía de acceso de determinadas prestaciones con tarifas y costes accesibles a quienes

¹⁰ STCP, recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC, de noviembre del 2013, F.J. 19.

tienen menores ingresos en todos los lugares donde se necesita, así como los mecanismos financieros y económicos que puedan hacer esto posible.

Debe agregarse que en Perú este fenómeno, por lo general se acompañó de la privatización o concesión como técnicas administrativas que permitieron obtener una participación de operadores privados dentro de un mercado competitivo en igualdad de condiciones, estableciéndose de esta manera ciertos marcos atractivos o de fomento a la inversión privada. Esto último generó también el espacio para nuevas fórmulas de estudio sobre la contratación pública (todas desconocidas y sin fuentes jurídicas hasta antes de la aparición de la liberalización).

En cualquier caso, es posible afirmar y esto defenderé en las secciones pertinentes del trabajo, las intervenciones de las organizaciones administrativas competentes no fueron ajenas a estos cambios estructurales e institucionales que se produjeron en el país durante el final del siglo pasado, por el contrario éstas tuvieron el deber de adaptarse y ser partícipes de los nuevos vientos, centrando muchos de sus esfuerzos en la implantación de la regulación frente a la aparición de los servicios esenciales (como nueva técnica prestacional), la ejecución o el control mediante potestades regulatorias de los contratos de concesión (de servicios o de obras de infraestructura pública), o la imposición de las "extrañas" obligaciones de servicio público a muchos de los operadores que intervienen en el mercado liberalizado en régimen de competencia regulada, entre otras cuestiones.

En segundo término, siendo una situación que también es compartida por varios países, la propia liberalización de sectores ocasionó no sólo cambios sobre quienes prestaban "el servicio", produjo también la irrupción de una nueva "estructura organizativa" que ni brinda ni recibe los efectos directos de las prestaciones: las denominadas Comisiones u organizaciones administrativas reguladoras de los servicios (principalmente de aquellos brindados en forma de red). Al respecto, resulta interesante indicar que en nuestro país fue lenta la construcción de este tipo de organización administrativa, debido esencialmente a la

renovación casi integral que sufrió nuestra administración pública a partir de la puesta en vigor de la CP y la propia transformación de nuestro derecho administrativo (que paso de ser rudimentario a uno con un mayor contenido conceptual y sistematización en menos de veinte años; cambios todos que se sucedieron en paralelo y tuvieron como punto importante a la publicación de la LPAG en el año 2001).

En concordancia con lo expresado en el anterior párrafo, debo señalar que desde los propios inicios de los años noventas hasta incluso nuestros días (con la reciente aparición de las "nuevas" organizaciones regulatorias dedicadas a las intervenciones sobre determinados servicios como la educación universitaria y la asistencia sanitaria); siguen surgiendo datos polémicos y no pocas dudas sobre la existencia y alcance de la *administración pública regulatoria* (como por ejemplo el ejercicio correcto de sus potestades sancionadoras, los reguladores en la sombra, las diferencias entre la potestad de inspección y la citada sancionadora, el alcance y control judicial del acto administrativo de contenido regulatorio, etc.); tanto que es posible afirmar que estamos ante un fenómeno de contenido aún abierto.

A partir de estas consideraciones, es posible justificar que las diferencias de estas nuevas administraciones públicas no se encuentran tanto en su componente funcional, pues todas se encuentran habilitadas y en pleno uso de las potestades clásicas (estudiadas largamente en el derecho administrativo), sino más bien en el dato *organizacional* puesto que para salvaguardar el interés público y afrontar de mejor manera la promoción, control, vigilancia y corrección de las disfuncionalidades de los derechos y libertades de dos privados muy diferentes (prestadores y usuarios), estas entidades administrativas gozan de ciertas protecciones otorgadas por el Legislador tales como un nivel de cuasi-independencia respecto del Gobierno de turno (condiciones que por cierto no tienen otras administraciones públicas incardinadas en el Poder Ejecutivo).

Al respecto, según lo demostraré en la parte pertinente, estas organizaciones administrativas son "entes" separados del poder de turno;

por ende aislados (y protegidos) frente a éste y sus eventuales miembros. No obstante, que en el ordenamiento peruano por razones particulares de control político a ser practicadas por el Congreso de la República, siempre se reconocen *adscripciones* respecto de un específico Ministerio en las correspondientes leyes de creación de las entidades regulatorias. Sin embargo, esta técnica organizativa en nada desdeña el alto nivel de autonomía funcional, económica y administrativa de cada organización, la cual se encuentra protegida no sólo por declaraciones del Legislador, sino y esencialmente, por las garantías de selección, composición y protección del desempeño de los integrantes que forman parte de sus respectivos órganos de gobierno; condiciones todas que permiten actuaciones con niveles probados de objetividad, neutralidad y especialización técnica requeridas en los diversos asuntos puestos bajo su competencia y responsabilidad.

Por otro lado, en una situación que es compartida con otros países del mundo hispanoamericano, es importante señalar que todas estas organizaciones administrativas nacen en una misma época (casi durante la misma década). Así, por ejemplo en España aparecen por primera vez en 1994 con la ley 40/1994 que crea la primera Comisión reguladora española en la electricidad (más adelante pasaría a ser la Comisión Nacional de la Energía). Algunos años después durante el año 1996 con la expedición del Real Decreto-Ley 6/1996, se creó la segunda organización regulatoria de este país denominada Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. A su turno, en Perú el surgimiento de estas entidades se adelanta a la vigencia de la CP, pues entre los años 1991 y 1992 aparecieron varias administraciones públicas que tienen las características y rasgos antes descritos, pudiendo indicarse como ejemplos modélicos a las creaciones sucesivas del OSIPTEL y la SUNASS, y algo más alejado al reputado INDECOPI.

Estos hechos, además del análisis de otros datos que se profundizarán en el trabajo, terminan por abrir el espacio para discutir y fundamentar una posible nueva *cláusula del Estado regulador*, en tanto, siguiendo al profesor LAGUNA DE PAZ, en ésta se combinan la intervención del legislador y de las administraciones públicas competentes en pos de

asegurar derechos de diversa índole, prevenir, acometer e internalizar en los prestadores los daños generados por las actividades económicas, la racionalización del uso y disfrute de todo tipo de bienes públicos y el establecimiento de un sistema institucional adaptado a cada realidad nacional, sin modificar ni afectar el molde tradicional del derecho administrativo¹¹, y a través de "*poderes de distinta naturaleza: normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores*"¹².

Las explicaciones brindadas en esta nota introductoria permiten no sólo presentar la importancia y actualidad de los temas propuestos, sin menospreciar que éstos aparecieron en una reciente etapa histórica peruana llena de claroscuros. Pero, más allá de estos datos, su análisis tiene una finalidad última, referida a estudiarlos siguiendo una "*idea ordenadora*"¹³ como figuras especiales incrustadas en otras, que sin perder su naturaleza jurídica propia siempre pueden ser juntadas como piezas de una figura de más extensión conceptual, y así ser luego reconducidas y asumidas en categorías generales. En otras palabras, pretendo aplicar la tesis divulgada en nuestro idioma por SCHMIDDT-ASSMANN bajo la cual es posible hacer un verdadero sistema del derecho administrativo, para "*tratar de identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los sectores especiales, siempre en continuo movimiento*"¹⁴.

Así, me parece absolutamente necesario que los tres institutos estudiados puedan ser vistos en conjunto y bajo la idea de fundamento y consecuencias, en la medida que la liberalización de sectores y la aparición de entidades regulatorias se produjeron y sostienen hasta ahora en base a los efectos que produjo la subsidiariedad social; sin embargo todas estas figuras terminan siendo parte o involucrándose dentro de la cláusula del Estado social y la propia CE. En suma, la unidad de revisión permite no perder de vista la singularidad de estos

¹¹ LAGUNA DE PAZ (2016: pp. 35-37).

¹² LAGUNA DE PAZ (Op. cit, p. 34).

¹³ SCHMIDDT-ASMANN (2003: p.2).

¹⁴ SCHMIDDT-ASMANN (Op. cit, p. 2).

conceptos de derecho administrativo especial (económico), sin dejar de asumir que son nociones que pertenecen o se interrelacionan con una construcción general y el propio sistema de derecho administrativo general, siendo estos últimos los que las reconducen y muestran un camino para eliminar los excesos y omisiones del particularismo o la perspectiva estanca (de la que han hecho gala cierto sector de la doctrina peruana y algunos precedentes provenientes de las propias administraciones nacidas luego de la liberalización). De esto daremos cuenta en su momento durante los primeros capítulos de la presente memoria.

Dicho esto, es necesario indicar que este trabajo se encuentra dividido en tres partes bien marcadas, cada una de ellas referida a los respectivos institutos jurídicos que ya se han planteado en líneas anteriores, siguiendo el orden de presentación que a continuación se indica: (i) los estudios sobre la teoría general del principio de subsidiariedad social u horizontal, (ii) los estudios sobre la liberalización de sectores, y, finalmente, (iii) el análisis único sobre el surgimiento de la organización regulatoria en Perú.

A continuación, dos de estas tres partes tendrán capítulos que merecen ser resaltados. En primer lugar, la parte inicial del trabajo tendrá dos capítulos denominados de la siguiente manera:

- a) Los conceptos básicos acerca del principio de subsidiariedad.
- b) La práctica efectiva del principio de subsidiariedad social en la realidad peruana.

La segunda parte referida a la liberalización de sectores es la sección de la tesis incluye un capítulo entero dedicado a esta materia en el derecho español, con lo cual, es la sección del trabajo que tiene la mayor cantidad de datos comparados. En cualquier caso, esta parte queda dividida en los siguientes dos capítulos:

- c) La liberalización de sectores en España

d) La liberalización de sectores en Perú.

En todas los capítulos de la memoria se utilizarán fuentes y doctrina peruana, pues es una investigación que intenta mostrar el estado de la cuestión, criticar posturas y presentar algunas explicaciones o soluciones que resulten útiles para el derecho administrativo de este país; sin embargo, dada la directa relación del nacimiento de estos institutos con una serie de sucesos internacionales acaecidos a partir de la década de los ochentas del siglo pasado y, adicionalmente, que muchos de nuestros conceptos han terminado asumiendo nociones de derecho comparado (principalmente del derecho administrativo español), siempre es posible tomar en cuenta -de manera reflexiva- algunas de éstas. Por eso la inclusión de un capítulo entero dedicado a la liberalización española. Por tanto, no es un trabajo que busca comparar por una mera labor mecánica o de llenado de espacios, sino para encontrar respuestas posibles para el derecho peruano, y esencialmente para cumplir con las siguientes cinco finalidades:

- 1) El primer objetivo es introducir el concepto jurídico pertinente de la subsidiariedad social y como éste, desde un patrón común y de origen constitucional, se despliega en los diversos sectores de la realidad (aunque siempre defendiendo y planteando directamente el protagonismo de los privados). En concreto, se trata de ofrecer una visión general, que expurgue algunos excesos de parte de la doctrina, jurisprudencia y otras fuentes peruanas, a fin de entender el instituto en su justa y real configuración conceptual.
- 2) El segundo objetivo consiste en determinar las especificidades aplicativas del principio de subsidiariedad social, puesto que su introducción en sectores económicos u otros de contenido social no siempre es igual. En muchos casos, siempre esta figura deberá utilizarse a la par de otros principios también constitucionales (pero que tienen un ámbito particularizado respecto de determinados sectores de actuación).
- 3) En tercer lugar, se buscará la justificación de la naturaleza de concepto base (o de cobertura) que tiene la subsidiariedad social

respecto de otros fenómenos en el derecho administrativo peruano, principalmente frente a la mencionada liberalización o devolución de sectores a los privados, y en segundo orden, en referencia a la necesaria aparición de las organizaciones regulatorias peruanas indispensables para intervenir en el régimen de competencia regulada.

- 4) En cuarto lugar, se busca explicar de manera particular y con un claro énfasis comparado, la liberalización de sectores de fuerte contenido prestacional y sus consecuencias jurídicas. Principalmente reflejadas -entre otras- en la lenta desaparición de la técnica de los servicios públicos en estricto, la irrupción del servicio esencial y la imposición de obligaciones de servicio público.
- 5) La quinta finalidad es buscar presentar el estado de la cuestión sobre la aparición y despliegue de las organizaciones administrativas regulatorias peruanas, las mismas que desde sus responsabilidades y ejercicios competenciales permiten la construcción de la llamada cláusula del Estado regulador. Todo esto siempre a la luz de la citada subsidiariedad social.

Presentada la síntesis de todas las cuestiones jurídicas de la memoria doctoral presentada por el suscrito, quisiera dedicar unas breves líneas para agradecer a todas las personas e instituciones que permitieron su culminación. En primer lugar, quiero mostrar gratitud a mi familia nuclear: mi esposa Claudia, mis padres y hermanos, todos ellos siempre me han alentado para dar por terminada esta aventura iniciada hace algunos años atrás. En segundo lugar quiero dar las mayores muestras de aprecio a todos los profesores y compañeros del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, quienes desde el primer momento ayudaron en mi formación y término de este trabajo, principalmente quisiera resaltar la participación y ayuda de los señores Catedráticos D. José Bermejo Vera (mi director de tesis doctoral), D. Fernando López-Ramón, D. Jose M. Gimeno Feliú y D. Gerardo García-Alvarez, de quienes aprendí mucho en estos años de preparación. Por otro lado, no puedo dejar de mencionar la ayuda y aliento de los profesores D. Antonio Abruña y D. Víctor Baca, profesores y colegas de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Por último, no quiero olvidar la ayuda e inmensa colaboración académica de los profesores peruanos D. Jorge Danos, D. Mirko Maldonado, y de mi querido amigo y académico zaragozano D. José M. Recio, sin quienes no hubiese sido posible dar por cerrado el texto final de este trabajo.

En San Borja, ciudad de Lima, marzo del 2017.

"Por importantes que sean las obras públicas y grandes los intereses que representan no constituyen una excepción a las Leyes económicas del trabajo humano: progresan con la libertad, se paralizan con los sistemas restrictivos, y en la industria privada y en la asociación libre estriban su porvenir y su engrandecimiento. Pero en este ramo de la actividad social, como en todos los restantes, hay épocas sucesivas, hay estados transitorios, hay momentos, en fin, que deben conocerse y estudiarse, para acomodar a ellos las reformas, convirtiendo de esta suerte en hecho la idea y en realidad la teoría de la manera más rápida y segura. El monopolio del Estado representa de hecho el primer periodo de las obras públicas en la Europa moderna: el Estado es, en efecto, en dicho periodo, la única fuerza creadora de estas inmensas máquinas industriales que envuelven en una red de hierro a toda una nación, que rompen un istmo, que contienen un mar, que iluminan quinientas leguas de costa: él construye, pero no deja construir; de la misma manera que enseña y no permite enseñar, que da crédito y anula o limita el de los particulares, que mantiene un culto y da un Dios, y sin embargo no tolera ni otros dioses ni otros cultos que a los suyos hagan competencia. Es éste el momento del absolutismo gubernamental, es la concentración de todas las fuerzas en la unidad, es, por decirlo así, el panteísmo administrativo (...) En oposición a estas restricciones en que el Estado se encierra, la industria privada, la acción libre del individuo, hallarán todas las facilidades compatibles con sagrados derechos que la Administración no puede en modo alguno sufrir que se atropellen.

Cuando una persona, una sociedad o una empresa se proponga construir cualquier obra de las que se comprenden bajo la denominación de públicas, y no pida al Estado auxilio alguno, ni invoque el derecho de expropiación, sea cual fuere la importancia de dicha obra, el Estado no debe intervenir en ella (...)"

Preámbulo del Decreto-Ley sobre obras públicas españolas de 14 de noviembre de 1868.

CAPÍTULO I. LOS CONCEPTOS BÁSICOS ACERCA DE LA SUBSIDIARIEDAD

1.

1.1. ANTECEDENTES REMOTOS DE LA SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad tiene fuentes diversas y antiguas, que pueden rastrearse en las diversas etapas de "*la historia del pensamiento sobre la sociedad*"¹⁵, apareciendo ciertas cuestiones desde las antiguas concepciones filosóficas propugnadas por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino hasta llegar a la formulación de varios conceptos básicos durante la irrupción del liberalismo anglosajón representando principalmente por LOCKE y STUART MILL¹⁶.

Todos estos datos representan una acumulación de antecedentes que necesitan de una obligatoria depuración para ser considerados de relevancia jurídica, pues aparecen mezclados con posturas económicas, de filosofía política, posicionamiento estatal y de la misma sociedad, y por supuesto de revalorización de la libertad personal y los derechos subjetivos. Pero soy claro, esta memoria doctoral no busca presentar los antecedentes remotos de manera detallada, sino tan sólo reseñarlos brevemente, por eso antes de la relevante sistematización de la noción ocurrida durante el siglo XX, si vale tomar en cuenta las posturas liberales que presentaron un notorio avance en presentar a la persona y sus derechos como de naturaleza principalísima y presupuestos frente al Estado y la sociedad¹⁷.

Tampoco creo que sea relevante tomar en cuenta alguna postura etimológica de la palabra¹⁸, pues como bien comprobó el profesor RODRÍGUEZ-ARANA (apoyado en bastante datos de doctrina), es un término ambivalente que puede implicar y justificar múltiples sentidos, diluyéndose estos significados en el Derecho si es que no se identifica o indica los sujetos o las exactas finalidades de auxiliar o que aparecen tras las acciones de ayudar o subsidiar. Es más, la ambivalencia de la subsidiariedad se agrava si se estima que "*es una técnica económico política, una forma de organizar constitucional y administrativamente los*

¹⁵ Según lo planteado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1277).

¹⁶ Los rastros de estas posturas filosóficas pueden ser repasadas en el trabajo de ASTORGA SEPÚLVEDA (2006, pp. 251-257).

¹⁷ ASTORGA SEPÚLVEDA (2006, pp. 254-256).

¹⁸ Una importante revisión de este criterio en CHANG CHUYES (2015: pp.135-136).

*Estados; es, además, una ideología política que podíamos llamar "marco", donde cabrían numerosísimas variables ideológicas, y por tanto proyectos políticos concretos; pero en último término, en su esencia, es consecuencia de una concepción de la persona humana y de la sociedad que pone en ellas su máxima confianza"*¹⁹.

Por eso se debe recurrir a los antecedentes con mayor incidencia en la formación jurídica en el instituto. En primer término, son importantes las señaladas posturas liberales, las cuales sea para legitimar la actuación del Estado liberal o para mantener su existencia, lograr ciertos objetivos sociales, atender lo requerido por los individuos libres o incluso inmiscuirse en su esfera más íntima, siempre se establecieron la perspectiva de que cualquier actuación estatal debía contar con la condición previa de ser *subsidiaria*²⁰. En la misma línea, BOIXAREU ha rastreado algunas raíces de la figura en los escritos de PROUDHON (en virtud de la influencia de los empiristas ingleses como los citados LOCKE o HUME y los enciclopedistas franceses como VOLTAIRE, HELVETIUS y particularmente DIDEROT), incluso asume ciertos rasgos de la figura en formación en los escritos del personalismo de MOUNIER²¹.

De todos estos antecedentes remotos debe quedar claro que hasta terminadas las tres primeras décadas del siglo XX no podía considerarse que la subsidiariedad era un principio relevante, menos que tenía un contenido específico que permitiera sujetar y delimitar los roles de la autoridad pública frente las personas, demostrado esto en la falta de una construcción totalmente vertebrada. Tampoco existió una acentuada discusión jurídico-política en la doctrina, aunque valgan verdades es claro que sus profundización y mejora conceptual resulta reciente, encontrándose adaptada a la búsqueda de soluciones y planteamientos "*frente a los reclamos realizados por el estado liberal*

¹⁹ RODRIGUEZ-ARANA (1998: p. 750).

²⁰ STEIN (1995: p. 72).

²¹ Ver las alusiones planteadas por BOIXAREU CARRERA (1994: p. 774).

moderno"²²

Sin embargo, resulta importante indicar que existieron excepciones a esta pérdida de importancia (jurídica), ya en diferentes aparecieron algunos reflejos normativos y una solitaria aplicación (en su modalidad territorial) en algunos sistemas comparados, aunque con alcances esporádicos o muy limitados. A continuación veamos algunos ejemplos puntuales ocurridos en el derecho español del siglo XIX y a la luz de la aparición del federalismo.

La exaltación de la subsidiariedad que impulso el movimiento revolucionario de septiembre de 1868 en España, supuso un pequeño tramo histórico en el cual esta figura tuvo pleno auge y reconocimiento positivo a partir de un cariz completamente reformista y liberal (demostración normativa de esto es el preámbulo de la norma reseñada al inicio de este capítulo). Así, en palabras de L. MARTIN-RETORTILLO, el posterior Gobierno provisional aprobó algunas normas inspiradas en ideas bastante antiguas de la subsidiariedad y que denotan una constante marcada por *"los siguientes elementos: a) Consideración unánime del Estado anterior a la Revolución —y digo el Estado y no el Gobierno, nótese bien como una organización absolutamente arbitraria, injusta y opresora. b) Decisión firme de superar esa situación. c) Pero no de superarla de cualquier manera, sino desmontando todo el aparato existente. d) Este deseo de desmontar el Estado incide y se refleja en todos los aspectos administrativos, pues no en balde lo administrativo es concreción muy directa de los previos planteamientos políticos. e) Esta operación de desmontar los mecanismos de funcionamiento del Estado, ¿qué ofrece como opciones positivas? Ofrece, en principio, la creencia de que desaparecida la opresión fluirán del cuerpo social, en perfecta armonía, las diversas fuerzas necesarias para garantizar y desarrollar la vida de dicho cuerpo social"*²³.

Es importante resaltar que una segunda excepción frente a la falta de

²² SCHICKENDANTZ (2001, p. 280).

²³MARTÍN-RETORTILLO L. (1969 p. 10).

práctica jurídica de la naciente figura en fechas anteriores al siglo XX, aparece tras el crecimiento del federalismo, el propio constitucionalismo y el reparto del poder en algunos países puntuales como Estados Unidos o la llamada Confederación Germánica. En estos modelos se divide jurídicamente las competencias entre los Estados y la Federación siguiendo el criterio de que la organización más cercana a los ciudadanos interesados es la que debe tener habilitadas las funciones que importan o atañen a la solución de los concretos asuntos. Por tanto, la autoridad central asume función subsidiaria cuando participa y suple en aquellas cuestiones que, por diferentes razones, no puedan resolverse eficientemente en el ámbito local o más inmediato (en suma porque así lo reclama el interés público).

Particularmente, en los Estados Unidos la descrita subsidiariedad territorial no solo se reconoció en la realidad práctica (sin señalarse su actual nomen iuris), su vigencia apareció y se extendió a la par de la lenta jurídicación de la otra perspectiva social de la figura, pero siempre en la búsqueda de afianzar el federalismo basado en el autogobierno y una dosis potente de cercanía al ciudadano a las organizaciones públicas más próximas²⁴.

En suma la implantación de la subsidiariedad apareció en las sombras (sin ser un instituto configurado directa y efectivamente), detrás del federalismo norteamericano potente que estimula "*el interés del pueblo en los asuntos de su comunidad (...) mantiene la vida política local, educa al ciudadano en la realización diaria del deber cívico, y le enseña que la constante vigilancia y el sacrificio de su tiempo y trabajo propios son el precio que hay que pagar por la libertad individual y la prosperidad colectiva.*

El autogobierno garantiza la buena administración de los asuntos locales, al dar a los habitantes de cada localidad los medios adecuados para controlar cómo se llevan esos asuntos"²⁵.

²⁴ Ver esta posición en GIL-ROBLES GIL-DELGADO (1993: p. 8).

²⁵ BRYCE (1888: p. 466).

Por tanto, en este país siguiendo una tendencia compartida por varios otros del mundo anglosajón, la subsidiariedad sin tener el nombre actual se mostró como uno de los institutos más arraigados "*del sistema imperante si nos atenemos al examen de la realidad económico-social*"²⁶; aplicándose así en sus dos perspectivas desde los tiempos de su fundación como República federalista.

Frente a este recuento de los orígenes, cabe indicar que todo lo descrito se encuentra enmarcado en las dos formas de entender estos antecedentes remotos y de formación inicial de la subsidiariedad, sea siguiendo una fundamentación empírica (de corte más ideológico) o, en segundo lugar de una manera más elaborada, justificándola en la noción de persona (y su posibilidad efectiva de autogobernarse ante la sociedad y los poderes públicos).

En concordancia con lo indicado en el anterior párrafo, el profesor GIL-ROBLES GIL-DELGADO ha planteado que la primera fórmula empirista, de fuerte presencia anglosajona, responde a las ideas pragmáticas de acercar y "*asignar una competencia -siempre que sea posible- al organismo que se halla más próximo, más inmediato, al ciudadano, que confiársela al que, por tener un ámbito de actuación más amplio, no tiene esa inmediatividad*"²⁷. En segundo lugar, la visión personalista pivota sobre el gobierno propio y directo del individual sobre sí mismo puesto que "*no hay persona moral que con más título y mayor eficacia que la persona física sui iuris no tenga eso que, con término corriente, aunque exótico, llaman ahora self-government, y que designaremos, más bien, con el de autarquía; ora signifique esta palabra, también, propio gobierno, ora la suficiencia mayor o menor, pero siempre relativa, con que una comunidad atiende a sus fines y necesidades, usando los medios y recursos propios*"²⁸.

²⁶ CASSAGNE (1996: p. 96).

²⁷ GIL-ROBLES GIL-DELGADO (Op. cit, p. 9).

²⁸ GIL y ROBLES, E. (1961, p. 4).

Vale agregar, como bien resalta el citado GIL-ROBLES GIL-DELGADO estas dos versiones se fusionaron y pueden complementarse de manera real, apareciendo como partes dogmáticas de la posterior noción sistematizada por la doctrina social de la Iglesia Católica durante la primera mitad del siglo XX²⁹. En ambos casos son perspectivas útiles del concepto en formación que plantean de manera correspondiente *"un principio con una raíz profunda, ligada a la misma naturaleza de la persona e independiente, por tanto, de circunstancias históricas concretas y mudables. La segunda destaca sus beneficiosos efectos, tanto en el terreno de la eficacia como en el de la libertad, evidenciando una vez más que nada hay tan práctico como una buena teoría"*³⁰.

Finalmente, durante los tramos anteriores a la tercera década del siglo pasado, el eje del concepto se depuró y aparece planteado bajo la idea sustancial del protagonismo de las personas en sus diversas manifestaciones jurídicas, aunque con una fuerte impronta de autodeterminación y suficiencia extrema (de los individuales), por eso es que exageradamente se concluyó que *"el auxilio social que una sociedad superior presta a otra inferior es solo complementario de la insuficiencia de aquélla, ora por defecto de su capacidad gubernativa, ora por la escasez y falta de recursos; y que cuando el auxilio no tiene estos fundamentos y motivos, no solo es inútil y carece de título, sino que puede ser además nocivo y en todo caso supone una intervención desordenada en la esfera gubernativa de la persona social y un atentado á la autarquía, que deriva de su legítima independencia"*³¹.

1.2. LA SISTEMATIZACIÓN PONTIFICIA DE LA SUBSIDIARIEDAD

Sin perjuicio de los datos brindados en el anterior acápite que ayudaron mucho en el proceso de perfilar la noción, el gran periodo de introducción del nombre actual, orden y sistematización de la subsidiariedad se

²⁹ Al respecto ver GIL-ROBLES GIL-DELGADO (Op. cit, p. 10).

³⁰ GIL-ROBLES GIL-DELGADO (Op. cit, p. 10).

³¹ GIL y ROBLES, E. (Op. cit, p. 5).

produjo al compas de la doctrina social de la Iglesia Católica del siglo XX, obtenida después de un largo periodo de acumulación de "*conocimientos de auténtica filosofía social, formulados además en diálogo implícito o explícito con las corrientes de pensamiento más presentes en este orden en la sociedad del momento (...) Unos conocimientos de filosofía social y política, en suma, que, por su contenido y significación se presentan como identificadores de importantes exigencias del Derecho natural*"³² .

Es así, que diversos documentos oficiales pontificios a lo largo de varias décadas del siglo XX y hasta nuestros días, han ido defendiendo una postura básica de revalorización y concretización de la subsidiariedad como un principio general de organización social y de delimitación de esferas de actuación entre las personas individuales, la célula familiar, la sociedad y los poderes públicos³³. Si se quiere, mediante las encíclicas que señalaremos a continuación y a partir de una serie de datos concretos y muy parcos, se planteó una figura que, sin nacer en la ciencia jurídica, siempre tuvo un contenido muy superior a ésta, teniendo múltiples sectores de impacto (más allá de lo jurídico, económico o social). En lo que nos interesa, es una figura medular y de recojo posterior por parte de ciertas Constituciones que moldea el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas (desde su dignidad), y sus mecanismos de específicas relaciones con otras (de cara a la colectivización de voluntades o incluso las relaciones familiares), con el grupo social en su conjunto y con todos los poderes públicos del Estado (creados luego para servir a los individuales)³⁴.

Ahora bien, siguiendo a SCHICKENDANTZ, debo indicar que si bien "*la noción estaba ya presente en el magisterio social de León XIII al tratar en la encíclica Rerum novarum (...) de las relaciones entre el Estado, los individuos y las sociedades inferiores (familia, sociedades "privadas", etc.), la formulación explícita del "principio de subsidiariedad" (subsidiarii officii*

³²MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, pp. 1278-1279).

³³ Ver las cuestiones indicadas por BOIXAREU CARRERA (1994: p. 774).

³⁴ La misma referencia al origen moderno de la subsidiariedad en la doctrina pontificia puede ser vista en DELCAMP (1994, pp. 33-39).

principium) ingresó en la doctrina social de la Iglesia con la publicación, el 1° de mayo de 1931, de la encíclica *Quadragesimo anno* de Pío X³⁵.

Es más, la relevancia de la subsidiariedad para la doctrina social de la Iglesia Católica se ha mantenido hasta los últimos años, tanto que el Papa emérito Benedicto XVI recalca en su "Caritas in veritate" (números 57 y 58), que el principio es "*expresión inalienable libertad*" y de irrestricto "*respeto a la dignidad humana*", asumiendo que la figura sigue siendo el "*antídoto más eficaz contra cualquier forma de asistencialismo paternalista*"³⁶. Incluso, su antecesor Juan Pablo II en medio de su lucha emprendida contra el comunismo reconoció que la subsidiariedad permite poner una cura contra el Estado totalitario, el cual "*tiende además a absorber en sí mismo la nación, la sociedad, la familia, las comunidades religiosas y las mismas personas*"³⁷.

Pero volvamos a los dos principales encíclicas papales producidas respectivamente en los años treinta y sesenta del siglo pasado, esto es la mencionada "Quadragesimo anno" y la posterior "Pacem in terris". Al respecto, en primer término resulta interesante subrayar que en el contenido de la "Quadragesimo anno" se instaure un respeto por el esfuerzo, las posibilidades de autosuficiencia personal y el carácter subsidiario de toda autoridad social o estatal, puesto que todo aquello que el individual pueda "*hacer por su propia iniciativa y con sus propias fuerzas no debiera sustraérsele ni ser atribuido a la sociedad y que aquello que los entes inferiores puedan realizar y conducir a buen puerto no debiera ser absorbido por los entes superiores, porque toda la actividad social es por naturaleza subsidiaria*"³⁸.

Los términos gráficos usados por este documento pontificio, siempre en clave de las relaciones que deben llevar adelante las personas, las

³⁵ SCHICKENDANTZ (Op. cit, p. 281).

³⁶ Una explicación acerca de estos datos en la encíclica Caritas in veritate puede ser revisada en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1277).

³⁷ Este texto de la "Centesimus annus" puede ser revisado en su numeral 45.

³⁸ STEIN, Torsten, (Op. cit, p. 71).

sociedades menores y la sociedad mayor (el Estado)³⁹ son los siguientes:

*"Y, sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente aquel importantísimo principio que ni puede ser suprimido ni alterado; como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia actividad pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que comunidades menores e inferiores pueden hacer y procurar. Toda acción de la sociedad debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, mas nunca absorberlos y destruirlos"*⁴⁰.

En otro fragmento posterior de esta encíclica, se instituye el nombre actual de la figura, además de incidir en una intervención estatal siempre subsidiaria:

*"Conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia, que de otro modo le serían de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia cuanto a ella sola corresponde, ya que solo ella puede realizarlo, a saber: dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exijan. Por lo tanto, tengan bien entendido esto los que gobiernan: cuando más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función subsidiaria (subsidiarii officii principium) del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social, y tanto más próspera y feliz la condición del Estado"*⁴¹.

Como se habrá notado, el texto de la "Quadragesimo anno" no sólo presenta el concepto actual de la subsidiariedad social, también hace una

³⁹ Ver estas alusiones indicadas por SCHICKENDANTZ (Op. cit, p. 281).

⁴⁰ Este texto de la "Quadragesimo Anno" puede ser revisado en su numeral 23.

⁴¹ Este texto de la "Quadragesimo anno" puede ser revisado en su numeral 23.

certera y diáfana alusión a la figura en su enfoque vertical, planteando directamente un nivel de intensidad y ordenación de relaciones entre las organizaciones involucradas alrededor de la "sociedad mayor". Por eso, se debe aceptar como certeras las reflexiones planteadas por STEIN, en cuanto a que la tendencia de los Estados a inmiscuirse en tareas que pueden ser afrontadas por poderes públicos de alcance territorial más acotado y cercano a las personas, disminuye sus posibilidades, eficacia y "pertuba el orden social". Por tanto, a contrario sensu, el Estado que respeta y ejecuta *"una rigurosa observancia del principio de subsidiariedad reforzaría la autoridad y la eficiencia social. Subsidiariedad significaría (...) asignación de la(s) actuación(es) a la correspondiente instancia inferior siempre que esta la alcancen las fuerzas para la cumplimentación de la tarea propuesta"*⁴².

Por otro lado, a inicios de los años sesenta del siglo pasado, en medio de la guerra fría, con organizaciones supranacionales todavía en plena consolidación y cuando el fenómeno de la integración aún parecía muy lejano, aparece la enciclica "Pacem in terris" del Papa Juan XXIII que reafirma la aplicación efectiva de la subsidiariedad en las dos perspectivas antes formuladas y, a continuación, aumenta el ámbito del instituto para las relaciones de los países surgidas en el orden mundial (extendiendo la inicial perspectiva territorial de corte intraestatal)⁴³:

"Además, así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios, se regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria, es justo que las relaciones entre la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen y rijan por el mismo principio. Esto significa que la misión propia de esta autoridad mundial es examinar y resolver los problemas relacionados con el bien

⁴² STEIN (Op. cit, p. 71).

⁴³ Ver el ámbito objetivo planteado por la "Pacem in terris" en el trabajo de GIL-ROBLES GIL-DELGADO (Op. cit, p. 11).

*común universal en el orden económico, social, político o cultural, ya que estos problemas, por su extrema gravedad, amplitud extraordinaria y urgencia inmediata, presentan dificultades superiores a las que pueden resolver satisfactoriamente los gobernantes de cada nación"*⁴⁴.

A continuación, los términos usados por el documento pontificio son bastante claros en cuanto a una medida de orden y delimitación mutua de las intervenciones y relaciones entre los Estados nacionales y las comunidades u organizaciones de ámbito supranacional:

*"Es decir, no corresponde a esta autoridad mundial limitar la esfera de acción o invadir la competencia de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, la autoridad mundial debe procurar que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada nación, sino también los individuos y los grupos intermedios, puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos"*⁴⁵.

En todas las citas de los documentos pontificios, como ya se habrá notado, se esbozan -desde nociones puntuales- las dos grandes vertientes (y amplios campos de actuación) en los que se desenvuelve este instituto; siendo un presupuesto fundamental e influyente para lo que atañe en este trabajo (es tan determinante estos datos que la posterior recepción constitucional en nuestro Derecho deberá interpretarse y valorarse desde este fundamental rastro histórico, esto es siempre tomando en cuenta el establecimiento y extensión del concepto desde su sistematización pontificia)⁴⁶.

⁴⁴ Este texto de la "Pacem in terris" puede ser revisado en su numeral 140.

⁴⁵ Este texto de la "Pacem in terris" puede ser revisado en su numeral 141.

⁴⁶ El TCP ha hecho eco de esta postura citando la encíclica "Mater et Magistra" de Juan XXIII para justificar el alcance de la subsidiariedad social en el Derecho Peruano. Indica el Alto Tribunal en la citada STCP, recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC, de noviembre del 2013, F.J. 23, que: *"las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se*

En cualquier caso, el reconocimiento efectuado por la doctrina social de la Iglesia Católica, otorgó cobertura suficiente para un posterior avance de la subsidiariedad en el Derecho, sin dejar de ser un concepto poliédrico con posibilidades de aplicación como principio político, económico o filosófico⁴⁷. En ese sentido, las fuentes que plantearemos en el siguiente apartado, demuestran que desde expresas positivizaciones y formulaciones doctrinarias, se abrió paso una lenta independización y juridificación del instituto, si se quiere una conversión mundana de la subsidiariedad; siendo todo éstos procesos continuos y de reciente data que estuvieron destinados a darle viabilidad y práctica regular en varios sectores jurídicos (no sólo en el derecho público).

1.3. EL AVANCE Y RECEPCIÓN JURÍDICA DEFINITIVA DE LA SUBSIDIARIEDAD

A la par y luego de las tesis expuestas en los mencionados documentos pontificios, en muchos países y formas se produjo un progresivo desarrollo jurídico de la subsidiariedad, siempre con un alcance general y extenso (abarcando campos realmente insospechados). El principal elemento que permitió el éxito de este proceso de juridificación es su introducción (y a veces reconocimiento positivo) como un principio general de ámbito nacional y supranacional, aunque con niveles de vinculatoriedad y operatividad distintos en cada Derecho (depende mucho de la jerarquía normativa e intensidad de la recepción en cada ordenamiento). Aunque el ser principio siempre le permitirá la fortaleza de ser fuente por y sobre las normas positivas sobre las que "*representa la razón suprema y el espíritu que las informa*"⁴⁸.

justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que "la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa", y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción." (Encíclica Mater et Magistra. Iter N.º 55)".

⁴⁷ Ver esta característica resaltada por BOIXAREU CARRERA (Op. cit, p. 774).

En concordancia con lo indicado, aunque lo visible y más profundo aparezca en los derechos constitucional y administrativo puesto que fueron los que más estudiaron la subsidiariedad, presentando una mayor recepción de su contenido, lo cierto es que la figura tuvo algún énfasis y éxito en la cimentación de nuevas fórmulas en el derecho civil basadas en la alternatividad entre obligaciones propias de la responsabilidad patrimonial (frente a dos opciones solo se puede escoger una de ellas en defecto de la otra ya usada)⁴⁹, o incluso para ayudar en la formación del principio de la ultima ratio del derecho penal en tanto se deberá obtener "*mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general*"⁵⁰.

Pero volvamos a la relación del derecho administrativo con la subsidiariedad, bajo la cual se cimentó las dos vertientes del principio con la posterior aparición de diferentes institutos secundarios. Por un lado, se abrió espacio en los años posteriores a la encíclica "Pacem in terris" a las ideas de institucionalización y colocación de la libertad como punto de gravitación de los sistemas económicos y sociales en diversos países occidentales (a la par que aparecían sociedades mucho más vertebradas y autoorganizadas⁵¹). En segundo lugar, la globalización, la interrelación entre países de manera acelerada y profunda (incluso con la creación de formas y un derecho internacional público híbrido referido a las inversiones), la descentralización administrativa y la defensa de las autonomías (locales e infraestatales), produjo una acentuación de la perspectiva territorial que presenta a la autoridad política, social o administrativa más próxima al objeto del problema como la encargada de

⁴⁸ DEL VECCHIO (1979: p. 137).

⁴⁹ Sobre los rastros de la subsidiariedad en el régimen de responsabilidad civil puede ser examinado en DIEZ PICASO y GULLON (2012: pp. 313-327).

⁵⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ (2008: p. 14).

⁵¹ Este cambio radical de las sociedades occidentales que se ha acelerado durante las dos últimas décadas puede ser revisado en ESTEVE PARDO (Op cit: p. 55) y ARIÑO (2004: p. 159).

resolver los asuntos conflictivos o inciertos. Veamos a continuación algunos datos.

Así, durante la segunda mitad del siglo XX, es apreciable el importante rol jurídico que ha tenido la institución en su versión territorial en el nacimiento y conformación de la Comunidad Europea. Al respecto, la subsidiariedad tuvo una importante utilización desde la formación de la estructura organizativa comunitaria asignada por parte de los grupos federalistas militantes que buscaban una nueva Europa democrática; en especial en las sociedades asentadas bajo Estados dotados de estatutos de tipo federal o confederal como Alemania o Suiza. Aunque claro, siempre existió una oposición lógica a su práctica, principalmente manifestada por ciertos grupos franceses o incluso en alemanes que menospreciaban su valor⁵².

En ese sentido, como bien apuntó el profesor BARNES, la figura tuvo un carácter reactivo capaz de abarcar sentidos diferentes, casi "*una fórmula mágica con la que redimir tantas cuestiones pendientes. Con ella, sobre todo los Länder alemanes, aspiraban a fortalecer su naturaleza o condición de Estados, cada vez más amenazada por el proceso de integración Europea. Y es cierto que mientras el Gobierno británico invocaba el principio contra Bruselas, los Länder lo hacían contra Bonn; o la Comisión para justificar una mayor intervención cuando fuera necesario (...) y algunos Estados miembros, en fin, parecían alentarlos para sustraerse de sus obligaciones y recabar cómodamente la intervención comunitaria*"⁵³.

Por último, la primera referencia explícita y positivización de los efectos y consecuencias de este principio en las normas comunitarias se encuentran en el artículo 130R apartado 4 del TCEE introducido por el Acta Única Europea. Con arreglo a este precepto, vigente entre el 1 de julio de 1987 y el 1 de noviembre de 1993, se consideró exclusivamente en

⁵² El profesor Barnes recoge la declaración efectuada por el ex-Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán D. GRIMM, el cual presentaba a la subsidiariedad como "*sólo una palabra*". BARNES (1994: p. 50).

⁵³ BARNES (Op. cit: p. 50).

materia medioambiental que *"la Comunidad solo deberá intervenir, actuar o legislar cuando pueda hacerlo mejor que los Estados miembros aisladamente. Es el criterio, en suma, de la mayor eficacia de la intervención comunitaria respecto de la meramente estatal"*.

Posteriormente, el TCE amplió el ámbito de aplicación del principio a varias materias, pero asumiendo una variante específica dentro de la subsidiariedad territorial y con un claro tinte formalista⁵⁴. Es así que través de varias partes o secciones del contenido de este importantísimo Tratado tales como su preámbulo, el segundo párrafo de su artículo A, su segunda disposición común, el multicitado artículo 3B, entre otros, se produce su consagración como *"un principio general de la Unión Europea, que deberá informar la realización de todos sus objetivos, no estando, por consiguiente, su vigencia reducida al campo de aplicación del TCE"*⁵⁵. Sin embargo, esta introducción no deja de tener sus particularidades, al no abarcar todas las cuestiones encerradas detrás del amplio ámbito objetivo del principio, más si la maleabilidad de la figura permitió su adaptación sólo a las relaciones entre la CE y sus Estados miembros, sin pretender entrar al detalle de las relaciones competenciales intraestatales o subjetivas entre integrantes de la nueva organización supranacional, además de no incorporar parámetros o elementos directos tales como el "límite a la intervención pública sobre la esfera privada del individuo (...) ni tampoco atiende a las relaciones que guardan las Corporaciones Locales y las Regiones con los respectivos Estados miembros o con la Comunidad"⁵⁶.

Luego de su reconocimiento positivo y de cierta práctica, la existencia de la figura en el derecho comunitario no ha estado exenta de polémica. Por ejemplo, señala STEIN la existencia de varias reacciones contra la subsidiariedad recogida en el segundo párrafo del artículo A del TCE, en

⁵⁴ Es formalista en razón que la subsidiariedad se expresa como ún método para revisar, asignar y compartir potestades no exclusivas ya atribuidas entre la CE y los Estados integrantes. Ver al respecto BARNES (Op. cit: p. 68).

⁵⁵ BOIXAREU CARRERA (Op. cit. p. 777)

⁵⁶ BARNES (Op. cit: p. 54).

particular con referencia a la imprecisión de la frase “proximidad al ciudadano”. Incluso, esta situación negativa se acrecentó después de la primera derrota electoral del proyecto de Constitución Europea en 2005, apareciendo la alusión de que la subsidiariedad es una palabra mágica para eurofatigados⁵⁷. Pero, claro la mayor dificultad que puede encerrar este principio es si debe ser asumido como uno de naturaleza jurídica o política (esto es muestra de su señalada plasticidad).

Sin embargo, a pesar de estas complicaciones y la vaguedad de las normas, la figura ha sabido sobreponerse como una cabal piedra angular sobre la que se ha fundado y sostiene buena parte del orden comunitario europeo⁵⁸, siendo definido por LÓPEZ-MUÑIZ como "*uno de los principios generales y fundamentales del Derecho comunitario*"⁵⁹. Es más, esta válida calificación se enlaza con su característica de justiciabilidad o jurisdiccionalización, la cual hace posible su invocación y reclamo ante el TJCE. Sobre lo antes planteado, es necesario acudir y revisar la inicial forma de inclusión del principio prevista en el artículo 3B del TCE que aparece planteada en los siguientes términos:

"en los ámbitos que no sean su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los

⁵⁷ STEIN (Op. cit, p. 71).

⁵⁸ Al respecto, un documento de los años noventa de la Comisión de las Comunidades Europeas denominado "La Investigación después de Maastricht: Un balance, una estrategia", señalaba que: "El Consejo Europeo de Maastricht ha establecido un principio guía para la actuación comunitaria: El principio de subsidiariedad. Este principio determina una línea directriz que permite incrementar la selectividad de las acciones comunitarias. Regula la delimitación, crucial desde el punto de vista institucional y político, entre la actuación nacional y la actuación comunitaria. ¿Dónde situar la línea de demarcación? ¿Pueden las acciones comunitarias desarrollarse a voluntad en los ámbitos que no son de competencia exclusiva de la Comunidad? ¿Pueden desarrollarse en cualquier ámbito? ¿Están, por el contrario, ligadas a determinadas exigencias sin las cuales no son admisibles?". Ver esta cita contenida en: "La Investigación después de Maastricht: Un balance, una estrategia", Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 2/92, p. 26. El enlace para descargar el documento citado es el siguiente: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/52860/Suplemento%202-92.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Última revisión 16/02/2017.

⁵⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1284).

efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario".

En cualquier caso, esta concreta norma comunitaria ha servido para superar la idea de la subsidiariedad territorial como mera regla política limitatoria de la intervención comunitaria a aquellos casos en que no basta la actuación aislada de los Estados miembros, presentándola ahora en medio de un debate más jurídico sobre su nivel de justiciabilidad en el que se discute "*los límites de la capacidad de control judicial con respecto a las condiciones de fondo para su aplicación*"⁶⁰.

Por último, como se habrá notado, el principio subsidiariedad territorial sin ser un invento creado en el seno del derecho comunitario, y a veces sin valorarse convenientemente su sistematización pontificia, "*ha sido desenterrado para algunos, para muchos, del baúl trastero gracias a que el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Maastricht, lo ha colocado en un lugar preeminente*"⁶¹.

Presentadas algunas cuestiones propias de la subsidiariedad en el derecho comunitario, cabe plantear consideraciones iniciales sobre el segundo gran proceso de juridificación del instituto. Esto es el inicio del largo periodo de liberalización de sectores producido a partir de los años ochenta del siglo XX, lapso marcado por la exigencia casi universal de la economía de libre empresa y de búsqueda incesante –a veces exagerada y reduccionista– por revalorar al mercado como modelo económico racional en el que compatibilizarían los diversos agentes. Es en este contexto reciente que la subsidiariedad en su vertiente social ha sido colocada como la "*filosofía que preside las grandes transformaciones que caracterizan a este proceso*"⁶².

En ese sentido, este principio desde diversos niveles de reconocimiento y según las particularidades de cada Derecho, ha sido útil para forzar la

⁶⁰ HINOJOSA MARTÍNEZ (2004: p. 798).

⁶¹ RODRÍGUEZ-ARANA (1998: p. 750).

⁶² CASSAGNE (1996: p. 96).

modificación de la situación que había creado y mantenido un acentuado estatocentrismo durante casi todo el siglo pasado (en lo que nos interesa manifestado en repetidas nacionalizaciones y, como no, en la utilización indiscriminada o sin las debidas justificaciones de la técnica de los servicios públicos en estricto). Es así, que en fechas anteriores al proceso liberalizador no solo era común la falta de fomento o la aparición de cuerpos intermedios potentes en las sociedades (que cumplieran roles y responsabilidades frente a terceros), surgiendo en paralelo una gran concentración estatal de prestaciones y poder⁶³ que relegaba a las personas a una posición pasiva⁶⁴; también era claro el desconocimiento abierto y la desjuridificación de la subsidiariedad en su perspectiva horizontal en muchas realidades, cerrándose el paso a su visión equilibrada como un instituto jurídico importante para la "*corrección del puro liberalismo individualista (...) y, a la vez, como un esencial elemento de contención frente a las pretensiones ordenancistas, dirigista y aún totalitarias*"⁶⁵.

Sin embargo, todas estas cuestiones empezaron a transformarse de manera acelerada durante la última parte de la anterior centuria, siempre desde diversas fuentes políticas, económicas, tecnológicas, y -finalmente- jurídicas; enmarcadas y gatilladas por cambios humanos muy profundos (principalmente la caída del comunismo y el fin de la guerra fría). Todas estas transformaciones arribaron a la implantación de la economía de mercado como el sistema hegemónico en el mundo, bajo la cual la "*producción de bienes y servicios no es, pues, el resultado del dirigismo público, sino de la libre iniciativa empresarial en el marco establecido por las leyes*"⁶⁶.

⁶³ El profesor G. ARIÑO señala que a principios de los años ochenta la "*dimensión del sector público en la economía de los países europeos había alcanzado niveles verdaderamente impresionantes (...) casi todos los países de la CEE estaban situados en torno al 50 por 100 del producto interior bruto (destacaba Suecia con cerca del 67 por 100, y Francia, entre el 50 y 55 por 100; Alemania, Italia, Austria y Noruega entre el 45 y 50 por 100, y así sucesivamente*". Revisar esta cita en ARIÑO (Op. cit, p. 344).

⁶⁴ ESTEVE PARDO (Op cit: p. 55).

⁶⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1279).

⁶⁶ LAGUNA DE PAZ (Op. cit, p. 28).

Y sólo en ese marco, en donde además obligatoriamente se deben estrechar las relaciones entre la mencionada economía de mercado y el Estado Social, Democrático de Derecho en pos de la continuidad de ambos y para reconocer, proteger y permitir la permanencia de un régimen de libertad, es que la subsidiariedad social ha aparecido como un principio jurídico sustancial y con múltiples posibilidades de aplicación. Por ejemplo en muchos países latinoamericanos, esta figura ha sido usada como fundamento para reconducir y racionalizar todas las intervenciones prestacionales y económicas de las organizaciones administrativas, creando el esquema certero para que los servicios públicos también pasen por un periodo de transformación, quedando finalmente confinados como una técnica prestacional de carácter residual y cuya práctica se ciñe solo “a aquellas prestaciones vitales de índole económica que no puedan realizarse bajo un régimen de libertad”⁶⁷.

Otra cuestión que se acrecienta y manifiesta la revalorización de la subsidiariedad horizontal, es que en la arquitectura jurídica adaptada a la implantación de los actuales sistemas económicos y sociales siempre se presenta o recoge el principal efecto vinculante de la figura, esto es, el de presentar y mantener a las personas y las organizaciones creadas por éstas (producidas en función del ejercicio de sus derechos constitucionales) como los verdaderos protagonistas de los diferentes ámbitos de la realidad.

En ese sentido, en muchos Derechos principalmente Latinoamericanos, esta consecuencia de la subsidiariedad social se asume y protege jurídicamente desde el más alto nivel (constitucional)⁶⁸, creando luego

⁶⁷ CASSAGNE (Op. cit, p. 96).

⁶⁸ A pesar de esta tendencia, en varios países latinoamericanos por muchos años se retrocedió o incluso desconoció el valor de la subsidiariedad social y el protagonismo de los particulares. Al respecto, puede revisarse el estado actual de la libertad económica y de un antijurídico intervencionismo público en la desfalleciente Venezuela, país en el que se han rotos todos los moldes y principios básicamente comúnmente reconocidos en el vigente derecho administrativo. Así, se ha indicado en la doctrina venezolana que “*debería considerarse contrario a los principios y fines del Derecho Administrativo, más allá de las ideologías y preferencias de cada quien, que el Estado asuma indiscriminadamente la administración de hoteles, la producción de pañales, la organización de festejos o la venta de arepas, mientras que establecimientos estatales de salud, educación, fomento de la*

una serie de conceptos y regímenes legales adicionales ligados a prohibiciones recaídas sobre la intervención económica pública, mecanismos novedosos de auto-regulación, una abierta y (a veces desorbitada) delegación de potestades administrativas de diversa índole, la aparición sostenida de las llamadas administraciones públicas corporativas sectoriales⁶⁹, nuevas formas de relacionamiento entre las organizaciones administrativas y las personas en sus diferentes facetas (mostrada por ejemplo en una lenta desaparición de la autorización administrativa)⁷⁰, una renovada habilitación de potestades clásicas de policía o fomento administrativo pero adaptadas a las nuevas situaciones regulatorias, entre otros institutos que han surgidos en los últimos años.

Pero estos datos de importancia tampoco deben hacernos perder el rumbo. Valgan verdades el principio de subsidiariedad en su faceta horizontal no ha tenido igual importancia o reconocimiento positivo en todos los Derechos, llegando incluso a plantearse una posible supresión. Por ejemplo, en el Derecho español, aunque con alguna fuerte oposición y una reciente postura minoritaria⁷¹, existe una tendencia mayoritaria que reconoce en su CE una delimitación de su sistema económico y social

vivienda, reclusión de privados de libertad o protección del ambiente, al igual que los tribunales encargados de juzgar a la Administración, carecen de recursos y muestran altos índices de ineficiencia, y que los llamados servicios públicos básicos, como agua potable, energía eléctrica, gas, aseo urbano y transporte subterráneo, por sólo mencionar algunos, se presten –cuando se prestan– con inaceptable ineficacia y pésima calidad". Ver esta cita en HERRERA ORELLANA (2014: p. 83).

⁶⁹ Ver las definiciones de este tipo de organización administrativa en nuestro Derecho en la obra de ABRUÑA PUYOL (Op. cit. pp. 190-194).

⁷⁰ ESTEVE PARDO (Op cit: p. 66).

⁷¹ Una postura crítica a esta posición mayoritaria sobre la subsidiariedad horizontal en el derecho español es la de ARIÑO, para quien la co-iniciativa público-privada y la complementariedad resultan siendo tesis erradas recogidas en la CE, puesto que "*la empresa pública, de hecho, siempre actúa en situación de privilegio respecto a la privada (...) Por lo demás, la experiencia de estos últimos años en muchos países (...) ha demostrado que cuando no se respeta el principio de subsidiariedad se fomenta la pasividad y la desidia, se dificulta el desarrollo humano y se emprobecen las sociedades".* Revisar esta cita en ARIÑO (Op. cit, p. 163). Por otro lado, una postura reciente basada en datos del derecho comunitario y tratando de plantear una postura exclusivamente jurídica de re-evaluación de la CE, aparece formulada por el profesor español LÓPEZ-MUÑIZ que presenta a la subsidiariedad como "*la idea rectora (...) en su dimensión fundamental u horizontal".* Revisar esta cita en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1295-1310).

basado en la "*coiniiciativa entre el sector privado y el sector público. Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistémico de los preceptos económicos contenidos en la Constitución. Por tanto, tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia y actuación en plano de igualdad. Por tanto, la Constitución de 1978 viene a sustituir el antiguo principio de subsidiariedad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad*"⁷².

En el mismo orden de ideas, el TSE de ese país resalta estos principios a desmedro de la subsidiariedad social, al señalar claramente que "*se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ambas el mismo rango constitucional*"⁷³.

Este inicial acápite presenta unas bases y desarrollo jurídico interesante de la figura, permitiéndome enmarcar los datos esenciales que -en mayor medida- aparecieron luego en la inclusión de la figura en su perspectiva horizontal en el Derecho peruano. Claro, todo esto sin perder de vista las particularidades de un proceso constituyente que se vivió en un periodo convulsionado y lleno de incertidumbres, después de un severo ajuste económico y en medio de la guerra anti-terrorista de inicios de los años noventas del siglo pasado. En lo que atañe a esta memoria doctoral, esta fase de recepción que se comentará y explicará a continuación se vivió con un Derecho administrativo que, salvo honrosas excepciones, se presentaba oscuro, con escasa científicidad y que desconocía abiertamente los avances y discusiones dogmáticas aparecidas en otras

⁷² GIMENO FELIÚ (1994: p. 159). En esta misma posición, entre muchos otros autores, es importante revisar principalmente a MUÑOZ MACHADO (1980: p. 333-335) y SERRA (1979: p. 362).

⁷³ STS, del 10 de octubre de 1989.

latitudes.

2.

2.1. ¿LA DESCONOCIDA SUBSIDIARIEDAD SOCIAL U HORIZONTAL EN ETAPAS ANTERIORES A 1993?

A pesar de una tendencia casi mayoritaria en el Derecho peruano⁷⁴, debe decirse que el principio de subsidiariedad social u horizontal no puede considerarse como un instituto completamente ajeno a nuestra tradición antes de los años noventa del siglo pasado. Por ende, ni es una figura tutelar puesta a la luz en medio de la liberalización económica y social emprendida en esa década, ni es un descubrimiento neoliberal o de alguna de las concretas fuerzas políticas que participó en el CCD, o, menos, puede estimarse como un invento consensuado presentado por el Constituyente de 1993 (luego de una reflexión motivada que justificó su posterior recepción constitucional). Los datos demuestran un camino completamente opuesto a lo que se ha venido fundamentando en nuestra doctrina jurídica, según lo que sustentaré a continuación.

En este punto, debe prevenirse que la subsidiariedad como concepto

⁷⁴ Dada la conyuntura del autogolpe del 5 de abril de 1992 efectuado por el ex Presidente de la República D. Alberto Fujimori (que llevó luego a la aprobación de la actual CP) y las pasiones encontradas que despierta a favor y en contra entre los ciudadanos del país, mucha de la posterior literatura jurídica producida para comentar la actual carta magna, quedó marcada por un cierto extremismo (ideológico) y que aparece mezclada con muchas posturas políticas. Sin embargo, existen de ambos lados (los críticos mordaces, los moderados y los defensores de la CP), la propugnación casi unánime que la subsidiariedad social es una figura incorporada sólo a partir de 1993 mediante el régimen económico de la CP. Al respecto, a modo de ver del suscrito, los más serios jurídicamente en esta postura son los siguientes autores: ABAD YUPANQUI (2015: pp. 38-39), LANDA ARROYO (2008, pp. 57 y ss), MONTOYA CHAVEZ (2008, p. 71), KRESALJA (2015, pp. 104-151), OCHOA Y KRESALJA (2009, p. 532 y ss), HUAPAYA (2015, pp. 380-396). Aunque no pueda considerarse como un trabajo completamente jurídico, es interesante revisar la propuesta de modificación constitucional presentada por el ex ministro fujimorista BUSTAMANTE BELAÜNDE denominado "Bases para un cambio constitucional" de 1993.

amplio reconoce múltiples variantes, algunas con mayor y menor prensa, pero en todos los casos son una serie de sub-nociones enlazadas unas con otras, que se involucran en único receptáculo centrado en la naturaleza del hombre y su dignidad fundante. Esto ha sido sintetizado por la doctrina más autorizada como "*la primacía absoluta del hombre, de cada persona humana y de su irrenunciable dignidad, con cuantas libertades y derechos ello supone*"⁷⁵.

Un primer punto determinante que apoya la tesis de inclusión antelada de la subsidiariedad horizontal en su vertiente más sustancial, es que el artículo 1 de la Constitución de 1979 estableció por primera vez en nuestro Derecho una directa perspectiva humanista (basado esto en cierta inspiración brindada por el numeral 1 del artículo 10 del CE⁷⁶). Apareciendo así las personas en una posición preponderante y colocación distinta como "*el fin supremo de la sociedad y del Estado*". Este mandato de primacía y fundante luego se irradió hacia todos los campos y sectores, y sobre los hombros de cualquier construcción social o jurídica que aparecieran en el desarrollo infra-constitucional, siendo obligatorios los deberes de "*respetarla y protegerla*".

Este reconocimiento reseñado no ha pasado desapercibido para cierto sector de la actual doctrina constitucional, puesto que al momento de realizar comparaciones entre preámbulos y textos de las dos cartas magnas que nos han gobernado en los últimos treinta y nueve años, salta a la vista para el profesor HAKANSSON (unido con otras nociones como la familia y justicia), una "*exposición más completa con respecto a la primacía de la persona (...) como uno de los valores fundamentales en la vida de una*

Adicionalmente, debe señalarse que ni en la Comisión Principal ni el pleno de la Asamblea Constituyente de 1978 apareció el término subsidiariedad, menos se discutió el concepto del principio (con su dos vertientes antes mencionadas). Ver el diario de debates de la Constitución de 1979 en el siguiente enlace:
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm>
Última revisión recogida 21/02/2017.

⁷⁵ Revisar esta cita en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1305).

⁷⁶ La dignidad presentada en la CE ha tenido posiciones encontradas sobre su naturaleza jurídica (sea como derecho o valor constitucional). Para examinar una construcción sumillada de estas tesis recaídas sobre el numeral 1 del artículo 10 de la CE puede revisarse a BATISTA (2006).

comunidad política"⁷⁷. En su momento, como prosigue el autor nacional, estos valores constitucionales juntos conformaron las concretas "*líneas directrices para una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales, especialmente en su declaración de derechos y libertades*"⁷⁸.

El quid del asunto es que la profunda primacía de las personas se perdió en un texto constitucional sin variantes adicionales de la subsidiariedad social, quedando marcada como una mera declaración retórica sin correlato posterior que enlazará con otras modalidades de la figura (no se pudo construir siquiera su naturaleza jurídica de principio), ni menos con técnicas o institutos de desarrollo infra-constitucionales, pareciendo finalmente víctima de los fracasos jurídicos, económicos y políticos que se sucedieron tras el año 1979, luego del regreso de la democracia al país.

Es más, el resto del articulado de la Constitución de 1979 no era del todo armonioso, apareciendo -en concreto- unas reglas constitucionales económicas divergentes y poco claras que mezclaban figuras tan disímiles como desconocidas para nuestro Derecho tales como el mantenimiento de la igualdad entre la iniciativa pública y la privada, la coexistencia de diversas modalidades de propiedad pero poniendo especial énfasis en el cooperativismo, la libre iniciativa privada aunada a la participación excluyente del Estado o de los ciudadanos peruanos a través de la reserva legal de sectores y actividades productivas (si se quiere, en este último punto apareció una extraña *publicatio* que permitía la transferencia de la inicial titularidad pública en un ámbito específico a grupos empresariales conformados por peruanos de origen).

Estas normas constitucionales parecieron que fueron hechas para contentar a todos los grupos políticos de la antigua Constituyente⁷⁹, con

⁷⁷ HAKANSSON NIETO (2012: p. 46).

⁷⁸ HAKANSSON NIETO (Ibidem, p. 46).

⁷⁹ Esto lo demuestra el diario de debates de la época. Las diversas intervenciones de relevantes constituyentes demuestran que no entendían bien lo que se discutía sobre las instituciones constitucionales a ser incorporadas en el régimen económico, otorgándole categorías y efectos que no se condicen con sus respectivas naturalezas jurídicas, salvo excepciones puntuales. Es más muchas de las cuatro instituciones principales que fueron copiadas mecánicamente de otras Constituciones de la época, aparecieron sin analizarse bien la noción, contexto y tradición existentes en los países de recojo.

muy poco margen de maniobra y sin el debido tiempo dada la habilitación que le había cedido el Gobierno Revolucionario de la época⁸⁰. Esta falta de un orden sistémico mínimo⁸¹ terminó generando, según el razonamiento adecuado de KRESALJA, una intervención pública en la economía como nunca antes se había conocido en nuestra realidad, la cual podía practicarse "*mediante la planificación y la creación y funcionamiento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopolístico, y también sancionando prácticas anticompetitivas*"⁸².

Entonces, inmediatamente surgió en los años comprendidos entre la década de los ochenta e inicios de los noventa, un innegable

Así, puede citarse el dicho del representante de la izquierda D. VÉLIZ cuando afirma: "*que el capítulo del Régimen Económico, lamentablemente vemos que está totalmente influenciado por el neoliberalismo y esto significa que van a existir trabas al proceso de transformación. Sin ofender a nadie (...) pareciese que este capítulo lo hubiesen redactado los miembros de la nueva oligarquía (...) porque la mayoría de los artículos les favorecen*". Pero más estremecedora es la lectura de la participación del socialcristiano D. ALAYZA GRUNDY: "*en este capítulo del Régimen Económico, hemos establecido cuatro instituciones fundamentales para que sobre esas bases pueda funcionar una economía que sea simultáneamente libre y orientada. Dos instituciones son esencialmente de ordenamiento, la planificación democrática y el mercado (...) Y hemos creado dos instituciones esenciales para la promoción de la actividad económica, el pluralismo y la iniciativa privada libre*". Ver el diario de debates de la Constitución de 1979 en el siguiente enlace:

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoV.pdf> Última revisión recogida 21/02/2017.

Debe agregarse que en la doctrina peruana se ha reconocido estas mezclas encontradas de instituciones económicas y jurídicas principalmente en OCHOA (1987: pp. 672-673). Luego estas mismas cuestiones fueron asumidas íntegramente para explicar la antigua Constitución económica de 1979 y una implícita desazón por el cambio a un "*modelo económico neoliberal*" que ponía "*de relieve la existencia de un componente constitucional de hondo significado social*". Esta tesis última fue presentada por el profesor español FERNÁNDEZ SEGADO (1994: p. 37).

⁸⁰ No debe olvidarse que los militares que gobernaron durante la segunda parte de la dictadura del Gobierno Revolucionario establecieron que la Asamblea Constituyente de 1978 tenía como "*exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada*" (ver el artículo 2 del Decreto Ley No. 21949), y le otorgaron un tiempo muy limitado para ejercer funciones entre su instalación del 28 de julio de 1978 y su conclusión de "*funciones en la primera quincena de julio de 1979*" (ver el artículo 3 del citado Decreto Ley No. 21949).

⁸¹ Sobre este caos generado desde la Constitución de 1979 debe recordarse las certeras palabras del profesor español L. LÓPEZ RODO, las cuales permiten justificar la imposibilidad de juntar en una misma carta constitucional a instituciones de sentidos y visiones políticas opuestas. Al respecto, es que en "*contraste con la prolijidad de los textos constitucionales de inspiración marxista relativos al modelo económico, las Constituciones del mundo occidental son muy parcas y se limitan a consagrar la propiedad y la iniciativa privada*". Ver esta cita en LÓPEZ-RODO (1981, p. 443).

⁸² Ver esta cita en KRESALJA (Op. cit, p, 103).

protagonismo prestacional y empresarial público que acompañó y marcó una de las etapas políticas, económicas y sociales más funestas de nuestra historia. Muchos de estos resultados económicos, promovidos y obtenidos por los dos gobiernos democráticos siguientes, han sido tratados en alguna doctrina jurídica y, a pesar del paso del tiempo, aparecen como antecedentes de un evidente desprestigio que aún se mantiene sobre la técnica de las empresas públicas⁸³.

Por lo dicho, es que cuando se compara la Constitución de 1979 y la CP, a pesar que reconocen y sostienen un régimen económico basado en el eje de la ESM (al menos por el explícito reconocimiento de este instituto), lo cierto es que la CP vigente sí diseñó un orden mínimo en pos de darle elementos de expansión a la primacía de la persona y las organizaciones intermedias creadas por ésta (mediante diferentes formas de personas jurídicas). A sentido contrario, la Constitución de 1979 establecía que el Estado ejercía su directa actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo, sin que exista reserva de ley para plantear la utilización casuística de la empresa pública. Además, el artículo 114 de esta Constitución señalaba que por causa de interés social o seguridad nacional, la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicio, así como establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos (pero contradictoriamente prohibiendo los monopolios privados)⁸⁴.

En otras palabras, la creación de empresas públicas encontraban sustentos en diversos aspectos heterógeneos, sin más restricciones que fundamentarse en interés social o seguridad nacional, incluso con la posibilidad de establecer y aparecer protegidas tras monopolios legales que segmentaban y favorecían el desarrollo de estas actuaciones a favor de estos sujetos económicos, aunque se pretendería luego encubrir estas evidentes ventajas tras declaraciones legislativas vagas o conceptos

⁸³ Sobre este punto, un dato interesante es el recogido por KRESALJA, autor nacional que amargamente reconoce las "*graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas que generaban el 20% del PBI, comprometieron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una severísima crisis política y económica*". Ver esta cita en KRESALJA (2010: p. 71).

⁸⁴ Esta prohibición de monopolios privados del artículo 133 de la Constitución de 1979 aparece reconocido y conceptualizado por OCHOA CARDICH (Op. cit, pp. 613 y ss).

jurídicos indeterminados (como por ejemplo la relativa "*reserva exclusiva de sectores económicos*" prevista en el artículo 4 de la ley No. 24948).

En ese sentido, sólo basta recordar algunas normas legales de actividad empresarial del Estado de los años ochentas, que con dosis de irresponsabilidad financiera, sin asumir una forzosa despolitización y con una evidente falta de razones jurídicas-administrativas medianamente reconocibles, permitían que -por ejemplo- el Estado pueda impulsar, montar y operar una fábrica de cemento, a través de la empresa estatal Corporación Departamental de Desarrollo del Cuzco, permitiéndose la inmediata "*transferencia de recursos humanos, materiales y financieros necesarios*" (ver el artículo 2 de la ley No. 24876). Otra muestra de lo variopinto y desordenado que era el protagonismo público es el ambito objetivo preceptuado por el artículo 4 la ley No. 24948 que permitía la participación empresarial en sectores tan disímiles, de distinta complejidad y riesgos económicos como: "*la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos (...) En la producción de bienes y servicios vinculados directamente a la defensa nacional (...) En la provisión de servicios públicos y culturales (...) En la comercialización de alimentos básicos para el consumo popular (...) En la actividad financiera y de seguros (...) Comercio Exterior de bienes y servicios de gran significación económica (...) Consultoría e ingeniería de alta especialización*".

Por lo manifestado, es que no se puede entender el largo y continuado cambio económico y social ocurrido en nuestro país sin tener en cuenta los caracteres de la antigua ESM que he descrito, la misma que se sostenía en una tenue y básica subsidiariedad, pero aparecía desarrollada sobre los hombros de la imprecisión para permitir su práctica "*según el resultado de las urnas y consecuentemente del partido o ideología gobernante (...) tanto por los defensores de poner el acento en la idea de libertad económica como por los partidarios de extender el área de actuación del Estado o de la colectivización de los medios de producción en base a un supuesto interés de carácter general o social*"⁸⁵.

⁸⁵ LÓPEZ-RODO (Op. cit, p. 454).

Más todavía, sería imposible concebir que el paso al estatocentrismo de los años setentas y ochentas al proceso liberalizador de los noventas del siglo pasado, sin que se entienda la aniquilación de la primacía de las personas que se preveyó (y se abandonó en la práctica) desde la Constitución de 1979. Si hablamos sin estas notas y consideraciones previas, simplemente construiremos castillos en el aire o meras opiniones imposibles de ser aplicadas, o si se quiere, en grado extremo, reduciremos las respuestas a conceptos solitarios (pero incapaces de soportar varios sentidos) como la liberalización, la eficiencia o la competitividad, o, a una ciencia como el análisis económico de derecho que resulta imposible de ser extendida por igual a todos los sectores y ámbitos.

Es así que la subsidiariedad en su vertiente esencial existió en las sombras antes de 1993, ocultada completamente por otras reglas constitucionales antitéticas y tras un intento legal y administrativo de instaurar "*un Estado del Bienestar tardío y declarativo, pues no contaba con los recursos económicos indispensables para concretarlo*"⁸⁶. Por el contrario, lo que finalmente se produjo es lo que FORSTHOFF caracterizó como la cualidad estatal dominadora que superaba cualquier posibilidad de limitación del Derecho⁸⁷, fenómeno que producía claros indicios de instrumentalización de los bienes y prestaciones brindadas en favor de las clases dominantes o privilegiadas, donde además el sostenimiento financiero, su uso, la capacidad discrecional de entrega a los destinatarios, entre otros aspectos, quedaba siempre en manos de unos pocos.

Por otro lado y para cerrar este acápite, estimo se debe ser prudente al afirmar las consecuencias que trajo consigo este desorden planteado por el régimen económico de la Constitución de 1979, menos dar por cierto que sólo el primero fue la causante de la liberalización económica y social implantada tras la puesta en vigencia de la CP. A estos indudables componentes deben sumarse los nuevos conceptos que llegaron al país,

⁸⁶ Ver esta cita en KRESALJA (Op. cit, p. 70).

⁸⁷ Ver esta postura famosa en FORSTHOFF (1986: pp. 54 y ss).

los cuales que van mucho más allá de la mera ideología política⁸⁸. En ese sentido, siempre es bueno tomar en consideración lo que apuntó el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ respecto a las profundas transformaciones de la intervención prestacional de las administraciones públicas en el mundo occidental, que resultaron perfectamente trasladables a esa época peruana (en concreto al descalabro del protagonismo público o estatal en la economía nacional): *“se engañaría quien pensará que el proceso de reconstrucción de los servicios públicos es el resultado puro y simple de un movimiento ideológico de derechización del mundo occidental. Quien piensa así tiene que aceptar necesariamente que los movimientos de este tipo no surgen de la nada y que su aparición tiene mucho que ver con el agotamiento de las ideas de signo opuesto (...) El componente ideológico no es, por lo demás, el único motor de los cambios que se producen en la sociedad. El progreso científico y tecnológico juegan un papel decisivo y, cuando se acelera, la historia se acelera con él en la misma proporción”*⁸⁹.

2.2. LA INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO EN LA CP. EL DEBATE DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1992

El CCD instalado en diciembre de 1992 tuvo un tratamiento y debate bastante limitado de la subsidiariedad, puesto que casi ni se le menciona como concepto o principio a lo largo de cada una de las exposiciones, réplicas y dúplicas de los constituyentes, apareciendo más bien implícitamente reconocida, sin su nombre, pero con ciertas líneas

⁸⁸ Por lo afirmado en el párrafo principal, es que debe medirse con suma prudencia el componente político en el nacimiento de nuestra liberalización. Así, aunque la irrupción del Movimiento Libertad promovido por el escritor D. MARIO VARGAS LLOSA y un grupo de intelectuales en 1987 fue un elemento interesante y que movió políticamente a buena parte del país en contra del intento de nacionalización de la banca y el sistema financiero promovido por el ex Presidente D. ALAN GARCÍA; no puede sobrevalorarse como el único y gran presupuesto que hizo posible el desembalse de la corriente liberalizadora implantada por el régimen fujimorista.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta muy interesante leer el libro de memorias del Premio Nobel de literatura 2010 denominado "El pez en el agua", obra en el que detalla todas sus peripecias, amarguras, desencuentros, enemistades, pocos amigos, prejuicios y otras vivencias ocurridas durante la elección democrática de 1990 (proceso que terminó perdiendo ante el desconocido profesor universitario ALBERTO FUJIMORI).

⁸⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999, pp. 65-66).

jurídicas básicas a través de participaciones efectistas que buscaban atacar el serio problema económico y gestión de las empresas públicas creadas en los difícilísimos años ochentas⁹⁰. Es más, como haré notar en las próximas líneas, muchas de las intervenciones y debates de los textos que luego fueron incluidos en el régimen económico de la CP se deslizan entre los extremos de plantearla con mas fuerza o combatir abiertamente la intensidad de la corriente neoliberalista que llegaba al país⁹¹.

Vale adelantar un par de consideraciones que son bastante aceptadas por la doctrina sobre el texto constitucional vigente⁹². En general, la CP toma mucho del articulado de la Constitución de 1979 (mecánica que impacta en el mantenimiento casi literal del artículo 1 referido a la primacía de las personas), concentrando buena parte de sus reformas totales y parciales en diversas disposiciones que permitían la intervención del Estado en modos empresariales y prestacionales directos e inmediatos en la economía y la sociedad misma⁹³. Esta mecánica pragmática de los Constituyentes recogió -casi sin mencionarla- una perspectiva extendida y más sustancial del principio de subsidiariedad en sus dos versiones (social y territorial), acompañado de otras figuras que trataban de concretizar mayores libertades de contenido económico (y el propio principio pro libertate). En este último punto, casi configurada como una apuesta por lo desconocido (y no estudiado), radica uno de los determinantes cambios en el régimen económico de la CP frente a su inmediata antecesora.

⁹⁰ Como bien reconoce el profesor KRESALJA, la norma de restricción de la intervención empresarial pública contenida en el artículo 60 de la CP constituyó "*el núcleo del debate sobre el principio de subsidiariedad*". Ver esta cita en KRESALJA (2010: p. 97).

Por la gran cantidad de tinta usada para comentar esta específica norma constitucional, a favor y en contra, desde distintos ámbitos y ciencias, es que se sigue creyendo (hasta ahora) que ésta es el eje del principio de subsidiariedad y un producto "neoliberal". Sin embargo, esta forma de examen del instituto es un medio de disminución de un principio que es diametralmente distinto y con otras raíces históricas.

⁹¹ Como bien expresa el profesor HAKANSSON, en Perú nunca existió una "*constitución histórica*". Por eso, es que la CP fue producto de la coyuntura (tan igual que la Constitución 1979). Esto se manifiesta en que "*las disposiciones del régimen económico en la Constitución de 1993 (...) están redactadas conforme con una ideología neoliberal, pero que hoy en día podrían discutirse en algunos Estados del primer mundo*". Ver esta cita en HAKANSSON (Op. cit, p. 67).

⁹² Por todos ver a FERNÁNDEZ SEGADO (Op. cit, pp. 29-.31), .

⁹³ Por lo afirmado es que resulta correcto que la "*parte económica de la Constitución (...), es la que mayor transformación ha tenido en todo el texto de 1993 en relación a las Cartas anteriores*". Ver esta cita en RUBIO CORREA (1999: pp. 192-193).

Pero volvamos a la discusión de los Constituyentes. Como adelanté, el principio de subsidiariedad fue introducido muy poco a lo largo del debate, apareciendo en algunos discursos puntuales del pleno y las comisiones. En todos los casos (incluyendo la propuesta de reforma integral del régimen económico de la CP presentada por la mayoría fujimorista), y salvo alguna solitaria participación que presenta ribetes de profundidad, se enlazó la figura con la necesidad de reducir las dimensiones del Estado y las intervenciones empresariales (incluso con la posibilidad de que estas últimas cesen de manera definitiva, o sean tan difíciles de practicar, que casi se extingan a pesar de su reconocimiento positivo).

En esta anterior postura, casi excluyente y rutilante en la Asamblea Constituyente, resalta la participación del desaparecido SODE a través del Constituyente D. M. MOREYRA, quien creía abiertamente:

*"(...) en un Estado chico, en un Estado eficiente. Creo en un Estado que no tenga empresas, y si las tiene que sea sólo por razones excepcionales (...) Hay ciertas empresas que sí son necesarias y hay ciertas empresas que a veces no las puede poner el Estado. Es el caso del principio de subsidiariedad"*⁹⁴.

Luego, en este mismo discurso, D. M. MOREYRA repite su postura al momento de proponer un texto alternativo al artículo 61 presentando el alcance prohibitivo de la subsidiariedad horizontal que hasta ahora se reconoce y estudia en nuestro Derecho. Manifestaba este Constituyente (de formación socialdemócrata) que la redacción debería señalar lo siguiente:

"El Estado limita sus actividades empresariales a casos de excepción, guiados por el principio de la subsidiariedad". Por eso, establecemos el principio: queremos un Estado chico, y el Estado sólo puede actuar excepcionalmente en vía subsidiaria;

⁹⁴ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

*pero el principio tiene que quedar ahí. ¿Y cómo se regula esto? Por ley, pues, señores. Entonces, propongo que el artículo quedaría así: "La actividad empresarial, en todas sus formas, recibe el mismo tratamiento legal. El Estado limita sus actividades empresariales a casos de excepción, guiados por el principio de la subsidiariedad". Queda el principio; no tenemos por qué establecer la modalidad"*⁹⁵.

Se nota mucho en estas expresiones, y más allá de la evidente muestra de datos de la postura neoliberal, la aparición de una necesidad real de inevitable traslado jurídico, casi la juridificación de una imprescindible cura frente a una dura realidad económica y social del país a inicios de los años noventas del siglo pasado. Esto es la tendencia de que la futura CP asegure el fin del protagonismo público, permitiendo la superación de un trauma profundo que tuvieron un par de generaciones de peruanos, que entre dictadura militar y democracia de corta duración, sólo pudieron conocer lo peor de las intervenciones estatales y una extrema colectivización. Es un espíritu pragmático (y de fuerte impregnación individualista) que nos acompaña hasta hoy y que encontró -sin saber y querer- en la corriente neoliberal que recorría el mundo occidental, a un vehículo de buen calaje capaz de permitir algunos cambios de manera forzada y jurídica.

Por eso considero que no es correcto asumir que la actual Constitución económica es un regreso o retroceso al "*constitucionalismo liberal*"⁹⁶ del siglo XIX, o la muestra de una conversión del Estado en un "*mero gerente de las reglas de juego de la economía de mercado, eliminando prácticamente todas las responsabilidades que, como Estado social de Derecho, se le atribuyeron en el pasado frente a las necesidades insatisfechas de amplios sectores del pueblo*"⁹⁷. Ni la cláusula del Estado social se encuentra ausente en la actualidad, ni tenemos una

⁹⁵ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO (Op. cit, p. 30).

⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO (Ibidem, p. 31).

administración pública que ha dejado de ser accionista de empresas públicas, menos todas las prestaciones y sectores se encuentran cubiertos, satisfechos y en manos del mercado. En suma, la CP sólo recoge algo más simple y reactivo, que impacta también sobre la recepción de la subsidiariedad social, resumido en menos publicación y más libertad, a través de reglas exactas que obliguen a retroceder al Estado pero sin desaparecerlo.

Lo explicado aparece claramente en las discusiones sobre el primer texto del actual artículo 60 de la CP, en el que se buscaba cerrar los caminos a la actividad empresarial estatal a través de una extrema reserva de ley expresada en una votación parlamentaria ultra cualificada. El debate que transcribo a continuación no deja de ser esclarecedor, al no aparecer ningún elemento jurídico que justifique la posibilidad del uso de este principio en esos niveles tan intensos, y, aunque finalmente no se aprobó la propuesta en los términos iniciales, se nota un claro sesgo de oposición a los emprendimientos empresariales estatales. Importaba sólo el cierre del espacio para este tipo de intervención pública, manifestada en el siguiente intercambio con datos de todo calibre y dudosa veracidad:

"El señor CHIRINOS SOTO (R).— Quiero decirle esto al señor Pease: en los Estados Unidos, el Estado no desarrolla actividad empresarial alguna. No construye tanques ni revólveres ni cohetes ni aviones. Nada. No hay empresas del Estado en los Estados Unidos, en el primer país de la Tierra.

***El señor PRESIDENTE.**— Al voto. Los señores congresistas que aprueben el artículo (...) con la modificaciones introducidas en el curso del debate se servirán manifestarlo levantando la mano. (Votación). Los que estén en contra. (Votación). Aprobado, por 8 votos a favor y 2 en contra.*

—El texto aprobado es el siguiente:

"Artículo 8.º.— Sólo autorizado por ley expresa con el voto de la mayoría absoluta, el Estado puede excepcionalmente realizar actividad empresarial, directa o indirectamente, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La

actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."

El señor PRESIDENTE.— *Queda constancia del voto en contra del señor Ferrero Costa.*

El señor FERRERO COSTA (NM-C90).—

Señor Presidente: He votado en contra porque la Comisión ha recortado los términos de su propia propuesta, haciendo más difícil, casi imposible, la actividad empresarial del Estado.

El señor PRESIDENTE.— *Queda constancia del voto en contra del señor Pease García.*

El señor PEASE GARCÍA (MDI).— *Señor Presidente: Que conste que ha triunfado el fundamentalismo neoliberal*⁹⁸.

Por otro lado, es necesario indicar que la bancada mayoritaria (el fujimorismo representado por la coalición Nueva Mayoría-Cambio 90) fue la principal propulsora en la búsqueda del cambio integral del régimen económico de la Constitución de 1979 por considerarlo un cúmulo de normas erráticas⁹⁹. En palabras del constituyente ponente D. V. JOY WAY se planteó que:

"así como se reconocen las bondades de la Constitución de 1979, tenemos que ser también muy francos en hacer explícitas las deficiencias o errores que contiene. Al respecto, quiero hacer referencia, fundamentalmente, a todo lo que es el régimen económico. A diferencia de los capítulos correspondientes a los derechos —que son muy valiosos, y hay una coincidencia total en que lo que estamos haciendo es basarnos en ellos y ampliarlos—, considero que debemos descartar gran parte de los setenta y tantos artículos que conforman el capítulo del régimen económico (...) considero que el caso del régimen

⁹⁸ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

⁹⁹ Exactamente, el constituyente JOY WAY indicó que la Constitución económica de 1979 necesitaba de una *"reforma integral que produzca un nuevo texto coherente y consistente"*. Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

*económico ha sido el producto de una transacción, pero lo que ha resultado ha sido una transacción irracional; porque, realmente, en todo régimen económico, si uno lee el conjunto de los artículos, se cubre absolutamente todo tipo de posibilidades para el manejo de la economía"*¹⁰⁰.

Luego, el mismo ponente menciona la idea del desorden de las reglas constitucionales económicas y ataca directamente al sentido asumido por la antigua ESM (pero sin razones justificantes), explicitando una serie de consecuencias diversas originadas por este caos de origen constitucional:

"Se define la economía social de mercado... o se expresa —en realidad no se define—, se hace la mención; pero, al mismo tiempo, se entendería que habría una presencia fundamental en la economía de instrumentos de mercado para orientar las decisiones de inversión, consumo, demanda y ahorro de todos los agentes productivos o de todos los agentes de la sociedad. Sin embargo, en el mismo contexto se habla de una presencia estatal, que probablemente ha sido el producto de la transacción, que refleja una intervención del Estado absoluta en toda la vida económica del país bajo todas las formas, y también —y debe ser producto de otra transacción— se establece diferencias en el tratamiento, haciendo referencia a todo tipo de criterios. Por ejemplo, se hacen diferencias por tamaño de empresas, por tipo de productos, por el tipo de personas o trabajadores que laboran en la empresa, por el tipo de localización de las empresas, por el tipo de la propiedad de las empresas; todo lo cual lleva a que cada tipo de empresa tenga una economía aparte. Consecuencia de ello es lo que hemos conocido: un desorden económico. Se han profundizado las desigualdades; los centralismos se han agudizado, cuando lo que se pretendía con ese texto era una descentralización; se han fortalecido los mecanismos del tráfico de influencias, la

¹⁰⁰ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

corrupción"¹⁰¹.

Aunque muchos de estos resultados endilgados no son necesariamente atribuibles a las deficiencias técnicas de la Constitución de 1979, se presentaron como partes constitutivas y esenciales del discurso de transformación constitucional, con un evidente y señalado carácter efectista y enlazado en líneas posteriores con el elemento de recuperación del rol preponderante de los privados y las libertades de éstos, indicándose claramente la urgencia de:

*"establecer allí la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la iniciativa de inversión; la iniciativa, en general, de actividades productivas basadas en un sistema de economía de mercado (...) Hay que evitar todas esas distorsiones que se han dado durante todas las experiencias de décadas anteriores, donde hemos experimentado todo tipo de variantes en cuanto a lo que se determinó; variantes que combinaban a la economía centralmente planificada con economías sociales, economías intervencionistas, aunque a veces se quería intentar algunas aperturas con mayores libertades en materia económica. Sin embargo, todas esas libertades siempre fueron contrarrestadas por la acción estatal de intervención en la actividad en la que se pretendía que existiera básicamente una presencia privada. En consecuencia, pretendemos, en materia de lo que es la economía de mercado, que se garantice todas las libertades: materia de inversión, materia laboral, materia de ahorro, materia de transferencia de capitales, materia de la garantía de la propiedad"*¹⁰².

Debe agregarse, que aunque muchos autores califiquen a las reglas económicas de la CP como un *"un modelo ortodoxamente liberal"*¹⁰³ o

¹⁰¹ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace:

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>

Última revisión recogida 22/02/2017.

¹⁰² Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace:

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>

Última revisión recogida 22/02/2017.

"clásicamente liberal que, aunque se autocalifique como de «economía social de mercado» (...) la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas"¹⁰⁴; lo cierto es que en la visión de la mayoría de Constituyentes la intervención pública aparece desparramada en múltiples sectores y algunas responsabilidades prestacionales, e, incluso, con claros emprendimientos aparejados alrededor de la cláusula del Estado social que estudiaremos a continuación. En lo que atañe al objeto de esta memoria doctoral, aunque se aplicó -de manera utilitaria- la subsidiariedad horizontal en su vertiente negativa permite también la actividad empresarial estatal, pero de manera supletoria o secundaria (otra vez a la luz de la necesidad de retroceso del protagonismo público). Todo esto aparece planteado por el ponente D. V. JOY WAY:

"el Estado asegure, como función fundamental, que el mercado funcione. Cuando existen estas imperfecciones (...) debe entrar el Estado para corregirlas; cuando hay monopolio, debe intervenir; cuando hay posiciones de dominio del mercado, el Estado debe intervenir. Pero el Estado debe substraerse de la acción como empresario; salvo, como habíamos mencionado, en los casos de una acción fundamentalmente supletoria y debidamente fundamentada y dada por ley. El Estado cumple la parte social que estamos reclamando a la economía en lo referente a la recaudación fiscal y a la orientación de nuestros recursos, cuestión que también se estaría definiendo. El Estado cumple la fase social y la parte económica reorientando la parte que extrae de la actividad productiva para orientarla a la actividad de salud, la actividad de la educación, la actividad de infraestructura, la defensa, la seguridad pública"¹⁰⁵.

Por otro lado, es importante revisar las figuras estelares de las futuras

¹⁰³ FERNÁNDEZ SEGADO (Op. cit, p. 38).

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO (Ibidem, p. 40).

¹⁰⁵ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

reglas económicas que fueron presentadas a lo largo del debate constitucional por parte de la mayoría fujimorista, las mismas luego se convirtieron en el centro de las puntuales discusiones en la Comisión pertinente y el pleno de la Asamblea Constituyente. Estas instituciones que fueron propuestas sobre la base de una lista heterogénea de principios, derechos constitucionales y normas modélicas tienen marcada una nueva forma de entender la ESM distinta a la preceptuada en la Constitución 1979, buscando que la futura operativización de la nueva Constitución económica otorgue un impulso superior a los particulares a través del mercado. Por eso, más que reglas considero se tratan de las bases de un nuevo programa económico¹⁰⁶ que, sin dejar de estar contenido en la maleable ESM (no solo como referencia)¹⁰⁷, tienen un marcado sentido pro libertate y pro mercado:

"El capítulo de Principios Generales se ordena en torno de los postulados de una economía social de mercado, establece las libertades económicas fundamentales para el correcto funcionamiento de la fuerza del mercado y delimita las funciones básicas del Estado en la economía. En tal sentido, se garantiza:

a) La libertad de trabajo y la libertad de empresa para estimular la creación de riqueza individual y social. A los sectores más necesitados se les debe brindar atención y oportunidades de superación, precisándose las prioridades en materia de salud, educación, infraestructura y generación de

¹⁰⁶ Al respecto, no debe olvidarse lo indicado por L. LÓPEZ-RODO: "*Elegir un modelo económico es mas importante que construir un modelo institucional (...) hay formas de Estado que no condicionan la economía, mientras que hay sistemas económicos que necesariamente determinan la estructura del Estado*". Ver esta cita en LÓPEZ-RODO (Op. cit, p. 441).

¹⁰⁷ No creo que el régimen económico de la CP sólo tenga una referencia secundaria o nominal a la ESM, sin aparecer luego reflejos sustanciales y jurídicos de este instituto. Como fundamentaré en los siguientes acápite, la ESM es muy flexible y puede aceptar múltiples y distintas políticas públicas de contenido económico y social. El programa económico que se difundió en la Asamblea Constituyente por la mayoría oficialista terminó convirtiéndose en nuestro modelo económico, justamente por su práctica frecuente y socialmente aceptada, la doctrina jurisprudencial del TCP y la efectiva aplicación de distintas políticas públicas que se encuentran posibilitadas de ser recogidas en el seno de la ESM. A favor de mi posición sobre la flexibilidad de la ESM puede revisarse a HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2014: pp. 6-9). En contra de mi posición y asumiendo un carácter nominal de la actual ESM recogida en la CP puede revisarse a FERNÁNDEZ SEGADO (Op. cit, pp. 37-40) y ABAD YUPANQUI (2015: p. 39).

empleo. Los criterios operativos quedan para ser fijados en ley específica, como corresponde.

b) La defensa del interés de los consumidores, la promoción de la libre competencia entre productores y, en tal concepto, las garantías al derecho de información, cautelando la salud y seguridad ciudadanas.

c) La universalidad del tributo, a fin de que el Estado disponga de una fuente sana y permanente de recursos para atender las necesidades de la población.

d) La igualdad de trato a los distintos sectores económicos formas de propiedad, inherentes a una democracia económica pluralista.

e) La delimitación precisa de las condiciones para que el Estado pueda actuar como empresario, según causales establecidas en el articulado y previa autorización por ley. Además, igualdad de trato a la actividad empresarial pública y no pública.

f) El pluralismo económico en la prestación de servicios públicos. La autoridad pública conserva el control de la regulación; o sea, las normas, condiciones, etcétera, a ser fijadas en la ley respectiva.

g) La libre iniciativa privada en mercados competitivos y la protección contra el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. Consecuentemente, se prohíben los monopolios amparados por ley.

h) El derecho a contratar libremente conforme a ley, y se prohíbe toda intervención que modifique los términos pactados contractualmente.

i) La libertad de comercio exterior y la igualdad de trato en la inversión nacional y extranjera, con las solas limitaciones resultantes de lo que hagan las contrapartes en el mercado mundial"¹⁰⁸.

¹⁰⁸ El ponente fue nuevamente D. V. JOY WAY. Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace:

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>

Última revisión recogida 22/02/2017.

En adición, y como una muestra del carácter propio que impone la subsidiariedad social (a desmedro de los posteriores calificativos lanzados de manera favorable o desfavorable acerca de rasgos exclusivamente neoliberalistas), en la Asamblea Constituyente se presentó desde siempre la necesidad de la unión entre el sector público y los privados en aras de conformar el bien común, debiendo esto valorarse como un dato importante para la actual interpretación y verificación del alcance del principio (no sólo se construyó y positivizó en su versión negativa o prohibitiva frente a la actividad empresarial estatal). Al respecto, en la ponencia de presentación del capítulo de reforma del régimen económico se dijo claramente que:

*"Este enfoque no es prisionero de artificiosas dicotomías respecto a los roles del mercado y del Estado en la economía: ambos son insustituibles y complementarios para el progreso económico y social del país y de todos sus habitantes. Mercados competitivos y extendidos, donde cada uno de los peruanos pueda libremente desplegar sus aspiraciones individuales de riqueza y progreso, dan sustento sólido al Estado para que éste sea expresión cabal del bien común y establezca un marco orientador y estable, en el que todo el colectivo social se vea efectivamente incluido. De este modo, ambos, mercado y Estado, se combinan constructivamente para producir juntos una sociedad próspera y cohesionada y, por ende, una nación fuerte y segura. Es, entonces, una articulación dinamizadora la que proponemos, y no la continuación de la entrampante obstaculización"*¹⁰⁹.

Antes de cerrar este acápite y entre todos estos datos diversos que resultan interesantes de mostrar durante el periodo de sesiones de la Asamblea Constituyente, debo indicar que sólo existió una puntual ponencia que se acercó a una definición jurídicamente rescatable de la

¹⁰⁹ El ponente fue nuevamente D. V. JOY WAY. Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace:

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>

Última revisión recogida 22/02/2017.

subsidiariedad social (al menos en su perfil más sustancial e histórico). Ésta fue la presentación del socialcristiano D. J. BEDOYA DE VIVANCO que expresó una noción ligada a la suplencia estatal y preeminencia natural del privado en diferentes facetas sociales y económicas:

*"Las características básicas de la subsidiariedad y de la suplencia no pueden ser ajenas a la actividad del Estado. Nosotros creemos que la subsidiariedad debe estar presente en aquellos casos en que el Estado debe contribuir a resolver algunos problemas, especialmente de los más necesitados. La subsidiariedad viene de subsidio, viene de asistencia, viene de presencia del Estado, especialmente cuando más se necesita su intervención (...) Pero es también importante el concepto de economía social de mercado con relación a la suplencia. El Estado está llamado a intervenir en aquellos casos en que la iniciativa privada no lo puede hacer; no lo puede hacer por razones de estrategia o no lo puede hacer por razones económicas. No es el momento de calificarlo, pero hay determinadas actividades que la iniciativa privada, simplemente, no abarca y en esos casos se requiere la presencia del Estado para cumplir con su obligación de suplencia. Nosotros respaldamos el apoyo a la iniciativa privada. Creemos también que no deben haber distorsiones económicas dentro del mercado. En consecuencia, también coincidimos con la necesidad de eliminar cualquier posibilidad de monopolio, no solamente monopolio legal, como señala la propuesta de redacción, sino también el monopolio concertado, porque las actitudes que distorsionan el mercado no solamente se dan por efecto de la presencia de alguna ley distorsionadora, sino también por la concertación de las partes"*¹¹⁰.

Por último, aunque pueda considerarse como manifestación de una tendencia de positivización que se comparte con algunos países vecinos¹¹¹,

¹¹⁰ Ver el diario de debates de la Constitución de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>
Última revisión recogida 22/02/2017.

que se materializó en que una de las principales y más comentadas vertientes de la subsidiariedad aparezca recogida entre los principios generales del régimen económico dentro del título III de la CP, presentando ante los operadores -a priori- una imagen reducida y monocorde. Lo cierto es que, como intentaré plantear en las siguientes partes de este trabajo, esto es sólo una postura errada, producida desde un desconocimiento del debate seguido en la Asamblea Constituyente, una interpretación aislada de una norma constitucional (que no toma en cuenta la riqueza conceptual del instituto), y, como no, de un intento claro por desconocer el carácter humanista que aparece en nuestra CP. En todo caso, la aplicación casuística del principio de subsidiariedad no puede dejar de tomar en cuenta una larga tradición histórica y jurídica, simplemente por una tardía recepción y posterior desarrollo coyuntural en nuestro Derecho.

Como bien indicaba MUÑOZ MACHADO ante los vientos actuales de cambio y transformación (con crisis en medio de todo), el Derecho administrativo nunca puede *"perder de vista lo esencial, que es explicar adecuadamente cuál es la posición que el Estado tiene en la actualidad en relación con la sociedad. Este el punto de partida inexcusable"*¹¹². Por eso, cuando no interpretamos o empleamos correcta e íntegramente el principio de subsidiariedad en sus dos facetas, no existe una base sólida y dejamos de tener un rumbo adecuado para el resto de institutos y técnicas que surgen alrededor o bajo la cobertura de éste. En consecuencia, no asegurar el punto de inicio es mucho riesgo para toda la construcción de nuestro derecho administrativo.

¹¹¹ Tal es el caso del derecho chileno en el que su *"Constitución consagra al principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores de lo que denomina "Orden Público Económico"*, ligando a continuación la interpretación de este principio a una tesis mayoritaria, tradicional y de corte prohibitivo en la que *"el Estado sólo debe actuar donde los particulares no puedan o no quieran, como subgrupo mayor de la sociedad. Y, a pesar de tener amplias facultades, se estima que estas deben ser limitadas. Por medio de esta interpretación primero se justificó la intervención del Estado en la economía en tiempos de crisis, para pasar actualmente a ser entendida como un principio garantista de la libertad económica de los particulares y excluyente y/o limitador de la actuación del Estado. Para cierta parte de esta doctrina, un poco más extrema, el actuar subsidiario del Estado sólo debe desplegarse mientras los particulares no se encuentren en condiciones de desarrollar estas actividades, debiendo retirarse de este ámbito cuando los particulares superen tales obstáculos"*. Ver estas citas en FAÜNDEZ SÁNCHEZ (2016: pp. 215-216).

¹¹² MUÑOZ MACHADO (2011: p. 202).

3.1. ES UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

La calificación implícita de principio que aparece plasmada en varios artículos de la CP sobre la subsidiariedad social, determina una posición en nuestro sistema de fuentes y un rumbo específico en la práctica del instituto, que a veces parece ser olvidada por ciertas posturas. Al respecto, es bueno recordar una serie de consideraciones sobre la naturaleza jurídica de un principio, reconociendo una serie de características que encuadran su valor primario y fundante, pero que -a continuación- plantean complejidades y problemas en su utilización casuística. Esta especificación debe darse sin perder de vista que este tipo de fuente es un triunfo más bien reciente y tiene sus particularidades¹¹³.

Esto último, ha sido advertido hace algunos años atrás por el profesor LÓPEZ MENUDO cuando señalaba que no todos los principios tienen igual relevancia jurídica, ni algunos que son llamados como tales merecen tal condición, afirmando claramente que existe un extraña consideración del legislador, cierta doctrina científica y los operadores por inflar su número, a pesar que "*muchos (...) no debieran ser tenidos como tales, sino acaso como meros criterios legales más o menos consolidados o como simples regulae iuris; y también debido al uso indiscriminado de dichos principios, sin especiales precauciones sobre su distinto valor jurídico resultante de una categorización de los mismos, que tampoco aparece claramente formulada en esa jurisprudencia, aunque creemos que ello es hoy absolutamente obligado y necesario, máxime tras el advenimiento de la Constitución, dado que no cabe atribuir a todos los principios idéntico valor*"¹¹⁴.

En primer término, no es fácil sintetizar la escurridiza naturaleza jurídica de un principio, tanto que ha sido catalogado como una cuestión con una

¹¹³ Sobre la evolución de los principios generales de derecho puede revisarse a DEL VECCHIO (Op. cit, pp. 41-59).

¹¹⁴ LÓPEZ MENUDO (1992: p. 21).

innata "*polivalencia semántica*"¹¹⁵, teniendo la condición -nada fácil de explicar- de productos sustantivos y muy puntuales creados desde un doble causa puesto que "*en ellos se expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural, o del orden político, reducido a los términos concretos de la experiencia tópica. Es justamente aquí donde se rompe la concepción dualista del orden jurídico y donde se impone la certidumbre de su íntima estructura unitaria, aunque perpetuamente abierta a la doble perspectiva de los valores superiores y de la praxis vital*"¹¹⁶.

Sin perjuicio de esto, como bien ha afirmado SANTAMARÍA PASTOR, los principios generales de Derecho son muchos más de los que a veces la doctrina y jurisprudencia intenta mostrar (en muchos casos presentados de manera segmentada y con algún nivel de ideologización sustentado en determinados sentidos o valores políticos, económicos o religiosos); a la par tampoco son todos aquellos que aunque parecen tener algún alcance axiomático y presentación particular terminan siendo reglas sin aceptación social indiscutible, que se acercan más a los valores de diversa índole defendidos desde alguna postura no jurídica más o menos definida¹¹⁷.

Por eso, es extremadamente necesario, y más por los antecedentes y configuración de la subsidiariedad, que cuando se presente los análisis de unas concretas figuras consideradas como aparentes principios generales, sea indispensable revisar la siguiente opción de filtro, esto es, tendrán la anterior categoría sólo aquellos que gocen de la condición de ser "*parte del acervo común de la mayor parte de civilizaciones*"¹¹⁸ permitiendo ser asumidos como "*principios ideológicamente neutros que, por su antigüedad y aceptación, poseen naturaleza axiomática, hasta el punto de haberse convertido en pautas de acción social genérica*"¹¹⁹.

¹¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 47).

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1963: p. 221):

¹¹⁷ Ver todas estas cuestiones muy bien planteadas en SANTAMARÍA PASTOR en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, pp. 48-49).

¹¹⁸ Ibidem p. 48.

Entonces, un principio general necesita maduración y decantación dogmática de su contenido en el tiempo (para aquilatar los valores o formulaciones innegables), posterior reconocimiento y efectiva aplicación social por parte de los destinatarios y, por sobre todo, un carácter irrefutable y absoluto que lo fuerce a colocarse antes y por encima de cualquier otra fuente jurídica. En otras palabras son cosas justas por naturaleza, sin posibilidad alguna de que una postura en contrario pueda negar su existencia, valor práctico o carácter fundante en el Derecho, puesto que representa su razón suprema y espíritu informador¹²⁰.

Considero que todas estas anteriores notas han sido cumplidas en el tiempo por parte del principio de subsidiariedad (en sus dos vertientes), no tanto por su historia reciente peruana, sino más bien por los largos años de maduración, primero en la filosofía social, luego en la doctrina pontificia, para recalar finalmente en su lenta perfilación jurídica durante el siglo pasado. Aunque siga teniendo un contenido extenso y que pueda ser tomado por partes específicas según la diagramación de cada ordenamiento, su importancia social y reconocimiento positivo (constitucional en el caso peruano) no sólo prueban su eficacia para guiar y delimitar diversas formas de relacionamiento entre los privados, grupos sociales y los poderes públicos; también el principio analizado (al menos en su perspectiva social) tiene un contenido justo fundado en una verdad humanista imposible de rebatir o contradecir respecto del avance actual de nuestro Estado Constitucional de Derecho, puesto que éste "*descansa sobre la primacía (...) de la persona y del sentido instrumental y servicial de la sociedad (...) y, sobre todo, del poder público que le es imprescindible*"¹²¹.

A modo de comprobación de lo afirmado, nuestra CP ha admitido diversos sentidos de la subsidiariedad (sobre algunos de ellos haré eco en líneas siguientes), pero en lo que importa, en su artículo 1 reconoció la

¹¹⁹ Ibidem p. 48.

¹²⁰ DEL VECCHIO (Op. cit, p. 137).

¹²¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1279).

superioridad de las personas por encima de cualquier construcción social, política, religiosa o jurídica existente, colocándola en una posición finalista y como receptora de las actuaciones de la sociedad y el propio Estado. Es más, como bien indica CASTILLO CÓRDOVA, los fundamentos y la finalidad última de cualquier organización social, o estatal, de cualquier instituto aparecido en Derecho (incluso los derechos constitucionales), debe ser siempre la "*persona como una realidad individual y social, así como espiritual y material*"¹²².

Por tanto, de saque el Constituyente ha presentado la esencia de la subsidiariedad social centrada en la primacía innata de las personas en su autodeterminación y autoposesión, no existiendo posibilidad alguna, ni argumento jurídico que valga para que esta verdad justa pueda ser contradicha, reconducida, necesite un previo sustento o sea racionalizada. Entonces, vale indicar que el artículo 1 de la CP es la cláusula central de introducción y configuración de la subsidiariedad horizontal en nuestro Derecho, planteando el recojo de su más alto contenido, y a la vez, siendo el medio de manifestación de la importancia con la que debe mirarse en nuestro sistema de fuentes.

En suma, la subsidiariedad social en Perú aunque aparece desperdigada en diversas normas constitucionales, incluyendo la antes citada, ha sido positivizada como un verdadero principio general de derecho que pone las bases, limita, ordena, guía y coloca una armazón conceptual equilibrada para afrontar múltiples formas de relaciones jurídicas en las que las personas cumplen el rol principal de conformar la realidad nacional, pero no de manera exclusiva ni excluyente respecto de la sociedad y los poderes públicos estatales; posibilitándose así la mayor libertad posible pero con una máxima cooperación y vinculación solidaria para lograr que el bien individual se realice en la satisfacción del bien común¹²³.

¹²² CASTILLO CÓRDOVA (Op. cit, p. 208).

¹²³ Al respecto, ver la postura mantenida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1280). En la doctrina nacional, el profesor CHANG reconoce que en la "*aplicación del principio de subsidiariedad, el Estado siempre está presente, aunque no necesariamente actuando*". Ver esta cita en CHANG CHUYES (Op. cit, p. 138).

Por otro lado, a partir de la recepción y puntualización presentada en nuestra CP, la positivización de la subsidiariedad social ha generado un extraordinario nivel de vinculatoriedad frente a los operadores y en todos los rincones del Derecho peruano. Dicho de otra manera, y siguiendo las certeras palabras de CLAVERO ARÉVALO, las reglas constitucionales del artículo 1 de la CP y otras que se citarán luego, han permitido que la subsidiariedad horizontal no necesite ser indagada en nuestro Derecho, simplemente existe y debe ser practicada convenientemente cuando resulte necesaria¹²⁴.

Ahora bien, quiero resaltar que -de manera tímida- el TCP ha deslizado las ideas expuestas anteriormente, presentando a la figura como un principio de nuestra Constitución Económica, obtenido como fruto del constitucionalismo moderno (origen histórico que sería hartamente discutible según lo planteado). En adición, si vale la pena tomar en cuenta la importancia dado al instituto por el Alto Tribunal, pues lo anota como *"un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge (...) como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales"*¹²⁵.

A continuación, presentamos algunas ideas sobre la densidad de las reglas constitucionales que reconocen las variantes de la subsidiariedad. Como adelanté, el instituto en su variante horizontal es un principio recogido expresamente en una serie de normas constitucionales de estructura abierta, en cuanto a la configuración de sus elementos, que no imponen acciones perentorias a título de obligaciones o prohibiciones absolutamente determinantes del enjuiciamiento de un supuesto de

¹²⁴ Ver la postura sobre los principios generales del derecho recogidos en normas positivas en el famoso trabajo de CLAVERO ARÉVALO (1952: p.74).

¹²⁵ STCP, recaída en el Exp. 008-2003-AI/TC, de noviembre del 2013, F.J. 19.

hecho¹²⁶.

Más bien, cada una de estas normas que se mencionaran y analizarán en un siguiente apartado (además del comentado artículo 1 de la CP), aparecen construidas sobre la base de conceptos no excluyentes que bien podrían decaer frente a las razones dimanadas por otros principios, cuestión que obliga a la práctica constante de la ponderación o técnica del balance entre los posiblemente enfrentados.

A lo dicho, se podría agregar que el principio de subsidiariedad social tiene particularidades en su aplicación, que no pueden ser desconocidas o minusvaloradas. Es así, que aparecería con resaltantes características adicionales tales como la imposibilidad clara de ser aplicado automáticamente, quedando necesitado siempre de la concretización, descenso y ordenación de su amplio contenido al supuesto específico. En segundo lugar, como adelanté, es una figura que no requiere de sustento previo (es justa y correcta per se). En tercer lugar, la subsidiariedad siempre sirve para caracterizar, identificar y dar fundamento axiológico a muchos ámbitos jurídicos (en este caso a los asuntos de contenido económico y social y en los que existan relaciones compartidas entre las personas, la sociedad y el Estado). Finalmente, las normas que reconocen a la subsidiariedad son defectibles al no establecer o enumerar exhaustivamente todos los hechos condicionantes o excepciones sobre los cuales recaería o no las correspondientes consecuencias jurídicas¹²⁷.

Debo agregar que el principio de subsidiariedad se presenta como un mandato de optimización (según frase presentada por el TCP)¹²⁸,

¹²⁶ GUASTINI (2007: p. 636).

¹²⁷ Ver estas cuestiones en GUASTINI (Op. cit, pp. 634-635). En concordancia con lo señalado en el párrafo principal, la doctrina administrativista chilena ha aceptado -con algunas matizaciones y diferencias- los rasgos de los principios como cuestiones básicas y de gran generalidad “*que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión (...) son base de las normas y que estas, junto a las costumbres, modelan a las instituciones (...) Y la cualidad que los principios tienen de informar axiológicamente todo el ordenamiento constitucional y la hermenéutica del mismo*”. Ver esta cita en CEA EGAÑA (1984, p. 7).

¹²⁸ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 27.

mostrándose siempre como un conjunto de normas constitucionales fragmentarias en cuanto a sus consecuencias jurídicas, por ende es un instituto ligado a un necesario cumplimiento gradual¹²⁹. Sobre el particular, ARROYO JIMÉNEZ menciona que esta gradualidad de los principios puede estar referida a dos temas: "*primero, a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma –gradualidad como intensidad en la aplicación–; y, segundo, a la frecuencia con la que ese principio se impone frente a otros con los que entra en conflicto –gradualidad como frecuencia en la aplicación–. Esto es, los principios admiten un cumplimiento gradual porque se aplican en mayor o en menor medida, o porque se aplican más o menos frecuentemente. Mientras que, en el primer supuesto, la gradualidad alude al hecho de que un mandato pueda cumplirse en cada caso con una mayor o menor exigencia, en el segundo la gradualidad de los principios no se traduce en la intensidad de la satisfacción del mandato que incorporan, sino en la frecuencia variable con la que desplazan a otros principios*"¹³⁰.

Esta anterior cita me permite presentar un usual panorama de conflictos entre los principios (harto predicable para nuestro instituto), a veces con nociones enfrentadas cuyas condiciones generales y niveles de vinculatoriedad son similares, no existiendo mucho margen de maniobra para la preferencia y el descarte de uno frente al otro¹³¹. En ese sentido, el profesor GUASTINI presenta la idea de que en estos casos no habría espacio para el uso de los medios usuales de solución de colisiones normativas, puesto que "*se trata de conflictos entre normas que, de ordinario, emanan del mismo momento (...) se trata de un conflicto entre normas que tienen un mismo estatuto formal, la misma posición en la*

¹²⁹ Esta tesis sobre los principios como mandatos de optimización es mantenida por ALEXY (1993: pp. 86-89).

¹³⁰ ARROYO JIMÉNEZ (2009, p. 6).

¹³¹ En Perú, la subsidiariedad social desde la tesis reduccionistas o de manejo inadecuado de su contenido, aparece configurada como una figura de contenido negativo que prima (a veces sin justificación) sobre otros principios constitucionales como la solidaridad social o responsabilidad pública (incluso estos dos últimos muchas veces son desconocidos por los defensores de la primera posición). Estas posturas sobre las cuales haremos una crítica posterior, parten por creer que la subsidiariedad horizontal es sólo un mandato prohibitivo, desconociendo que tiene un alcance extenso y aparece configurada en nuestro Derecho como un principio general (recayendo de esta manera en todas las particularidades expresadas en el presente acápite).

jerarquía de las fuentes del Derecho (...) se trata de un conflicto en concreto (...) se trata de un conflicto parcial bilateral"¹³².

Frente a estas situaciones, se impone la utilización de la ponderación como técnica capaz de permitir la superación del enfrentamiento de principios en el caso concreto, consistiendo la primera en la identificación expresa de "*las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada*"¹³³. En consecuencia, casi siempre la subsidiariedad social aparecerá en dos facetas interpretativas que marcan su destino en la realidad fáctica: o primando directamente (porque es la fuente principalísima y no existen posibilidades de excluir su uso), o generalmente y en sectores diversos, como objeto de una operación interpretativa de ponderación en las que el resultado es completamente incierto (porque dependerán de las condiciones específicas para preferir su inclusión)¹³⁴.

3.2. ES UN CONCEPTO AMPLIO, ADAPTABLE Y DE BASE

Bajo la densidad normativa presentada en el artículo 1 de la CP y las explicaciones brindadas, la subsidiariedad social ha sido reconocida como un principio general en nuestro Derecho, quedando así marcada como una figura estelar de cobertura y basamento en múltiples campos de

¹³² GUASTINI (Op. cit, p. 636).

¹³³ ARROYO JIMÉNEZ (2009, p. 6).

¹³⁴ Por lo dicho, no estoy de acuerdo con el mecanicismo que presenta algún sector de la doctrina peruana, a partir de presentar la idea de que porciones de la realidad se pueden sostener tajantemente en la subsidiariedad horizontal o a la solidaridad social (traducidos estos principios en niveles de eficiencia o de búsqueda de equidad). Esto no sólo es propio de un tubo de ensayo más de corte económico, sino también desconoce el valor de la ponderación y las necesidades de los distintos intérpretes para justificar la preferencia de un principio frente al otro en cada supuesto específico. Por eso, ni para superar las desigualdades entre ciudadanos se puede fundamentar todo en la solidaridad social, ni la competencia o libre concurrencia de operadores económicos se basa exclusivamente en aspectos de la subsidiariedad horizontal. Siempre existen mezclas y primacías en los sectores de actuación y, como no, la obligatoriedad de preferir un principio constitucional en conflictos determinados. Sobre la postura criticada ver a HUAPAYA TAPIA (2013, pp. 562-563).

actuación. En esa línea, según el objeto del presente capítulo, considero existen tres características principalísimas que terminan por diagramar su contenido, algunas de ellas ya habían sido apuntadas a la luz de la adelantada naturaleza, a saber:

(i) Amplitud de extensión, quedando marcada por un ámbito objetivo más allá de lo meramente económico (y empresarial).

(ii) Mucha capacidad de adaptación que le permite ser usada -a través de técnicas secundarias- en diversos supuestos concretos, aunque no puede verse como una figura que actúa en solitario puesto que -en determinados sectores económicos o sociales- necesita entrar en contacto con otros principios constitucionales especiales o de corte particular.

(iii) Un indudable carácter de base respecto de las materias sociales y económicas.

Veamos a continuación el detalle de estos caracteres de la subsidiariedad horizontal o social partiendo siempre por la perspectiva que guía todas las explicaciones que brindaré, esto es que las intervenciones de todos los poderes públicos y claramente de las propias organizaciones administrativas (más cercadas a las personas), sean lo más respetuosas del protagonismo que tiene la iniciativa de las personas en la vida política, económica y social del país¹³⁵, no cabiendo que la primera pueda suplantarla o compita innecesariamente con ella, debiendo más bien fomentarla, corregirla y complementarla buscando siempre aplicar los medios de injerencia que más favorezcan la libertad individual y colectiva (en los cuerpos sociales intermedios formados por los ciudadanos), asumiendo escrupulosamente el contenido del principio pro libertate que debe informar cualquier tipo de estas actuaciones¹³⁶.

¹³⁵ El protagonismo de los privados se instrumentaliza mediante el ejercicio de muchos derechos constitucionales, pero vale la pena no dejar de mencionar a la participación prioritaria que pueden y deben practicar los peruanos "*en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación*" (ver el numeral 17 del artículo 2 de la CP).

¹³⁶ Ver esta postura en ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (Ob. cit, p. 79).

En suma, las características a señalarse en las siguientes líneas se presentan a la luz de la idea sintética expuesta por el profesor español RODRÍGUEZ-ARANA, en cuanto a que "*los poderes públicos de cualquier clase, deben completar, no sustituir, la acción de los individuos y de las familias*"¹³⁷.

3.2.1. *Amplitud de ámbito objetivo*

El principio de subsidiariedad en nuestro Derecho no sólo ha sido aceptado constitucionalmente en sus dos versiones, propiamente dentro de la vertiente horizontal existen varios específicos componentes planteados por la Carta Magna que han terminado por abarcar variantes específicas de la noción tales como la primacía de las personas, el protagonismo de los privados en la actividad empresarial, otros aspectos concretamente económicos, la amplitud de la subsidiariedad hacia los ámbitos sociales y un desconocido nivel comprensión e interrelación de la subsidiariedad horizontal con la solidaridad social. De todos ellos daremos cuenta a continuación, tratando siempre de señalar algunos otros principios implícitos y técnicas que entran en juego, siempre que se activan algunas variantes presentadas en nuestra CP.

El recuento y explicación de las variantes de la subsidiariedad social, siguiendo a los profesores ABRUÑA y BACA¹³⁸, debe partir por revisar las reglas y efectos de los artículos 58, 59 y 60 de la CP, sin dejar de asumir la relación implícita de la subsidiariedad horizontal en el derribo de toda forma de reserva estatal de sectores que se manifiesta en la tendencia constitucional por prohibir y eliminar toda forma de monopolio establecido legalmente (ver los artículos 61 y la octava disposición complementaria y final de la CP)¹³⁹. A lo dicho, habría que sumarle la

¹³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA (Op. cit, p. 760).

¹³⁸ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (Op. cit, p. 79).

¹³⁹ Ver la misma postura sobre la eliminación total de reservas estatales en la CP planteada por BACA ONETO (2009: p. 375).

claúsula esencial del artículo 1 de la CP que ya se ha explicado en el anterior acápite, y que resultaría ser la base de despliegue de la subsidiariedad social frente a todas las formas reseñadas (esto es la señalada superioridad de las personas ante cualquier construcción social o estatal). Cada una de estas normas plantea un determinado espacio conceptual de una figura extensa y de posibilidades múltiples, incluso estos insertos aparecen un poco desperdigados en el texto constitucional, aunque concretados principalmente en los principios generales del régimen económico de la CP.

Sin perjuicio de esto, existen ciertas normas constitucionales que implícitamente reconocen el valor importante (pero relativizado) de los privados en los ámbitos de corte social tales como las aparecidas en las prestaciones educativas o asistenciales previstos respectivamente en los artículos 7 y 13 de la CP, las cuales necesitan un estudio separado y poseen un obligatorio conjunto de fuentes específicas. De la asistencia sanitaria y su construcción respecto de la subsidiariedad y otros principios constitucionales daré cuenta en el siguiente acápite, aunque adelantaré algunas cuestiones en la característica tercera.

Pero regresemos a las principales reglas constitucionales de la subsidiariedad horizontal en clave económica. Así, el artículo 60 de la CP presenta las consecuencias de reducción y prohibitivas de la subsidiariedad social, bajo las cuales se afectan y delimitan las intervenciones empresariales de los poderes públicos (principalmente las organizaciones administrativas) en todos los ámbitos pertinentes, a fin de que no se suporogon, compitan sin necesidad visible o suplan injustificadamente el desarrollo pleno de la actividades que los particulares puedan realizar en múltiples espacios. En efecto, a diferencia de la Constitución de 1979 (que como adelantamos no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención pública en la economía), este concreto ámbito de la subsidiariedad se encuentra consagrado en el artículo 60 de la CP en los siguientes términos:

“Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar

subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

En otras palabras, la CP plantea como regla general de las relaciones entre los privados y las organizaciones del poder público en la economía (y principalmente a las organizaciones administrativas), a la preponderancia protagónica del primero, siempre en el marco de la consideración del mercado como el ámbito generalizado y natural de actuación de cualquier modalidad de participación, puesto que incluso en situaciones de intervención pública en suplencia o por defecto de los particulares, esta última deberá desenvolverse bajo las reglas económicas y jurídicas propias del primero (derecho privado, riesgos, etc.). Por tanto, en este punto señalo mi acuerdo con la postura manifestada por R. HUAPAYA, en cuanto a que la participación empresarial estatal o pública presentó un retroceso constitucionalmente impuesto para dejar "*el mayor ámbito de libertad y alcance posible a la iniciativa privada dentro del mercado, pero con sujeción a las reglas del ordenamiento público de la economía, desde sus bases constitucionales*"¹⁴⁰.

En ese sentido, considero que esta fórmula de configuración de la subsidiariedad horizontal aparece compuesta por dos nociones concatenadas que anteceden a cualquier entendimiento posible. En primer lugar, la idea de utilidad que obliga a asumir que todo lo que resulte más eficaz de ser hecho y encomendado a los privados, será efectuado por éstos sin miramientos o dudando de su primacía o posibilidades de desenvolvimiento. En segundo lugar, la tesis de la indiferencia que obliga a dudar del ejercicio o considerar sin relevancia posible a aquellos emprendimientos públicos frente a la iniciativa privada en la realidad económica, si es que los primeros no demuestran eficacia, presentan

¹⁴⁰ HUAPAYA TAPIA (Op. cit, p. 564). Esta postura se enlaza con lo expuesto hace algunas décadas atrás (antes del impulso liberalizador de los ochentas), por parte del profesor español MEILÁN, para quien "*siempre que sea posible, la actividad económica sea llevada a cabo por los particulares. Sin embargo, cuando la actividad de estos falte total o parcialmente, o cuando intereses generales lo exijan, los poderes públicos podrán y deberán asumir una actividad empresarial, siempre al servicio de aquellos en la forma más eficaz*". Ver esta cita en MEILÁN GIL (1970: p. 13).

dudas fundadas o no encuentran justificación jurídica y técnica de ser practicados por el sector público (por sobre los particulares)¹⁴¹.

Estos anteriores nociones perfilan la subsidiariedad social, permitiendo la aparición de dos aspectos de naturaleza positiva y negativa que han sido bien reseñados por RODRÍGUEZ-ARANA, como contenidos que nivelan o reconducen cualquier forma extremista de interpretación o práctica de esta variante del instituto, apareciendo *"por un lado el respeto a la iniciativa privada y a las colectividades inferiores por parte del Estado; pero también ofrece la faceta de una acción estatal de carácter accidentalmente supletoria respecto a los particulares, lo que implica la actitud positiva de poner a éstos en condiciones de llegar a suplir a la actividad estatal. Teniendo, en todo caso, los poderes públicos la obligación de actuar, en el sentido que sea necesario, para garantizar la consecución del bien común. El aspecto positivo del principio y la obligación finalista del actuar público evita que pueda identificarse con el dogma de la no intervención propia de la ideología liberal burguesa"*¹⁴².

Debo agregar que resulta imposible de entender la magnitud de esta variante de la figura, configurada como un mandato negativo y relativo recaído sobre el impulso empresarial de carácter público, si es que no se interpretan de manera sistémica el señalado artículo 60 con los artículos 58 y 59 de la CP, normas últimas en la que se plantean los presupuestos ineludibles para que se practique el supuesto de subsidiariedad social preceptuado en la señalada primera regla constitucional. Así, se ha preceptuado en el artículo 58 de la CP que:

"La iniciativa privada es libre (...) Bajo este 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".

¹⁴¹ Ver estas interesantes nociones en LABADIE OTERMI (1988: p.25).

¹⁴² RODRÍGUEZ-ARANA (Ob. cit, p. 768).

A continuación en el artículo 59 de la CP se ha indicado que:

"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria".

Al respecto, como bien plantea G. ARIÑO y comparto la idea de partes obligatorias para el desarrollo de esta vertiente de la figura; en general este instituto para su efectiva aplicabilidad necesita de *"unas condiciones previas para que pueda informar la ordenación social. Nada más difícil que hacer real la subsidiariedad del Estado, si no hay ciudadanos dispuesto a asumir sus tareas y sus responsabilidades. Y no habrá ciudadanos, ni iniciativa social, si no se dan estas dos condiciones básicas: 1) derecho de propiedad privada, y 2) libre mercado y libre empresa"*¹⁴³. Como se notará, lo que hizo nuestra CP es reconocer la imposibilidad de intervención empresarial pública activa, inmediata y directa, pero presentando -en paralelo- las bases exactas que necesitan los particulares para convertirse en los protagonistas de la vida económica y social del país; esto es el reconocimiento, respeto y mecanismos de tutela jurídica para la iniciativa privada, las libertades económicas y las propiedades de éstos en sus distintas facetas, siempre dentro de un marco de *"economía social de mercado"* (ver entre otros el artículo 2 numerales 12, 13, 14 y 15, el artículo 70 y 71 de la CP).

Es más, descendiendo en el análisis, la inclusión de esta faceta del instituto ha aparecido en paralelo con un reconocimiento y actuación sustantiva (y protegida) de las libertades de los privados para acceder al mercado o a un sector de cualquier naturaleza, de ejercitar la propia actividad empresarial, asociativa o individualizada y de cesarla cuando considere pertinente (todas ellas como manifestaciones concretas, entre otros, de los derechos constitucionales al proyecto de vida, la libre iniciativa, o la libertad asociativa, la libertad de empresa). Con mayor énfasis, debe ser cotidiano estas prácticas de derechos para alcanzar la satisfacción de los diversos intereses públicos (en muchos casos los

¹⁴³ ARIÑO (1993: p. 67).

privados pasan a ser colaboradores o ayudan a conformarlos mediante diversas técnicas de contratación pública o de concretización participación ciudadana); cuestión que obligaría a un lógico repliegue de la presencia empresarial pública en los campos de la realidad económica. En consecuencia, como bien plantea el TCP, es constitucionalmente inaceptable que el Estado "*pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos*"¹⁴⁴.

Por lo anteriormente indicado, e incluso por un posterior desarrollo jurisprudencial planteado por el TCP¹⁴⁵, esta vertiente de la subsidiariedad se ha catapultado como un elemento de vital importancia para nuestro Estado merced a una doble utilidad, en tanto se presenta como un medio para unir a "*la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos*"¹⁴⁶; y por sobre todo, aparece como un elemento para lograr "*la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal*"¹⁴⁷.

Esta naturaleza *bifronte* hace que la subsidiariedad social no esté construida ni exista para ser considerada como un principio para excluir, descartar de plano o exterminar cualquier forma de intervención pública empresarial¹⁴⁸. Es más, como erradamente entendió algún sector de la doctrina nacional, tampoco puede estimarse que la participación pública

¹⁴⁴ STCP, recaída en el Exp. N° 7339-2006-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 7.

¹⁴⁵ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre, F.J. 19.

¹⁴⁶ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre, F.J. 19.

¹⁴⁷ ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (Op. cit, p. 79).

¹⁴⁸ Por lo dicho en el párrafo principal, es que no comparto la idea que tienen varios autores peruanos sobre la subsidiariedad social, marcándola como un utensilio para deslegitimar a priori a la actividad empresarial del Estado, debido a que ésta es ineficiente en su propia gestión del emprendimiento, produce distorsiones en el mercado, favorece la corrupción, desincentiva la inversión en servicios públicos, tanto que "*la economía de un país debe propender a la privatización de las empresas públicas y a la sustitución del régimen de control estatal a un esquema de competencia*". Al respecto ver esta cita en GUZMÁN NAPURÍ, Christian y GAMARRA BARRANTES (2008, p. 282). Además, también comparte esta postura apriorística la autora QUIÑONES ALAYZA (2012: pp. 65-67).

en aspectos empresariales es de "*carácter excepcional (...) lo que se encuentra fundado en el modelo acogido en la Constitución, que es la economía social de mercado (...) ésta otorga una protección expresa a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a otras libertades económicas fundamentales, teniendo el Estado sólo una función de carácter residual*"¹⁴⁹.

Al respecto, creo que esta faceta del principio no puede llevar a generalizaciones de ámbitos, papeles y competencias a ser ejercitadas (más si ésta tiene la textura y densidad conceptual antes esgrimidas), puesto que existirán muchos campos -en los que hay muchos aspectos económicos y fondos públicos involucrados- en los que la intervención empresarial o prestacional pública es casi la única posible o la más relevante por diversos motivos, tal como se comprará en el siguiente capítulo¹⁵⁰. La subsidiariedad social en esta faceta es -ante todo- un

¹⁴⁹ KRESALJA ROSELLÓ (2015, p. 107). Este autor peruano luego -en la página 108- intenta matizar estas iniciales afirmaciones generalistas reconociendo que en distintos sectores calificados como "*no empresariales (...) y que tradicionalmente se vinculan con la salud, la educación y la seguridad social caben la obligaciones del Estado en la entrega de servicios bajo el rasgo de continuidad y universalidad, no siendo posible "aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el ya citado artículo 60 de la Constitución Política, porque el Estado no tiene más opción que prestar este servicio y porque ello es una obligación constitucional"*. Sobre lo afirmado, creo que el autor plantea una visión empuñada de la subsidiariedad social (siguiendo la imagen de un sistema de esclusas con puertas de entrada y salida frente al sector privado y público), perspectiva en la que la iniciativa privada se basta a sí misma por igual y en todos los campos, no siendo necesario la participación de un Estado ineficiente y harto descalabrado. Los tiempos que corren actualmente demuestran que el mercado y el Estado nunca podrán estar solos, se necesitan mutuamente para siempre, en pos de cumplir con el reto de poner a las personas como el centro gravitante de toda la realidad.

¹⁵⁰ Por lo expresado en el texto principal, es que de saque quiero alejarme de la postura mantenida por el TADC del INDECOPI, en cuanto a considerar que respecto de supuestas prestaciones sociales (mantenidas con ingentes números de fondos públicos y que impactan en la economía de una manera gravitante), estamos ante supuestos que no tienen la calificación empresarial y por ende "*sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución*". Creo, que este TA en el citado fragmento de su Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 45, vuelve a cometer el error de toda la *tendencia reduccionista* que prima en el derecho peruano, pues a partir de calificaciones nominales y sin justificación, intenta reconducir la introducción de la subsidiariedad social sólo a actuaciones que tendrían un aparente sentido más empresarial, perdiendo de vista la riqueza y amplitud constitucional de la figura. Frente a esta postura, quizás sería bueno recordar que la subsidiariedad horizontal es una faceta de un principio que tiene distintos moldes de aplicación y depende del caso concreto. A veces, en prestaciones "sociales" entra en juego con otros principios constitucionales y necesita su posicionamiento como figura secundaria. Pero jamás se puede declarar como inexistente. Además, debe recordarse que el artículo 60 de la CP no puede interpretarse en solitario, necesita de otras normas de la Carta Magna y -principalmente- del multicitado artículo 1.

principio que busca el equilibrio entre las actuaciones los privados y las organizaciones del Poder Público; de ambos tipos de sujetos se necesita para conformar conjuntamente el bien común, pero siempre respetando la primacía de las personas en todos los ámbitos posibles de la vida, sin que esto implique el menosprecio del importantísimo papel estatal (que algunos casos y sectores, con razones justificantes, debe convertirse en el principal prestador u oferente)¹⁵¹. Por eso, es que nuestro TCP recuerda que esta regla constitucional del artículo 60 de la CP es "*antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos*"¹⁵².

Considero que la clave de la cuestión está en no seguir percibiendo a las iniciativas públicas y privadas en la realidad económica como dos fuerzas contrapuestas –en la que los defensores de una u otra ensalzan y vitorean a la que les atañe– que no pueden usarse conjuntamente desde el protagonismo de la última y la suplencia de la primera como medios de servicio en favor del interés público¹⁵³. En otras palabras, el principio de subsidiaridad social no implica una especie de “confrontación” entre el Estado y el privado. Todo lo contrario, el instituto presenta e infiere la necesaria confluencia del sector público y sector privado destinada a alcanzar importantes objetivos de interés público¹⁵⁴

Además, la empresa pública, los servicios públicos, los servicios

¹⁵¹ Recientemente en la doctrina latinoamericana, el profesor COVIELLO ha hecho eco de esta necesidad de conjuntar dos extremos aparentemente enfrentados, indicado que la "*subsidiariedad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay un interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal*". Ver esta cita en COVIELLO (2016 p. 55).

¹⁵² STCP, recaída en el Exp. N° 7339-2006-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 11.

¹⁵³ Estos intentos de re-interpretación también han sido planteados en el derecho chileno. Así, el autor FAÜNDEZ SÁNCHEZ señala acertadamente: "*la idea de que entre el Estado y los particulares puede establecerse un sistema de cooperación, coordinada y eficiente, en que ambos se vean beneficiados. En este sentido, la actividad económica, además de ser una actividad productiva y lucrativa, es una actividad social que se desarrolla dentro de los contextos y reglas de que se ha dotado una sociedad y que cambian tan dinámicamente como la economía. Ella, sea privada o pública, en sí es un movimiento de interrelación entre personas, entre patrimonios, entre intereses y moralidades, que debe desarrollarse dentro de una sociedad, como un “sistema justo de cooperación”*". Ver esta cita en FAÜNDEZ SÁNCHEZ (Op. cit, p. 223).

¹⁵⁴ Ver esta misma postura en MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ (1997: p. 191).

esenciales, el régimen de libre competencia, entre otros, son solamente técnicas jurídicas que existen, se modulan, transforman, mezclan o desaparecen conforme a los requerimientos de la realidad. No cabe por tanto un hábito de adoración o de defensa a ultranza sobre ellas, perdiendo de vista el objetivo último de nuestro Derecho previsto en el artículo 1 de la CP (las personas y su dignidad). Finalmente, la intervención pública en la economía siempre existirá (incluso la prestacional o empresarial), el problema en determinar su intensidad en cada caso concreto y esto es una tarea que le toca directamente al legislador del momento.

En tiempos actuales se viene generado una evidente transformación de técnicas y roles que desde siempre el Derecho administrativo había estudiado y formulado en un único sentido (situación que no es distinta para Perú), planteándose la posibilidad que los agentes privados y las poderes públicos (en concreto, las administraciones públicas) retomen intensamente otras formas o apliquen otros renovados institutos jurídico-administrativos y, como no, las labores conjuntas en distintos campos. Es así, como bien plantea MUÑOZ MACHADO, diversos ejemplos prueban los anteriores cambios: *"el servicio público ha dejado de ser exclusivamente una actividad prestacional de la Administración; puede serlo, pero los servicios sociales y económicos de interés general también pueden ser responsabilidad de empresas o instituciones privadas; para las empresas que lo prestan pueda configurarse como una obligación compensada a veces con posiciones privilegiadas de Derecho Público que las sitúa fuera de las reglas de la libre competencia"*¹⁵⁵.

Por otro lado, como la actuación empresarial estatal no es directa ni "libre" en un determinado mercado o sector instrumentalizado bajo alguna técnica prestacional, cabe señalar que ésta se podrá realizar siempre y cuando se cumplan tres requisitos taxativos y obligatorios, todos desprendidos del artículo 60 de la CP y de la legislación de desarrollo, a saber:

¹⁵⁵ MUÑOZ MACHADO (Op. cit, p. 201).

- (i) Que la realización de la actividad empresarial de titularidad pública se encuentre autorizada por norma legal expresa aprobada por el Congreso de la República, recaudo formal que ha sido expresamente recogido por el TCP como el establecimiento de una extraña "*reserva de ley absoluta*"¹⁵⁶ (es más un mecanismo para impedir la promulgación y publicación de otros tipos de normas legales habilitantes a cargo del Poder Ejecutivo como los decretos legislativos o los decretos de urgencia, o, incluso, las ordenanzas regionales o municipales que se encuentran en las competencias propias de los Concejos Municipales o Regionales). En ese sentido, este requisito ha sido expresamente ratificado por el legislador en el artículo 3 del DLAE en los siguientes términos: "*La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República (...) en cualquier sector económico*".
- (ii) Que la intervención empresarial pública se realice en un sector económico o social (no solamente mercado) en los que exista una ausencia total o insuficiencia de privados que permita atender toda la demanda existente entre los ciudadanos, considerándose a éstos como datos de motivación que deberán ser asumidos y expresados por el legislador en el contenido y exposición de motivos de la concreta norma legal habilitante. Esto ha sido reconocido por el TCP como el "*reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común*"¹⁵⁷. Además, en idénticos términos a los presentados por el artículo 60 CP, se puede revisar el texto del citado artículo 3 del DLAE.

¹⁵⁶ STCP, recaída en el Exp. N° 0034-2004-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 11. De manera fundamentada, aunque no comparto su posición, el profesor CHANG señala que "*no sólo el Congreso tiene potestad para crear empresas públicas sino que también los Gobiernos Regionales (...) Esto implica que el parlamento solo puede crear empresas de carácter nacional mientras que los Gobiernos Regionales lo pueden hacer en su ámbito*". Ver esta cita en CHANG CHUYES (Op. cit, p. 151).

¹⁵⁷ STCP, recaída en el Exp. N° 7339-2006-PA/TC, del 13 de abril de 2007, F.J. 11.

Es más, según una situación que puede considerarse como extralimitada para el ejercicio de las potestades administrativas decisorias y de resolución de recursos administrativos, este requisito propio de la justificación ha sido instrumentalizado por el TADC del INDECOPI mediante una metodología de investigación y estudio de corte económico, que busca probar, ante las deficiencias y abierto olvido de la legislación de defensa de la competencia, "*si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada*"¹⁵⁸, y, en segundo orden, "*cuál es la oferta privada disponible*"¹⁵⁹.

- (iii) Que el objetivo que se pretenda satisfacer o salvaguardar sea un "*alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional*", posibilidades de corte finalista que deberán conectarse con los motivos de justificación, y, como no, aparecer en el debate parlamentario, debiendo a continuación ser colocadas en la exposición de motivos y en la específica norma legal habilitante aprobada por el Congreso de la República. En este punto estoy de acuerdo con lo expresado por KRESALJA, en cuanto a que este recaudo tiene carácter "*no sólo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas*

¹⁵⁸ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 82.

¹⁵⁹ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 83. Sobre esta metodología económica, aunque puede ser un importante aporte para tratar de comprobar la falta parcial o ausencia de privados en sectores específicos, aprobado como un supuesto "precedente administrativo de alcance general" y producto del TA más respetado dentro y fuera del país, no deja de ser un motivo más de un acto administrativo resolutorio. Por tanto, ni puede ser impuesto al legislador como se pretende deslizar entre líneas (ver los numerales 80 y 81), ni tampoco puede ser sobrevalorado dentro de nuestro sistema de fuentes (la jurisprudencia ordinaria y constitucional podría dar lugar a un cambio de sentido o incluso al completo descarte de la metodología). Finalmente, aunque no es éste el trabajo ideal, debo decir que tengo serias dudas en cuanto a la existencia de una potestad discrecional para aprobar este tipo de métodos, ajenos a la discusión planteada por el correspondiente recurso administrativo, puesto que este órgano cuenta sólo con las competencias entregadas por el legislador para "*revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica*" y, en el régimen sancionador de represión contra la competencia deseal, para "*actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción*", entre otras potestades de instrucción ligadas a las dos citadas y desperdigas en algunas normas diversas (ver principalmente el artículo 27 del Decreto Legislativo No. 1044).

políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados"¹⁶⁰.

Es claro que ambas cláusulas del artículo 60 de la CP son aspectos que requieren de una evaluación exclusiva del que ostenta la condición de ser el fruto directo del principio de representación, no siendo posible que ningún otro poder público se encuentre capacitado constitucionalmente para adoptar esta decisión. Más todavía, el legislador se ha reservado esta decisión de manera expresa con la forma excluyente de la norma legal habilitación preceptuada en nuestro ordenamiento vigente (sólo por "*Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional*" según los términos del artículo 3 del DLAEE).

Finalmente, en la misma línea el TADC del INDECOPI ha reconocido expresamente -como no podía ser de otra manera- que el "*Congreso de la República es el único (...) legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad– lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad*"¹⁶¹.

En esta parte quisiera plantear otro importante punto del ámbito o contenido constitucional de la subsidiariedad social. Por largos años pasó desapercibido un sub-principio de la subsidiariedad que aparece expresamente recogido en el mismo artículo 60 de la CP, esto es el llamado de pie de igualdad entre las actuaciones empresariales efectuadas por los privados y las gestionadas (de manera subsidiaria) por las organizaciones administrativas o empresas públicas de diversa índole¹⁶².

¹⁶⁰ KRESALJA ROSELLÓ (Op. cit, pp. 108-109).

¹⁶¹ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 124.

Sobre el particular, el parco texto constitucional señala lo siguiente:

"La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

Todo esto, a pesar que el propio legislador declaró en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 757 la reafirmación de este principio y las distancias conceptuales evidentes entre las organizaciones administrativas y las empresas públicas en los siguientes términos: *"cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos".*

Los años posteriores no fueron muy favorables para este sub-principio, debido a cuestiones que se explicarán a continuación. El tratamiento paritario que plantea de manera directa el constituyente y la anterior declaración legal, ha sido largamente afectado por la legislación sectorial de la actividad empresarial del Estado, presentando una idea distorsionada de la igualdad pretendida desde la CP, puesto que no es posible -en la actualidad- utilizar los mismos regímenes jurídicos para los destinatarios de esta norma constitucional. En cualquier caso, lo que más ha primado en épocas posteriores a la promulgación de la CP es una desigualdad de distinta intensidad, que aunque ontológica y con algunas

¹⁶² Esta diferenciación entre actividad, organización administrativa y empresa pública aparece claramente recogido en el numeral 14.3 del Decreto Legislativo No. 1044 y en la visión económica que recoge mayoritariamente el TADC del INDECOPI, órgano administrativo resolutorio que ha señalado *"que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores"*. Ver esta cita en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 50.

Creo que existe una explicación jurídico-administrativa abandonada por este TA y la propia legislación en los intentos por explicar la actividad empresarial estatal. Ésta es que en nuestro país aún seguimos reconociendo a las llamadas empresas del Estado de Derecho Público que aparecerían claramente ejemplificadas en el FONAFE y el Banco de la Nación. Al respecto ver las explicaciones brindadas por el profesor ABRUÑA PUYOL (Op. cit, p. 85).

justificaciones, se distancia irracionalmente para las empresas públicas (estatales) y los sujetos empresariales privados fuera de las reglas naturales del mercado y el propio derecho privado, incluso con ciertas previsiones que determinarían la posible derogación implícita del mencionado artículo 7 del Decreto Legislativo No. 757.

Así, siguiendo el recuento hecho por ABRUÑA, existieron varias normas contenidas en la antigua Ley No. 24948 que otorgaron a las empresas estatales directas "*privilegios, como gratuidad y exoneración de todo tributo, derecho, arancel o tasa en las transferencias de acciones y activos fijos (...) inembargabilidad de las acciones; y (...) con previa ley de delegación, podían contar con la posibilidad de ejercer facultades coactivas (...) y ser agentes de percepción o retención de tributos*"¹⁶³. Esto, en la actualidad ha sido atenuado y existe una clara idea de privatizar el régimen de la actividad empresarial del Estado para la mayoría de éstas, a fin de acercar la legislación sectorial a la cláusula constitucional (apareciendo claras alusiones a normas societarias por varios fragmentos). Pero, a desmedro de este intento, se mantienen ciertas cuestiones tales como la delegación legal de ciertas potestades administrativas de auto-organización ligadas a la implantación de "*planes estratégicos y en las metas establecidas en sus programas y presupuestos anuales*" aplicados desde el holding público llamado FONAFE o sus entidades administrativas accionistas (ver el numeral 5.2 del Decreto Legislativo No. 1031), reglas de contratación pública (ver el literal g. del artículo 3 de la Ley No. 30225), o por último potestades para vincularse "*con los Sistemas Administrativos del Estado*" (ver el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1031)¹⁶⁴.

¹⁶³ ABRUÑA PUYOL (Op. cit, p. 88).

¹⁶⁴ La delegación de potestades administrativas a favor de empresas públicas sigue siendo un problema serio y por resolver en nuestro Derecho administrativo. En general, considero debería extirparse esta posibilidad, a fin de que no existan distorsiones en la intervención empresarial pública, permitiendo que las empresas estatales y municipales se comporten como agentes de mercado, con riesgos propios y surjan sobre sus objetivos otros tipos de controles. Si pretendemos mantener un aparato concreto y pequeño de empresas públicas debemos asumir que es producto de la reducción del Derecho administrativo, en la que no cabe entregar potestades públicas a estos sujetos de personería jurídico-privada, puesto que las posicionarían en una situación no igualitaria frente a sus competidores o pares privados (en sentido positivo o negativo). Es más, estas fórmulas de delegación distorsionan el concepto de administración pública en nuestro Derecho, apareciendo extrañas nociones en nuestra LPAG o en la propia normas de contrataciones del Estado (como la consideración de entidades administrativas recaídas sobre las "*personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o*

Frente a este panorama vale un intento de re-construcción en aras de mostrar el valor y vinculatoriedad de este segundo y abandonado sub-principio contenido en el artículo 60 de la CP. En primer término, debe entenderse que una empresa pública (estatal o municipal) es una fórmula de intervención de las organizaciones administrativas aplicada para brindar directamente servicios y prestaciones a favor de usuarios o consumidores dentro del mercado, lo cual se justifica en diversas y ya comentadas razones de utilidad pública o interés general. En adición, aunque la empresa pública aparezca como un nuevo sujeto con personería jurídica diferenciada, y en determinados casos, adscrita y regida por el régimen jurídico-privado, debe considerarse que ésta es siempre dependiente y controlada por una organización administrativa (sea por su propia creadora o por alguna otra encargada específicamente por el ordenamiento como sucede en el país con el FONAFE o la Caja Militar-Policial). En suma, como bien ha sintetizado MARTIN MATEO las empresas públicas son "*organizaciones económicas de control público*"¹⁶⁵.

Entonces, bajo las anteriores consideraciones, cuando un operador se encuentra frente a una empresa pública no puede pretender rebatir la titularidad, influencia dominante o los controles públicos ejercidos por las entidades administrativas competentes, más bien tiene que entender que son criterios indispensables para definir la correcta configuración y aparición de esta técnica en el caso concreto. Como corresponde ambos elementos de creación, constitución y de permanencia de la empresa pública quedarán marcados de arriba a abajo por el Derecho administrativo (con leyes concretas y habilitantes que marcan este

ejerzan función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado" prevista en el numeral 1.8 del título preliminar de la LPAG).

En este punto, comparto la posición mantenida por la profesora española CHINCHILLA, desde la perspectiva comunitaria, en cuanto que no pueden calificarse "*como poderes públicos a las entidades del sector público que adoptan forma y naturaleza privada (las sociedades mercantiles o las fundaciones), sencillamente porque no lo son; y no lo son, precisamente, porque no ejercen potestades, por más que recientemente las leyes hayan reconocido, como asumiendo una anomalía que, como tal, no debería tener consagración legal, que puede haber sociedades mercantiles que ejerzan potestades públicas*". Ver esta cita en CHINCHILLA MARÍN (2016, p. 373).

¹⁶⁵ MARTÍN MATEO (1985: p. 372).

camino), manifestándose en una serie de relaciones jurídico-administrativas de carácter interno que se presentan entre las organizaciones administrativas matrices y los sujetos creados. Esto sería el denominado *núcleo duro* de derecho administrativo que resulta irrefutable ante la aparición jurídica de las llamadas empresas públicas (estatales o municipales)¹⁶⁶.

Sin embargo, y esto es algo que hemos perdido de vista de cara a la igualdad de tratamiento jurídico con las actuaciones y empresas privadas, la descrita participación empresarial pública siempre deberá someterse a las reglas de mercado, siendo el Derecho privado el que prime en el desenvolvimiento de su objeto social y donde corresponda adicionalmente (las relaciones con sus proveedores, la propia auto-organización y en las relaciones con otras empresas), puesto que bajo estos supuestos (que no son pocos) deberá existir un necesario discernimiento y flexibilización frente al Derecho administrativo, a fin de otorgarle una autonomía de gestión necesaria y ser considerada un agente económico más¹⁶⁷.

De nuevo, el principio de pie de igualdad plantea *equilibrio*, no debiendo exagerarse la extensión del núcleo duro o esencial del Derecho administrativo en la legislación pertinente de las empresas públicas, al ser ésta una situación que supondría la ruptura de la constitucional igualdad del trato, la desnaturalización de las empresas públicas y, sin duda, una posible amenaza a la posición de primacía de la que gozan las personas naturales y jurídicas en todo emprendimiento empresarial. En segundo lugar, la clave de reconstrucción también supone asumir al Derecho privado "*como derecho general del tráfico económico*"¹⁶⁸, que proporciona a toda organización administrativa que controla una empresa pública la necesaria "*capacidad de conexión de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados*"¹⁶⁹. Por eso, como piedra de toque,

¹⁶⁶ Ver esta postura en MARTÍN MATEO (Op. cit, p. 372). En el derecho peruano esta posición fue asumida por el desaparecido profesor A. CÉSPEDES, asumiendo así el valor sustancial de estas notas definitorias de las empresas públicas. Ver esta postura en CÉSPEDES ZAVALA (2010: pp. 65-66).

¹⁶⁷Al respecto ver a SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 411).

¹⁶⁸ SCHMIDDT-ASMANN (Op. cit, p. 299).

¹⁶⁹ SCHMIDDT-ASMANN (Ibidem, p. 299).

la legislación sectorial tiene que cambiar en muchos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria o supletoria del Derecho privado respecto de ámbitos no ligados al aspecto esencial de Derecho administrativo antes acotado¹⁷⁰.

Como cierre de todo lo explicado en este largo acápite debe quedar claro que la subsidiariedad horizontal tiene un amplio ámbito objetivo, presentando siempre en un lugar estelar a la prioritaria revalorización de la persona, sus derechos e impulso en cualquier campo de la realidad, importancia guiada siempre por la idea de que no resulta "*lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa*"¹⁷¹. En adición, esta colocación protagónica de las personas lleva aparejada y se conecta con un grupo de variantes de la propia figura que -desde el reconocimiento constitucional- se presentan compuestas por una serie de de derechos constitucionales ineludibles, mandatos de corte positivo y negativo y sub-principios (como el pro libertate y el pie de igualdad). Todas estas variantes se convierten en parte del bagaje de la subsidiariedad horizontal y en auténticos medios para servir a la supremacía de las personas prevista en el artículo 1 de la CP.

3.2.2. Capacidad de adaptación

¹⁷⁰ Lo afirmado en la última parte del párrafo final supondría también un radical cambio de sentido en la normatividad infra-legal de la actividad empresarial pública. Propongo un ejemplo para entender mejor el planteamiento. El régimen de control público ejercitado por el holding estatal FONAFE que se practica sobre las denominadas empresas del Estado, se lleva a cabo en paralelo con la aplicación del derecho privado, usado sobre las gestiones generales y actividades de mercado practicadas por estos últimos sujetos. Sin embargo, en estos últimos espacios de actuación, aparecen diversas directivas aprobadas por el Directorio del FONAFE que no necesariamente tienen que ver con las relaciones jurídicas propias del descrito núcleo de Derecho administrativo (contratación, planificación de mercado, reparto de dividendos, aumentos de sueldo, régimen de directores, etc.); siendo normas reglamentarias que producen un menor margen de maniobra de las empresas estatales en el mercado, y, en segundo lugar, una directa forma de inaplicar en la práctica el principio del pie de igualdad (una extensión irracional del Derecho administrativo a situaciones no naturales).

No debo dejar de mencionar la situación diferenciada de flexibilización en la que se ha venido introduciendo la empresa estatal PETROPERÚ, una de las pocas que por sucesivas normas legales (Leyes No. 28840 y No. 30130), se ha visto apartada del Derecho administrativo en espacios no ligados al señalado núcleo duro de jurídico-administrativo. A pesar de estas cuestiones hartamente positivas, existen voces discordantes que fustigan alguna de estas leyes, incluso con el rótulo de incumplidora de "*lo establecido en el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución*". Esta cita puede ser revisada en CAIRAMPOMA ARROYO (2012, p. 328).

¹⁷¹ ARIÑO ORTIZ (2004: p. 158).

La forma disgregada como la CP ha positivizado la subsidiariedad social, a veces sin frases directas y con una expresa cláusula de racionalización de la intervención pública en los sectores empresariales contenida en el artículo 60, puede llevar a la postura incorrecta de encasillar a la figura en una de sus vertientes, haciéndole perder su original carácter expansivo y, a continuación, su manifiesta posibilidad de adaptación y aplicabilidad frente a múltiples supuestos de diversa naturaleza. Lo que es peor, este recorte podría hacer pensar que la subsidiariedad horizontal sólo puede tener incidencia económica (o lo que es más certero, siguiendo esta postura reduccionista, sólo repercusión o influencia en ámbitos donde exista un afán lucrativo con un claro correlato empresarial dentro del mercado). A estas situaciones problemáticas debe agregarse un total descuido de nuestro legislador por tratar de ordenar y especializar las variantes del principio, apareciendo sólo aspectos puntuales y desordenados reconocidos en ciertas normas legales sectoriales (entre otras, las citadas en el anterior acápite y las que se presentarán luego en el segundo capítulo).

Esta postura que aparece tras la idea sostenida en algunos precedentes administrativos del TADC del INDECOPI y en buena parte de nuestra doctrina, merece un comentario crítico, más si no encuentran ningún sustento en la jurisprudencia del TCP. Por el contrario, las mismas se oponen y estrellan con los fundamentos que repetidamente ha afirmado el Alto Tribunal en cuanto a las posibilidades de práctica de la subsidiariedad horizontal, la cual siempre puede recaer en todos los tipos de relaciones existentes *"entre el Estado y la ciudadanía (...) en el marco del respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial"*¹⁷². Es más, siguiendo una interpretación sistémica de todas las variantes posibles, la jurisprudencia constitucional concluye e incluye los efectos y variantes de la subsidiariedad social en todos los ámbitos posibles, sin presentar discriminación por la naturaleza particular de éstos, puesto que *"el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad,*

¹⁷² STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre, F.J. 19.

cuando la colectividad y los grupo sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo"¹⁷³.

Dicho esto, vale reseñar brevemente las fuentes y los datos aportados por la postura que intento criticar. El gran propulsor de la tesis de localización exclusiva de la subsidiariedad horizontal sólo para asuntos empresariales ha sido el TADC del INDECOPI, órgano administrativo que desde un supuesto "precedente administrativo" relevante y en los intentos por extirpar posibles "actos de violación de normas de competencia" previstos en el numeral 14.3 del Decreto Legislativo No. 1044 ha sustentado lo siguiente:

- (i) Sobre determinados sectores *"que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social"*¹⁷⁴, materializados en diversas modalidades de prestaciones asistenciales, educativas, protección social, etc.; los primeros no calificarían *"como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política"*¹⁷⁵.

- (ii) Adicionalmente, tras este criterio economicista ligado a la obtención de lucro (aparente o real), que discrimina entre los sectores aparentemente económicos de los que no lo son (como un medio para expurgar y determinar la introducción de la principio), se afirma -en términos definitivos- que al encontrarse el Estado *"en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución. En*

¹⁷³ STCP, recaída en el Exp. N° 0034-2004-PI/TC, del 15 de febrero de 2005, F.J. 22.

¹⁷⁴ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 44.

¹⁷⁵ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 43

*efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio"*¹⁷⁶.

- (iii) Debe agregarse que esta postura busca ser justificada desde una peculiar forma de entender las potestades públicas y su relación con las actividades asistenciales o sociales de titularidad pública previstas como objetos de revisión del citado precedente administrativo, en tanto, las primeras se alejarían del mercado y del espacio empresarial para ubicarse dentro del "*ejercicio de funciones de ius imperium*"¹⁷⁷, o identificadas "*con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales*"¹⁷⁸.
- (iv) Por último, aparece como un aparente sustento remoto la referencia a una específica sentencia del TJCE dirigida a revisar la inclusión o no dentro del régimen de la competencia comunitario de determinados sujetos que cumplen labores de recaudación de cotizaciones de la seguridad social o funciones exclusivamente sociales (o que funcionaran según el principio de solidaridad)¹⁷⁹. Nuestro TADC del INDECOPI toma para sí el concepto funcional de "empresa" que ha mantenido este órgano jurisdiccional comunitario, siendo un elemento que no

¹⁷⁶ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 45. Esta postura del órgano resolutivo del INDECOPI, aparecida en la discusión de los servicios asistenciales y sociales, se ha mantenido antes y -evidentemente- no cambió después de la emisión del citado "precedente administrativo". Para tener el panorama completo debe revisarse principalmente la Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI de 14 de setiembre del 2010, F.J. 35, 36, 37 y 38 y la Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI, de 14 de setiembre del 2010, F.J. 44, 45 y 46.

¹⁷⁷ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 46.

¹⁷⁸ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 46.

¹⁷⁹ La sentencia que aparece citada de manera marginal por el precedente es la STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91. Ahora bien, las explicaciones sobre el concepto funcional de empresa se basarán en los interesantes comentarios de GUAMÁN HERNÁNDEZ (2009: pp. 127-134).

debe pasar desapercibido para las próximas explicaciones críticas, si es que -previamente- media un nivel de comparación con los argumentos del "precedente administrativo" (que buscan justificar la aparente reducción de ámbito de la subsidiariedad horizontal).

Esta postura del TADC del INDECOPI luego fue asumida y vitoreada por múltiples autores, desde los que a partir de un mal manejo de técnicas prestacionales (pero con un cierto nivel de prudencia) aseguraron que en estas intervenciones públicas en servicios sociales *"el rol que nuestra Constitución atribuye al Estado (...) no es subsidiario sino protagónico o, cuando menos, concurrente con el de las empresas e instituciones privadas"*¹⁸⁰.

Pasando por los que, sin mucho argumento jurídico de fondo plantearon una defensa cerrada, ideológica y hasta institucional de la postura, en términos de que el "precedente" era *"una de las resoluciones más importantes y mejor sustentadas de los últimos años"*¹⁸¹, o que constituía *"un paso importante para asegurar el desarrollo de la actividad empresarial del Estado"*¹⁸². Para terminar con lo expresado por un importante profesor peruano que, sin mencionar nada del precedente administrativo en cuestión, concentra todas sus explicaciones e intentos de re-intepretación (desde sus denominadas facetas de subsidiariedad regulatoria y empresarial), sólo y a partir de criterios económicos, la propia iniciativa empresarial y el mercado¹⁸³.

Sin embargo, han existido dos voces solitarias que han intentado mostrar un cierto nivel de desacuerdo con estas tesis favorables y de aceptación del "precedente administrativo". Sin menospreciar la correcta postura de OCHOA¹⁸⁴, la más lograda ha sido la opinión del profesor KRESALJA, quien desde una perspectiva de respeto por el contenido tradicional e histórico de la figura ha reclamado que el órgano administrativo del

¹⁸⁰ QUIÑONES ALAYZA (Op. cit, p 69).

¹⁸¹ BULLARD (2011: p. 209).

¹⁸² QUINTANA (2011: p. 33).

¹⁸³ HUAPAYA TAPIA (Op. cit, pp. 691-696).

¹⁸⁴ OCHOA CARDICH (2011, p. 33-39).

INDECOPI *"ha teñido la definición del principio de subsidiariedad de un contenido que lo aísla de su concepción integral , no solo tal como ha sido reconocido por la doctrina social de la Iglesia Católica, sino también en la legislación y doctrina de países europeos, para darle un contenido exclusivamente económico, dejando de lado un conjunto de aspectos de interés público que deben ser tomados en consideración para un análisis no solo del principio sino de los casos concretos que se presenten"*¹⁸⁵.

Nada más equivocado que las anteriores tesis de reducción conceptual, la subsidiariedad social nunca fue pensada, ni menos apareció desarrollada en nuestra legislación como un utensilio de discriminación para determinar que sectores son más o menos económicos (o más o menos ligados a la rentabilización monetaria). Se entiende mal y poco la naturaleza de principio general de derecho de la subsidiariedad horizontal, cuando se pretende presentarla como arma arrojada en contra de la intervención empresarial pública o el desempeño funcional de las organizaciones administrativas en ámbitos en los que aparecen con indudable preponderancia e intensidad (a través de los llamados servicios sociales y asistenciales), sin que en estos mismos dejen de existir la primacía de las personas o el respeto por sus intervenciones -a veces principalísima- en determinados sub-sectores (como la venta de medicamentos y productos farmacológicos que constituyen un verdadero mercado sanitario, tal como lo veremos luego).

Es más, se presenta de una manera desconfigurada, generalista, fuera de los límites constitucionales y de manera contraprudente, contraria a la propia libertad que se intenta o dice defender, cuando se afirma que *"el concepto de subsidiariedad es económico antes que legal, y depende de las circunstancias de cada caso en cada momento. Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo (...) para calificar que una actividad es subsidiaria hay que determinar si el sector privado puede o no cubrir la demanda del bien o servicio respectivo"*¹⁸⁶.

¹⁸⁵ KRESALJA ROSELLÓ (Op. cit, p. 179).

¹⁸⁶ BULLARD (Op. cit, p. 203). Este autor publicó el mismo texto en dos revistas distintas. Por razones de espacio y especialidad sólo citaré el trabajo aparecido en la revista del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del

Creo que ante estos argumentos propios de una visión estrecha del instituto, cabe plantear ciertas cuestiones que retomen la original amplitud de la subsidiariedad horizontal, claro está, desde una visión que respete sus fuentes históricas y el modo final de recepción que tuvo nuestra CP en las varias normas que tienen positivizadas vertientes o aspectos de la figura:

- (i) En primer lugar, no debe perderse de vista que un precedente administrativo es una fuente inferior en nuestro sistema. Ni es jurisprudencia¹⁸⁷, ni tampoco puede considerarse como un elemento que catapulta una supuesta interpretación auténtica o principalísima de un principio constitucional, puesto que el mismo no deja de ser un acto administrativo resolutorio, que desde un conflicto puntual y el ejercicio de potestades administrativas decisorias o de resolución de recursos, presenta una fuerza vinculante relativa, sujetando su actual y posteriores decisiones a un criterio, "*exigiéndoles un contenido similar para casos similares*"¹⁸⁸. Esta jerarquía incluso hace tomar con pinzas y eliminando cualquier postura exagerada sobre los precedentes sostenida en el carácter otorgado por la LPAG (ver el artículo V numeral 2.8 del título preliminar).

- (ii) Una segunda cuestión de forma que demuestra la posición secundaria del "precedente vinculante" del TADC del INDECOPI, es su falta de efectos subjetivos respecto de los jueces, pues como bien afirmó BACA ONETO "*vinculan directamente sólo a la Administración (aunque indirectamente vinculan a quienes se relacionan con ella)*"¹⁸⁹. Entonces, si esto aparece marcado en la naturaleza de esta fuente secundaria, que pasaría si varios fundamentos de un precedente administrativo se oponen frontalmente con una anterior jurisprudencia constitucional,

Perú.

¹⁸⁷ Como correctamente fundamenta y deslinda el profesor BACA ONETO (2010: p. 641).

¹⁸⁸ Ver esta cita en DIEZ-PICASO (1982: p. 7). Esta misma postura es compartida en el derecho peruano por CARAIMPOMA ARROYO (2014: pp. 484-485).

¹⁸⁹ BACA ONETO (Op. cit, p. 647).

según los términos que hemos expuesto al inicio de este párrafo. Considero que la postura extensa y de introducción de la subsidiariedad social mantenida por el TCP, aunque pretendida de soslayar por el "precedente" bajo análisis, sigue sobreponiéndose y no puede ser descartada en medio de un incorrecto análisis de estas dos fuentes¹⁹⁰.

- (iii) Un tema que ha pasado desapercibido es que varios de los fragmentos del precedente que intentan encasillar la aplicación y ductibilidad del principio de subsidiariedad social, han sido incorporados desde datos de la jurisprudencia sobre el derecho de la competencia del TSJCE, sin que los primeros pasen un proceso de recepción armoniosa y revisor de nuestras peculiaridades (de como se instauró la figura en nuestro Derecho), además de asumir las razones y el contexto propios de formulación en la realidad comunitaria.

Sobre esto último, como bien ha afirmado la profesora española GUAMÁN, el TSJCE en la búsqueda de establecer la caracterización de empresa y detener su tendencia expansiva para casos limítrofes de *"instituciones y entidades estatales con una clara y arraigada función social"*¹⁹¹, este órgano jurisdiccional terminó adoptando una *"noción eminentemente funcional (...) desobjetivizando el mismo y derivándolo al más laxo de "actividad económica" (...) considerando que será empresa "cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación" siendo una actividad económica*

¹⁹⁰ Tampoco debe olvidarse que este supuesto "precedente vinculante" nunca fue publicado por parte del INDECOPI, incumpliendo así el requisito de forma establecido por el numeral 2.8 del artículo V de la LPAG (*"resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas"*). Por tanto, la resolución revisada no puede estimarse como un precedente normativo en el sentido de que es un acto efectivamente vinculante y según los términos establecidos por el legislador, no teniendo el efecto inmediato de que *"la Administración reduce a cero su discrecionalidad, pues ya no podrá cambiar el criterio elegido (salvo que decida hacerlo para todos los casos posteriores)"*. Ver esta cita en BACA ONETO (Op. cit, p. 646).

¹⁹¹ Ver esta cita en GUAMÁN HERNÁNDEZ (Op. cit, p. 129).

cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado"¹⁹².

En el mismo sentido, la propia sentencia del TSJCE citada por el "precedente administrativo" presenta ciertos parámetros del concepto "empresa" respecto del derecho de la competencia comunitario, para a continuación formular una excepción de aplicación de la noción para sujetos públicos y privados que tengan "*una misión exclusivamente social*"¹⁹³.

- (iv) Es claro que la diferenciación comunitaria entre sujetos por fines sociales o empresariales no tiene reconocimiento positivo en nuestro Derecho de la competencia, siendo un argumento de recojo retorcido y difícil de seguir, existiendo por el contrario una abierta postura funcional que somete dentro de este régimen a sujetos públicos y privados diversos no necesariamente con propósitos empresariales, siempre que "*realicen actividad económica en el mercado*" (ver el numeral 3.1 del Decreto Legislativo No. 1044). En cualquier caso, se pretende hacer retroceder un principio constitucional, a partir de extraer supuestas reglas propias de una discriminación finalista en un Derecho administrativo sectorial, cuando ésta jurídicamente no existe y no resulta la razón pertinente para explicar las evidentes y naturales diferencias entre las administraciones públicas, las empresas públicas, las personas (y sus creaciones colectivas de diversa índole).
- (vi) Sin perjuicio de todo lo anteriormente explicado, no debe olvidarse que la subsidiariedad social peruana no sólo puede ser explicada -exclusivamente- desde el mandato negativo del artículo 60 de la CP. Necesita también del resto de normas constitucionales que la reconocen mediante otras variantes (la

¹⁹² Ver esta cita en GUAMÁN HERNÁNDEZ (Ibidem, pp. 129-130).

¹⁹³ Ver esta cita en GUAMÁN HERNÁNDEZ (Ibidem, pp. 129-130).

primacía de las personas, el reconocimiento de derechos diversos, etc.). Además, en sectores específicos, la subsidiariedad social entra en juego con otros principios también constitucionales (como la responsabilidad pública o el pluralismo), existiendo la necesidad de ponderar o, si se pudiera en determinados casos concretos, revisar la aplicación conjunta y armónica de los involucrados. Sobre esto último, no debe olvidarse la advertencia que deslizó del TCP en cuanto a la necesidad de prácticas concordantes de los principios constitucionales que pudieran verse involucrados en supuestos específicos¹⁹⁴.

Sin duda, a pesar de estas pretendidas formas de extirpación conceptual (colocadas como una postura mayoritaria en el país), existen sobradas justificaciones para demostrar que la subsidiariedad horizontal no tiene un alcance escueto y meramente economicista, más si la figura descansa en variantes tan importantes como la persona y su dignidad, el principio pro libertate, el reconocimiento y protección de derechos constitucionales que permitieron el retroceso del desmesurado intervencionismo prestador y económico de origen público, entre otras. Por estas razones, considero que nuestro objeto de estudio, desde su recepción constitucional, nunca perdió su alcance y maleabilidad como principio general de derecho, siendo certeras las palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en cuanto a que es incorrecto "*reducir (...) la subsidiariedad a la relación de las empresas públicas y privadas o a la cuestión de las ayudas públicas. El principio de subsidiariedad implica consecuencias para estas formas de acción, desde luego, pero comprende muchas más cosas*"¹⁹⁵.

3.2.3. Un carácter indudable de base

A partir de tener la descrita naturaleza de principio general de derecho con expreso reconocimiento constitucional y no pocas facetas preceptuadas en varias normas de la CP, es posible asegurar que la

¹⁹⁴ STCP, recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 25.

¹⁹⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1301).

subsidiariedad social tiene un carácter informador sobre todo el ordenamiento positivo, y puede ser utilizada indistintamente por todos los operadores involucrados (ver el artículo VIII del título preliminar del CC), dándoles reales posibilidades de superación de los defectos o vacíos que nunca dejarán de aparecer en distintas normas legales o infralegales de diverso corte (pero con mayor énfasis en las económicas y sociales).

Pero además esta naturaleza del instituto presenta la opción efectiva de ser sostén o piedra angular que respalda, encuadra los límites o fronteras de intervención y delimita los papeles a seguirse en el entramado de relaciones desarrolladas por las personas, la sociedad y el Estado en múltiples campos. Incluso, como bien ha afirmado el TCP, la subsidiariedad social es tan básica que funda y siempre intenta mantener el equilibrio de este conjunto heterogéneo de relaciones, puesto que su contenido permite asegurar un orden que postula "*el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos*"¹⁹⁶, sin discutir "*el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado*"¹⁹⁷. Este contenido de base es vinculante y sirve para darle sentido a todo lo que surja después de él, cuando resulte pertinente y necesario en supuestos específicos (leyes, reglamentos, actos administrativos, laudos arbitrales, sentencias, actuaciones de derechos subjetivos, etc.).

Por tanto, resulta válida su calificación como un medio hermenéutico de orientación y pauta de actuación de los poderes públicos sobre la vida social y económica de la Nación, completamente engarzado en la activación vocación de nuestro Estado social y democrático de derecho para conseguir un específico tipo de sociedad sustentado en la libertad pero con claros objetivos colectivos a cumplir (como el impulso del equilibrio territorial, la promoción de áreas específicas como los servicios públicos, la

¹⁹⁶ STCP, recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 21.

¹⁹⁷ STCP, recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 21.

lucha contra la desigualdad en sus distintas modalidades, la defensa y protección de los consumidores y usuarios, entre otros)¹⁹⁸.

Pero el anterior planteamiento sobre el instituto encierra una ventaja y desventaja en el mismo reglón. Así, la subsidiariedad sin dejar de ser una guía constante para los privados y los poderes públicos en todo aquello que los relacione o requiera de su articulación, necesita obligatoriamente -a contrario sensu- de técnicas jurídicas que le permita existir y asegurar su eficacia, ya que "*no contiene fórmulas intemporales concretas*"¹⁹⁹. Por esta última justificación (aparentemente deficitaria), nuestra subsidiariedad social se presenta y vive tras la concretización del mandato negativo del artículo 60 de la CP, en muchos actos resolutivos de control de excesos y ordenación de la intervención pública (mediante la participación del INDECOPI y las organizaciones administrativas regulatorias), en los encuadres dogmáticos presentados por las sentencias del TCP, en el desempeño práctico de las empresas públicas en el mercado en paridad de tratamiento con sus pares privados, pero de manera prioritaria a través de leyes que manifiesten la primacía y el papel protagónico de las personas en múltiples ámbitos, o que permitan el desempeño público (estatal) en actividades empresariales, o que reconozcan y protejan directamente diversos derechos ligados a la libre competencia, propiedad, libertad económica, etc.

En ese sentido, la subsidiariedad horizontal reconocida en nuestra CP tendría un segundo carácter jurídico que resulta definitorio. Se presenta, no sólo por su ubicación específica y nomenclatura utilizada en la carta constitucional, como un principio rector de los aspectos económicos y sociales que impone "*al legislador el deber de promulgar las leyes necesarias para su consecución y a la Administración el despliegue de la correspondiente acción*"²⁰⁰, constituyéndose además en una

¹⁹⁸ Ver esta postura en TENA PIAZUELO (1999: pp. 828-830).

¹⁹⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1281).

²⁰⁰ LÓPEZ MENUDO (Op. cit, p. 30).

auténtica medida para los jueces constitucionales y ordinarios al momento de evaluar *"la constitucionalidad de las leyes"*²⁰¹. Por tanto, aparece reforzada con un doble aspecto dentro de su naturaleza, que no sólo eleva al máximo su valoración jurídica y eficacia práctica, sino que la sitúa como *"la quintaesencia (...) de lo que nuestra Constitución denominada el Estado social de Derecho, con el que se ha superado el modelo llamado Estado liberal de Derecho (...) que no es sino la primacía absoluta del hombre, de cada persona humana y de su irrenunciable dignidad, con cuantas libertades y derecho ello supone"*²⁰²

Ahora bien, como bien explica LÓPEZ MENUDO, estos atributos de principio rector que recaen en la subsidiariedad social, no necesariamente pertenecen o son compartidos con *"el régimen ordinario de los principios generales del Derecho. Consiguientemente, la cualidad común de todos los principios generales del Derecho, consistente en su «carácter informador del ordenamiento jurídico», queda reforzada si tales principios ostentan además la condición de «principios rectores», situándose así en cotas superiores de eficacia real"*²⁰³.

En cualquier caso, estas cualidades descritas, que son compartidas por la subsidiariedad con la ESM, el pluralismo económico, la solidaridad, el sub-principio de pie de igualdad entre iniciativas empresariales, entre otros; aparecieron reconocidas en algunos extractos de jurisprudencia del TCP quedando configuradas y plasmadas en la *"serie de directrices de amplia determinación pero que, en conjunto, constituyen el hilo conductor constitucional que sirve de guía a la actuación estatal en materia económica; y en base a los cuales el legislador puede modular su libertad de configuración, a fin de cumplir los objetivos ahí establecidos"*²⁰⁴.

²⁰¹ LÓPEZ MENUDO (Ibidem, p. 30). Este carácter de principio rector aparece expresamente reconocido por el profesor peruano HAKANSSON NIETO (Op. cit, pp. 216-217).

²⁰² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir) (Op. cit, p. 1305). Estos rasgos de Estado social de derecho aparecen expresamente preceptuados en los artículos 43 y 45 de la CP.

²⁰³ LÓPEZ MENUDO (Ibidem, p. 30).

²⁰⁴ STCP, recaída en el Exp. N° 0034-2004-PI/TC, del 15 de febrero de 2005, F.J. 26.

Todo lo dicho se resume en las ideas de que la subsidiariedad como principio rector es fundamentalmente un acumulado de ideas y valores sobre el ser humano, que al ser trasladado a normas o instituciones específicas por el Derecho o la Economía, configura un régimen de ordenación económica y social basado en el mercado como medio imperfecto de asignación de recursos y de satisfacción de las necesidades, en el que necesariamente debe existir reconocimiento y custodia estatal sobre el derecho de propiedad en un sentido amplio (incluyendo el derecho a heredar y fundar), la libertad económica individual (libre contratación, libertad de empresa o libertad de opción en el consumo) y la libertad económica colectiva (libre mercado).

Dicho esto, considero esta probado el carácter base de la constitucional subsidiariedad social, que se sostiene en la doble naturaleza de ser principio general de derecho y principio rector de las políticas económicas y sociales, pero sobre todo en la expresa admisión de la primacía de las personas y su dignidad en toda la realidad. Por eso, el instituto es fundamento principal de todo lo existente en nuestro Derecho, porque como dijo el profesor RODRÍGUEZ-ARANA se encuentra "*en la entraña del Estado Social y Democrático de Derecho y confirma la idea de que el Estado, los Poderes Públicos, existen para servir al ciudadano, y no el ciudadano para el Estado*"²⁰⁵.

3.3. ES UN CONCEPTO RELACIONADO CON LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL

El principio de subsidiariedad horizontal no se puede entender sin las coberturas directas de la cláusula del Estado social y la Constitución económica, siempre bajo la idea de una parte (esencial) relacionada al todo (o si se quiere como la plasmación concreta de los sentidos constitucionalmente asumidos por el reconocimiento de los primeros)²⁰⁶.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ-ARANA (Op. cit, p. 750).

²⁰⁶ En esta parte me guiaré mucho de lo planteado por ABRUÑA PUYOL (Op. cit, pp. 144-

Al respecto, debe quedar claro que nuestra CP ha incluido expresamente ambos institutos y cuentan con una importante jurisprudencia constitucional de respaldo y desarrollo. En las siguientes líneas se presentará un planteamiento básicamente de correspondencia entre estas tres figuras con el propósito de encontrar un rumbo para esta íntima relación que tiene la realización de los fines públicos mediante "*la interacción del Estado, la sociedad, la familia y el individuo, bajo la situación de tensión que se crea entre las líneas directivas de la responsabilidad global del Estado por una parte, y la libertad y la responsabilidad propias del individuo y de los grupos que la integra*"²⁰⁷

Partamos por mostrar ciertos datos históricos pero de relevancia jurídica. La aparición del Estado social y la Constitución económica suponen un par avances importantes para frenar el radical no intervencionismo público planteado desde el Estado liberal decimonónico, el cual presentó consecuencias materializadas en la "*libertad de tarifas, libertad de precios, libertad de iniciativa. La administración renuncia a intervenir, renuncia a controlar, renuncia a dar subvenciones*"²⁰⁸. Pero, valgan verdades, ambas figuras fueron construidas en periodos temporales bien distanciados y con propósitos no necesariamente jurídicos, menos para terminar siendo esenciales en la superación del abstencionismo estatal imperante en Europa occidental durante buena parte del siglo XIX y algunos años iniciales del siglo XX.

En primer lugar, la noción de Constitución económica surgió primero en Alemania durante el propio siglo XIX, desde posiciones completamente ajenas al Derecho, tal como lo reconoce S. MARTÍN-RETORTILLO: "*en su formulación inicial, es un concepto exclusivamente económico. Ninguna, absolutamente ninguna conexión tiene con el mundo del derecho [...]*

151). En el mismo sentido, el profesor alemán SCHMIDDT-ASMANN (Op. cit, p. 146) en los siguientes términos: "*La dialéctica del (...) Estado social se materializa, desde la perspectiva organizativa-instrumental a través de la idea de la subsidiariedad. La intervención del Estado social sólo ha de producirse cuando la autorregulación de la sociedad no satisface las exigencias de la justicia social*".

²⁰⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007: pp. 18-19).

²⁰⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Ob. cit, p. 29).

*Constitución económica no tiene aquí significado jurídico. Refiere, simplemente, el fundamento, la ordenación, la estructura, la base misma del propio sistema económico; en definitiva, los principios y reglas fundamentales por los que se rige. Expresión, pues, de un orden económico determinado*²⁰⁹. Por su lado, en un lapso largo e incluso posterior al término del siglo XIX, un montón de presupuestos y sucesos de distinta índole que desmoronaron los principios económicos liberales y el individualismo exagerado, trajeron consigo un paso acelerado hacia la posterior germinación del Estado social y la acentuación de la intervención estatal *"en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema respecto de sus pobladores"*²¹⁰

Algunos datos históricos extras pueden situar las anteriores explicaciones sobre los orígenes disímiles de estos dos figuras que se tratarán en este acápite. En primer lugar, a partir de 1870 en varios países europeos y de Latinoamérica se inició una expansión de las actividades estatales, tratando de que se superen las funciones exclusivas y puntuales que proponía el citado primer liberalismo mediante su "Estado Policía" (sólo practicado a través de seguridad interna, defensa de fronteras y justicia). Estas nuevas tesis que cubrían la intervención pública más acentuada, buscaban paliar los problemas y necesidades recién surgidas como el crecimiento de la población, el desarrollo industrial, la expansión urbana, la provisión de los primeros servicios públicos económicos (los municipales), otras prestaciones y medios de infraestructura a fuerte escala necesarias para la convivencia entre los pobladores tales como las *"obras de caminos y de canales, las relativas a las travesías, la preocupación por el alumbrado y la calidad de las aguas"*²¹¹.

De esta manera, durante un periodo bastante largo entre los dos siglos

²⁰⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2002: pp. 26-27). También puede revisarse estos mismos datos en el artículo de BASSOLS COMA (2003: pp. 17-18).

²¹⁰ Ver esta cita en el trabajo de SANTOFIMIO GAMBOA (2016: p. 108).

²¹¹ Ver estas explicaciones en MUÑOZ MACHADO (1997: cit., p. 72).

anteriores al presente, el Estado a través de una serie de administraciones públicas y organizaciones empresariales de naturaleza esencialmente prestacional, asumió que con su capacidad económica, planificadora y coercitiva podía resolver estas nuevas y grandes demandas de sus ciudadanos, extendiendo luego su actuar a otras áreas de mayor complejidad técnica como la sanidad, planificación urbana, vivienda, enseñanza, industria, correos, transporte y la telefonía fija. Con ello, el Estado hacía un reconocimiento expreso de la insuficiencia de la acción individual y legitimaba su intervención para alcanzar niveles mínimos de bienestar general²¹².

Sin embargo, el devenir histórico es siempre un péndulo. Iniciados los primeros años de la cuarta década del siglo XX, la intervención pública intensa empezó a ser atacada duramente. Primero, mediante la postura propugnada por HAYEK en su famoso “Camino de servidumbre” de 1944. Luego, mediante las posteriores tesis planteadas para combatir el Estado Providencia (o la versión anglosajona más reciente denominada welfare state o Estado de bienestar), las que tuvieron un alto nivel de la exaltación con las ideas de libertad económica y acerca de la perversidad, futilidad y riesgo propugnadas -respectivamente- por FRIEDMAN y HIRSCHMAN. El punto de crítica culminante de este progresivo decaimiento de la participación relevante estatal en asuntos económicos y prestacionales aparece con la visión de ineficacia de las actuaciones económicas estatales presentadas por J. STIGLITZ (en su famoso estudio “Cuatro falacias sobre los sectores públicos y privados”).

Es necesario resaltar que todas estas últimas posturas centraban su punto de gravitación en el gran fundamento de un Estado mínimo y adelgazado que permitiera *“una significativa transferencia hacia la empresa privada de la iniciativa y control de los sectores económicos fundamentales, para continuar con la reducción drástica de los servicios de carácter social. La competencia y el mercado serían el lugar donde la*

²¹² Al respecto, se puede revisar el interesante trabajo de PAREJO ALFONSO (2000: p. 217 y ss).

*sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden*²¹³. Por ende existe una obligatoriedad de sustitución e ingreso de las empresas y otras organizaciones intermedias formadas en la sociedad, sobre casi todas las funciones prestacionales y de contenido económico primordiales realizadas antes por las administraciones y empresas públicas.

Estas tesis convivieron con el nacimiento del primer Estado social constitucionalmente reconocido (ocurrido en la Alemania de la post-guerra de 1949), a la par de la sistematización de las declaraciones y reglas que conformaron el concepto de Constitución económica²¹⁴. Pero se acentuaron y refinaron de una manera abierta durante la segunda mitad del siglo pasado, llegando luego a una mezcla con una nueva trípode de elementos ideológicos, económicos y tecnológicos que irrumpieron descomunadamente en los últimos treinta años. Todos estos factores juntos produjeron la quiebra de los cimientos del primer Estado social (puesto de espaldas a la libertad económica y al equilibrio necesarísimo entre la competencia y las exigencias del interés general)²¹⁵.

Actualmente, estamos en un punto de continuación medrosa en este modelo de segundo estadio del Estado social y de endurecimiento de los preceptos de la Constitución económica (merced a las crisis financieras y la aparición de un sinnúmero de efectos no queridos producidos por disfuncionalidades del mercado y las libertades económicas). Sin embargo, pareciera que estas transformaciones últimas no van a retroceder, aunque deberán adaptarse y acomodarse para evitar los errores recientes, puesto que están basadas en procesos muy profundos que involucran y trascienden los partidos políticos, las ideologías, los intereses económicos de grupos sociales, las fronteras territoriales. Son cambios que tienen que ver con el orden de la biología histórica, que

²¹³ MUÑOZ MACHADO (1997: pp. 24-25).

²¹⁴ El primer autor que escribió en el ámbito hispanoamericano sobre esta noción constitucional fue el desaparecido profesor aragonés S. MARTIN-RETORTILLO. Sobre el particular revisar en MARTIN-RETORTILLO S. (1966: p. 127 y ss).

²¹⁵ Ver esta postura en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999, p. 69).

genera, desarrolla y elimina técnicas, posturas e institutos (jurídicos) sin medir comprensiones parciales.

A partir de esta información, debe deducirse que los pasos hacia la juridificación del Estado social y Constitución económica que conocemos no puede ser apartada de las situaciones extrajurídicas y el contexto histórico que la antecedió y acompañó, quedando siempre atada a lo que indicaba REICH acerca de los institutos jurídicos, en tanto, éstos son productos de una ciencia que no es absolutamente neutral o solitaria imposible de ser colocada por encima de toda discusión política y económica de cada período, *"pretensión esta que a la postre, paradójicamente, supondría una determinada alternativa ideológica"*²¹⁶.

Pero tampoco se puede exagerar en la colocación y valoración de estos datos anteriores como excluyentes o medios para reducir la discusión a un mero recuento de las diferentes cuestiones surgidas sucesivamente, tales como las crisis económicas, o consecuencias propias de las revoluciones industriales extendidas en los dos siglos anteriores²¹⁷, o las guerras mundiales posteriores durante la primera mitad del siglo XX, o el desenvolvimiento histórico del llamado movimiento social. Se necesita algo más y esto es la superación de la *"idea intuitiva de más justicia social, más igualdad real o más seguridad social"*²¹⁸ por la recuperación y conexión con el *"dato positivo constitucional"*²¹⁹.

A continuación, este mecanismo descrito, útil para perfilar los contenidos de las figuras constitucionales que contienen al principio de subsidiariedad horizontal, se presentarán y explicarán por separado, siempre en el contexto y con fuentes peruanas.

²¹⁶ REICH (1985: p. 61).

²¹⁷ Los efectos de las industrializaciones que resultaron siendo decisivos para el surgimiento del Estado social aparecen resumidos por SANTOFIMIO GAMBOA (2016: pp. 107-108).

²¹⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Op. cit, p. 22).

²¹⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Ibidem p. 22).

3.3.1. Datos sobre la Constitución económica

La noción de Constitución económica que aparece comúnmente aceptada en la mayoría de los países hispanoamericanos, es la de ser un conjunto articulado de normas jurídico-constitucionales que hacen alusión a la economía; reglas sistematizadas por los Constituyentes que tienen por finalidad *“la de indicar cuáles han de ser los principios rectores de la actividad económica que habrán de desarrollar conjuntamente tanto los particulares como el Estado”*²²⁰. Debe agregarse que -debido a su relevancia y práctica recurrente- este concepto termina siendo un eje central y el marco forzosamente jurídico-constitucional que establece la estructura y funcionamiento de todas las actividades económicas (aunque algunas puntuales aparezcan alejadas de este inicial carácter)²²¹.

Ahora bien, la noción aparece reconocida expresamente en nuestra CP, quedando recogida mediante un contenido heterogéneo y desperdigado en varias normas, aparecidas sobre todo en el Título III y con algunos reflejos directos o indirectos en las reglas que plasman el Estado social tales como los artículos 10, 11, 14, 16, 17, 23, 29, 43 y 44. En ese sentido, esta forma poco ortodoxa que tuvo el Constituyente peruano de 1993 para recepcionar la influencia española trasladada y recogida desde la antigua Constitución de 1979 (la cual presentaba casi el mismo nivel de heterogeneidad que la CE de 1978)²²², tiene la ventaja de relacionar al Estado social y la Constitución económica como dos institutos constitucionales siempre unidos y que comparten hasta preceptos de

²²⁰ GIMENO FELIÚ (Ob. cit, pp. 149-150). En este tema es también necesario revisar a FONT GALÁN (1987: p. 131 y ss).

²²¹ Ver esta postura en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Op. cit, 29). En nuestro derecho constitucional, hay una solitaria pero interesante postura del profesor C. HAKANSSON quien propugna -basado en argumentos comparados de corte anglosajón- la innecesariedad de las reglas de la Constitución económica, puesto que si *“las cartas magnas reconocen la igualdad, el derecho de propiedad y la libertad, y hay jueces independientes para protegerlos en todas sus formas (...) no creo que sea necesario dedicar un capítulo especial para esta materia”*. Ver esta cita en HAKANSSON NIETO (Op. cit, pp. 471-472).

²²² Para ESCRIBANO COLLADO las reglas de la Constitución económica presentadas en la CE como declaraciones *“se extienden prácticamente, a todo lo largo y a lo ancho de la Constitución, siendo difícil incluso su enumeración completa”*. Ver esta cita en ESCRIBANO COLLADO (1985: pp. 81-82)

positivización.

Por otro lado, el contenido de la Constitución económica viene presidido por el concepto denominado ESM preceptuado en el artículo 58 de la CP, siendo ésta la guía, eje central y el conjunto obligatorio de fronteras conceptuales aplicable para todas las disposiciones de la figura (incluyendo todos los principios rectores de las políticas sociales y económicos). La ESM en cuestión plantea los siguientes conceptos en nuestro Derecho:

- (i) No es un punto medio entre el capitalismo y socialismo, sino, más bien, una conjunción entre un grupo de competencias económicas unidas con el progreso social²²³. Esta previsión ha sido ha sido recogida de manera directa por el TCP²²⁴.

- (ii) La ESM es un molde flexible para adoptar y soportar diversas políticas públicas (con distinto tinte y signo), en tanto, éstas respeten sus principios rectores, sean pertinentes para alcanzar los objetivos constitucionalmente previstos y respeten un adecuado tratamiento casuístico de la legalidad y reserva de ley (cuando éstas afecten o limiten derechos constitucionales)²²⁵. Por eso, es que S. MARTÍN-RETORTILLO indicó que la ESM podría incluir políticas públicas tan heterogéneas como las medidas *“destinadas a asegurar el funcionamiento de la economía de mercado depurándola de factores obstaculizadores: defensa de la competencia, lucha contra los monopolios protección de la pequeña y mediana empresa (...) también (...) medidas de los Poderes públicos cuyo objetivo fundamental sea armonizar –no cancelar– el principio del mercado con el equilibrio y las mejoras sociales a través de una política de*

²²³ Ver esta postura en GIMENO FELIÚ (1999, p. 808).

²²⁴ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 16.

²²⁵ Ver la aplicación del principio de reserva de ley para la regulación de derechos económicos en LAGUNA DE PAZ (Op. cit, p. 110).

redistribución de ingresos y de nivelación de patrimonios y cargas"²²⁶.

(iii) La ESM implica aceptar que el ejercicio de las libertades económicas debe estar ligado a un conjunto de intervenciones obligatorias que deberán ser materializadas por los poderes públicos (principalmente a través de los ejercicios del legislador y las administraciones públicas), a fin de llegar al difícil equilibrio requerido por nuestra CP que se manifiesta en un *"resultado de la confluencia de vectores distintos: derecho a la libertad de empresa, por un parte; ordenación de la actividad económica de los Poderes públicos, por otra. Lograr que una y otra se mantengan con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que se elimine y reduzca a la otra"*²²⁷. Por tanto, como bien ha afirmado nuestro TCP en ese marco nuestro *"Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos"*²²⁸.

(iv) La ESM aceptada en nuestro país esta compuesta por una trípode de elementos, señalados y recogidos por el TCP en aras de establecer y dotar de permanencia a una economía que garantice que *"la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social"*²²⁹. Éstos son:

- Una declaración de futuro por la consolidación del bienestar social que deberá *"traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso"*.

²²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Op. cit, p. 83).

²²⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Ibidem, p. 83).

²²⁸ STCP, recaída en el Exp. N° 1963-2006-PA/TC, del 5 de diciembre, F.J. 5.

²²⁹ Todos los argumentos que se utilizarán en este parte pertenecen al mismo fundamento contenido en la STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 13.

- Un presupuesto ineludible centrado en el mercado libre que *"supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios"*.

- Unos ejecutores basados en la primacía de los privados, sumado a un *"Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales"*.

(V) Finalmente, siguiendo la jurisprudencia consolidada de nuestro TCP es posible afirmar que la ESM tiene un contenido obligacional recaído sobre todos los sujetos existentes en la realidad (no importando su naturaleza jurídica), puesto que en este molde *"tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares"*²³⁰.

Por último, debe indicarse que el TCP ha remarcado la importancia de la Constitución económica, a partir de indicar algunos argumentos políticos, económicos y de cierta manera efectistas que trataron de bajar el tono de las críticas políticas y de la prensa liberal durante la década pasada. Así, afirmó nuestro Alto Tribunal en una larga cita que merece ser leída: *"no es ajeno a este colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de*

²³⁰ STCP, recaída en el Exp. N° 1963-2006-PA/TC, del 5 de diciembre, F.J. 6.

restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado. Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía. En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia”²³¹.

3.3.2. Datos sobre la cláusula del Estado social

La versión más aceptada de la cláusula constitucional del Estado social peruana, basada en una interpretación normativa de la definición y el listado recogidos -principalmente- en los artículos 43 y 44 de la CP, que en su momento fue realizada por nuestro TCP y resultó siendo validada por varios autores nacionales²³², es la de ser un conjunto de deberes estatales de diversa índole, que "*bajo la directriz de la dignidad de la persona humana, valor por excelencia de nuestro orden constitucional*"²³³, imponen una serie de obligaciones a los poderes públicos con distinto alcance (mediato y auto-aplicativo)²³⁴. Estas reglas imperativas manifestadas -sintéticamente- en la garantía "*plena de los derechos humanos*" o la promoción del "*bienestar general*" (ver el artículo 44 de la CP), juntas conforman, consolidan y "*propugnan el programa social del Estado*"²³⁵.

²³¹ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 3.

²³² En este punto revisar a ABRUÑA (Op. cit, pp. 144-145). También, el profesor KRESALJA comparte algunos rasgos importantes del Estado social reconocido por el TCP, a partir de sus explicaciones históricas y jurídicas sobre el principio solidaridad. Ver esta última posición en KRESALJA (Op. cit pp. 214-215). Con algunos tintes más cercanos al aspecto económico, y reconociendo implícitamente esta definición del Estado social tras las concepción del principio de solidaridad puede revisarse a HUAPAYA (Op. cit, p. 563).

²³³ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 7.

²³⁴ La amplitud del contenido del Estado social materializado en una serie de deberes preceptuados en el artículo 44 y otras reglas constitucionales de los títulos I y III de la CP, puede revisarse a ABRUÑA (Op. cit, p. 146).

El gran de punto de divergencia de una cuestión que aparece bastante cimentada, y de la cual quiero dar cuenta para plantear una postura, es tratar entender esta conceptualización de nuestro Estado social como una manifestación exclusiva del principio de solidaridad²³⁶, reduciéndola a una explicación de causa a efecto (la solidaridad es el origen que guía -en solitario- el contenido del posterior Estado social)²³⁷, como si la equidad y la búsqueda de garantía de los derechos de tercera generación (entre los que se encuentra el acceso a la protección de la salud), pudieran ser elementos que escaparan al principio de subsidiariedad. Estimo que esta posición de aminoración de la base del Estado social es errada, porque olvida que la cláusula viene presidida por la primacía de las personas (y su dignidad) preceptuada en el artículo 1 de la CP (la principal variante de la subsidiariedad), con lo cual, su nacimiento y ejecución permanente siempre obliga a interiorizar que se "*expresa en la obligación de garantizar la libertad real y la igualdad efectiva en la libertad*"²³⁸.

En suma, cualquier construcción jurídica que se haga del Estado social en el derecho peruano, considero debe asimilar a la subsidiariedad y la garantía de equilibrio entre la satisfacción debida de los derechos fundamentales y el interés general, sin que esto implique descartar de plano a la solidaridad (ésta será siempre un principio implícito de origen constitucional pero que tendrá un valor secundario en el desarrollo de los deberes públicos propios del Estado social). Por eso, es que el contenido de todo emprendimiento estatal en el Estado social debe efectuarse "*sobre*

²³⁵ STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 7.

²³⁶ Estimo que el principio de solidaridad es una consecuencia proveniente del Estado social que busca conceptualizar una parte de la naturaleza del ser humano. La solidaridad se basa en una serie de conductas y acciones centradas en contribuir activa y permanentemente en la satisfacción del bien común. Esto no es otra cosa que la aplicación principalísima de deberes subjetivos individuales y colectivos necesarios de ser implantados para lograr "*la creación de aquellas condiciones (algunas medibles en términos económicos y otras no) en las que cada uno de los miembros de una sociedad pueda llevar una vida más humana, desarrollar mejor su personalidad, lograr sus aspiraciones*". Ver esta cita en ARIÑO (2004 pp. 163-164).

²³⁷ Ver esta postura reduccionista del Estado social en los postulados sobre la solidaridad, equidad y Constitución económica presentados por HUAPAYA (Op. cit, pp. 557-568).

²³⁸ ABRUÑA (Op. cit, p. 145). Esta postura sigue la expresada en el derecho español por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1999, pp. 139-140).

la libertad, contando lo más que se pueda con la libertad y promoviendo lo más posible esa libertad, de tal modo que su actuación se haga cada vez menos necesaria o pueda reducirse a aquello que sólo el poder público está en condiciones de hacer"²³⁹.

Por estas razones, el principio de subsidiariedad se convierte en la base de construcción y aplicación del Estado social peruano, sin que esto implique excluir el alcance y contenido de la solidaridad en la concretización del contenido de esta cláusula. En cualquier caso, la subsidiariedad horizontal es eje central para el desarrollo de los citados deberes estatales (previstos, entre otros, en los artículos 4, 10, 14, 16, 44, 58, 65 de la CP), siguiendo así la propia ratificación efectuada por la jurisprudencia del TCP²⁴⁰. Así, el Estado social se expresa en el fomento o prestación efectiva en pos de lograr un nivel mínimo y equilibrado de bienestar general, de cuatro grandes grupos de obligaciones (muchas de ellas de corte prestacional):

- (i) Un conjunto de prestaciones y ayudas públicas en situaciones "*patentes de necesidad y pobreza*"²⁴¹, que en el caso peruano se expresa en un enorme aparato organizacional y prestacional ejecutado -principalmente- por dos Ministerios del Estado (MIMP y MIDIS) y el conjunto de Municipalidades del país (a través de sus programas propios y los organismos locales denominados Beneficiencias públicas).
- (ii) Muchas y heterogéneas potestades de fomento, actividades materiales y prestaciones efectivas relacionadas con "*las situaciones de más igualdad real en el contexto de relaciones típicas de mejor y peor*

²³⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (Op. cit, pp. 139-140).

²⁴⁰ Por todas ver la citada STCP, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre, F.J. 7.

²⁴¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Op. cit, p. 27).

situados"²⁴². Esto ha sido ejemplificado por ARIÑO en la "oferta de bienes tutelares, como educación, sanidad, vivienda"²⁴³.

- (iii) Un régimen pensionario y de seguridad social preceptuado tras la responsabilidad pública que establecen los artículos 10 y 11 de la CP, sin que aparezca una monopolización de esta actividad o subsector²⁴⁴ (sólo es un régimen constitucional de exigencia o garantía recaído sobre los hombros de los poderes públicos).

- (iv) Un grupo de normas, medidas y potestades de policía, prestacionales y fomento (estas últimas recaídas principalmente en distintas organizaciones administrativas)²⁴⁵, todas ligadas al desarrollo equilibrado y descentralizado del país que permitan ser un medio real de crecimiento económico "*para posibilitar la participación de todos en el bienestar*"²⁴⁶.

En la misma línea al contenido expuesto, debe decirse que en Perú es jurídicamente imposible sostener una versión de Estado social que quede presidido por operaciones jurídicas de publicación de diversos servicios o actividades materiales, no sólo por la actual extirpación constitucional de los monopolios y reservas estatales que había adelantado, sino y esencialmente porque el protagonismo de los privados se expresa también

²⁴² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Ibidem, p. 27).

²⁴³ ARIÑO ORTIZ (2004, p. 140).

²⁴⁴ Sobre la publicación y conceptos afines se puede consultar el excelente trabajo de ARIÑO ORTIZ (1997, p. 22).

²⁴⁵ Esta parte del contenido del Estado social es la que más expresa la tesis de MONTORO, autor que reduce el Estado social a "*fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución [...] de las políticas públicas formalizadas legislativamente*". Ver esta cita en MONTORO ROMERO (1996, p. 25).

²⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (Ibidem, p. 27).

en los distintos asuntos sociales que tocan ser desempeñados como deberes públicos de esta cláusula constitucional (aunque en la práctica muchos de estos últimos no son necesariamente desempeñados por los particulares). Por eso en la actualidad el Estado social no son mandatos normativos expresos que obligan a todos los poderes públicos a configurar todos los aspectos de la sociedad, desde lo más básico hasta llegar a una fórmula genérica que involucra la necesidad de promover a la libertad e igualdad real y efectiva entre todos los individuos²⁴⁷.

Debe agregarse que el Estado social peruano tampoco es la igualación de resultados para todas las personas, al barrido y sin discriminación positiva; por el contrario es un plan constitucional de obligaciones de medios que debe establecerse y ejecutarse de manera dinámica, razonablemente y siendo lo más *"acorde posible con la dignidad de la persona humana, y por ende facilitando, promoviendo y potenciando al máximo la libertad responsable de todos y la activación, en consecuencia, de la llamada sociedad civil"*²⁴⁸. En consecuencia, pretender asumir exclusivamente la colectivización o el rol principal público en todos los ámbitos de contenido social, no solo es contrario a nuestra CP, también supone un mecanismo ideal para generar pasividad y desidia individual, y como, la primacía del grupo humano por sobre los privados. Es pretender creer que la igualdad entre las personas debe ser de idénticos fines (todos semejantes con nada, poco, o mucho), cuando en realidad la paridad es de oportunidades²⁴⁹.

Es en este punto, es en el que urge la amalgamación entre los principios señalados y eliminar una tendencia antijurídica que se expande en nuestro país de pretender una permanente pugna entre las

²⁴⁷ Ver esta postura en SANTAMARÍA PASTOR (1991, p. 228) y PAREJO ALFONSO (2000 p. 220).

²⁴⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997, p. 211). Por lo expresado en el párrafo principal es que la denominada *"participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal"*, que expresó el TCP para alcanzar los objetivos del Estado social debe interpretarse jurídicamente como una presencia principal (nunca marginal). Al respecto, ver la STCP, recaída en el Exp. N° 06089-2006-PA/TC, 17 de abril de 2007, F.J. 11.

²⁴⁹ Esta postura aparece reconocida en MARTÍN-RETORTILLO, S. (2002, p. 31).

organizaciones de los poderes públicos y los privados. Así, sólo la unión de ambos sujetos permitirá alcanzar niveles adecuados de bienestar general desde muchas direcciones y siempre mediante una indispensable articulación, puesto que ésta en cada momento y lugar, es una de las claves en la que radica las posibilidades del Estado moderno²⁵⁰.

Finalmente, la cláusula del Estado social guiado por la subsidiariedad horizontal (y complementado por la solidaridad), al ser aplicada sobre nuestras organizaciones administrativas, implica un necesario balance entre los regímenes de policía (que deberán ser los estrictamente necesarios para alcanzar la salvaguarda del interés general a través de limitaciones, delimitaciones, cargas o imponer los deberes necesarios sobre los privados) y las distintas modalidades activas de intervenciones prestacionales y fomento (entre las que se encontrarían las prestacionales y la empresariales que pudieran aparecer para ejecutar el programa obligacional público antes expuesto). Este equilibrio, de permanente consecución en cada espacio o sector, sólo parte y se ensancha desde la unión colaborativa de los sectores público y privado que aparece propugnada siempre como una de las vertientes del principio de subsidiariedad social. Entonces, nuestro Estado social exige una doble intervención centrado en las "*las posibilidades reales y objetivas del Estado y (...) una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal*"²⁵¹.

²⁵⁰ Esta postura aparece reconocida en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999: p. 62). La necesidad de interpretación conjunta y armoniosa de los principios de subsidiariedad horizontal y solidaridad, demostrada en la conjunción de lo público y privado, aparece en los espacios más insospechados. Por ejemplo, en asuntos de contratación pública, va siendo hora de entender al concesionario como un sujeto privado que, sin dejar de ser un empresario, favorece en la conformación y salvaguarda del interés público, a partir de su ingreso y relación contractual-pública con una determinada organización administrativa. Por tanto, si se quiere, el concesionario es un colaborador directo del interés público, manifestación casuística del principio subsidiariedad en asuntos económicos, pero que no se aparta de deberes propios de la responsabilidad social, sin dejar de ser un empresario que necesita maximar sus dividendos. Sobre estas últimas ideas revisar a BERNAL BLAY (2010, p. 203 y ss).

²⁵¹ STCP, recaída en el Exp. N° 06089-2006-PA/TC, 17 de abril de 2007, F.J. 11. Esta postura es compartida por ABRUÑA (Op. cit, p. 145) y VINCES (2011, pp. 7-8).

Esta parte debe servir como un medio de presentar conclusiones y elementos centrales de este largo y vital capítulo del trabajo. En ese sentido, considero que todas las precisiones y alcances brindados deben servir para plantear otros razonamientos jurídicos que construyan soluciones dentro y por la subsidiariedad en diversos campos y ámbito sociales y económicos (y la consecuente liberalización generalizada de los sectores y prevalencia de los privados mediante el mercado las cuales querámoslo o no, están aquí y prometen quedarse por un tiempo aún indeterminado)²⁵². Esta última revisión especializada, al menos para dos sectores de fuerte contenido prestacional, será efectuada a continuación en la segunda parte de esta memoria doctoral.

No debe olvidarse que el objetivo prioritario de esta parte era introducir una noción subsidiariedad social que sea útil como patrón común para los diversos sectores de la realidad, pero que a la vez asuma la eliminación de algunos excesos de parte de la doctrina, jurisprudencia y otras fuentes peruanas, a fin de entender el instituto en su justa y real configuración conceptual. Al respecto, creo que el patrón conceptual común lo conforma la primacía de las personas sobre cualquier sujeto distinto. Por eso, las intervenciones de todos los poderes públicos (incluyendo a las propias organizaciones administrativas), deben ser lo más respetuosas y vigilantes del protagonismo que tiene la iniciativa privada en la vida política, económica y social del país, no cabiendo que la primera pueda suplantarla, anteponerse o competir innecesariamente con la segunda. Por el contrario debe más bien fomentarla, corregirla y complementarla, buscando aplicar los medios y que más favorezcan a la libertad.

Pero quisiera regresar a las notas conclusivas preliminares. En primer término, la construcción jurídica de la subsidiariedad aunque tuvo antecedentes remotos en diversas corrientes la filosofía social y política de distintas épocas, realmente surgió con una notable sistematización mediante la actividad pontificia durante la tercera y sexta década del siglo

²⁵² Ver esta clara posición en DE LA CUÉTARA (1997, p. 66).

pasado. En estas etapas se crearon el perfil y contenido de la noción, con no pocas variantes y tal como la conocemos hasta la actualidad. Así, las encíclicas "Rerum novarum", "Quadragesimo anno", "Centesimus Annus" e incluso la reciente "Caritas in veritate", resultaron siendo elementos importantes y determinantes para establecer el alcance real e histórico de este instituto.

La posterior recepción de la figura como principio jurídico tuvo varias manifestaciones y ejemplos, teniendo al derecho comunitario como uno de los fenómenos de más relevancia y calaje conceptual. Es claro, que la inclusión en sus dos vertientes, pero principalmente de la perspectiva territorial o vertical resulta decisiva de ser resaltada, siendo presentada a lo largo de la construcción de instrumentos tales como TCEE y el propio TCE (que amplió el ámbito de aplicación del principio a varias materias). A su turno, la versión social u horizontal del principio tuvo en el largo periodo de liberalización de sectores producido a partir de los años ochenta a un espacio importante de cimentación y expansión, llegando a tener máxima relevancia jurídica, social y económica en algunos países que se unieron abiertamente a la ola privatizadora y neoliberal (como sucedió con Perú mediante su régimen económico y otras normas puntuales de la CP).

Frente a la importancia y recepción jurídica descrita, debe indicarse que los datos presentados en este primer capítulo de la memoria doctoral apuntan y prueban que el reconocimiento de la subsidiariedad social u horizontal aparecieron mucho antes de la corriente neoliberal de los noventa, quedando establecida como una figura propia de la Constitución de 1979. Al menos, la variante sustancial del instituto referida a la primacía y preponderancia de las personas en la realidad tendría más de tres décadas de aparición y tradición en el Derecho peruano. Sin embargo, es indispensable reconocer que su inclusión original sufrió de una total falta de consistencia y desarrollo detallado en razón de un errático y desordenado régimen económico, que terminó siendo cambiado casi íntegramente en la Asamblea Constituyente de finales de 1992.

Finalmente, la subsidiariedad social que conocemos en la actualidad y que aparece desperdigada en nuestra CP en varias variantes (la sustancial, la prohibitiva ante el ejercicio inmediato y directo de la actividad empresarial estatal, la positiva de señalamiento del rol protagónico de los privados en la realidad económica y social, de tratamiento jurídicamente paritario entre las iniciativas pública y privada y tras el acompañamiento y cobertura a varias libertades y derechos de contenido económico); fue incluida y desarrollada en nuestro Derecho bajo una doble naturaleza: como un principio general de derecho y, en segundo término, en posición de un evidente principio rector de los ámbitos económicos y sociales. La combinación de ambos caracteres la hacen una figura tutelar y esencial en el continuo relacionamiento entre las personas, la sociedad y los poderes públicos del Estado.

CAPÍTULO II. LA PRÁCTICA EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD SOCIAL EN LA REALIDAD PERUANA

1. LA SUBSIDIARIEDAD SOCIAL Y EL SUB-SECTOR ELÉCTRICO

1.1. LA ELECTRICIDAD COMO NOCIÓN JURÍDICA. UNA CUESTIÓN PREVIA Y OBLIGATORIA

En el año 2010 el reputado profesor español G. ARIÑO preveía un sombrío futuro para la gestión de los recursos naturales utilizados en la diversas industrias energéticas sudamericanas, planteando un camino de "*renacionalización*" de estos elementos en distintos países del continente (entre ellos Perú), en medio de un contexto general de falta de reconstrucción de las instituciones y de un verdadero trastoque de conceptos que deben presidir el funcionamiento de todos los mercados²⁵³. Hoy a marzo del 2017, han pasado siete años de esta predicción y por fuerza expansiva de una institucionalidad no visible pero real, los pilares que presiden los distintos regímenes peruanos de los sectores económicos y sociales continúan inamovibles y enraizados (entre ellos la propia energía), casi incólumes y con visos de que no pueden ser desconocidos o deshechos por los mandatarios políticos de turno. En otras palabras, el país de la tardía liberalización de los noventas, que vino desde muy abajo en comparación con sus pares latinoamericanos ha madurado un poco y puede mostrarse con un rumbo muy bien establecido.

Por lo dicho, si esa institucionalidad se empieza a desagregar por ámbitos específicos de actuación presenta mayores avances y aspectos a resaltar principalmente en el sub-sector eléctrico, siendo uno de los que más

²⁵³ ARIÑO ORTIZ (2012: p. 885).

cambios ha tenido (con evidencias materiales notables)²⁵⁴, tales como el avance de la cobertura y satisfacción de usuarios en las zonas rurales del país, o el aumento tangible de los montos de inversión por usuario de parte de los correspondientes operadores, o la elevación de la potencia efectiva (MW), sin contar con la puesta en marcha de emprendimientos principalmente en redes de transporte y plantas de generación térmica (depositarias principalmente de la importante industria peruana del gas).

Ahora bien, la importancia de la electricidad para el Derecho en su conjunto, y principalmente para el Derecho administrativo tiene múltiples aristas y no pocas combinaciones con institutos de tradicional importancia (como los títulos habilitantes, el propio régimen de los recursos naturales, las redes de infraestructura, los bienes de dominio público usados en la generación y traslado final de la electricidad, la autorización administrativa con contenidos de demanialidad y principalmente el orden regulatorio impuesto a la luz del fenómeno liberalizador y de la vigente subsidiariedad). Pero, en concreto la justificación de esta relevancia se encuentra en que la electricidad es la fuente energética de mayor relevancia económica y social del país debido a su alto grado de adaptabilidad (todas las energías primarias tienden a transformarse en ésta para su consumo final por parte de los usuarios); teniendo además una creciente importancia a desmedro de otros subsectores energéticos (como la industria petrolera o la casi extinta del carbón).

Además no es ocioso recordar que la electricidad es un fenómeno físico cuyo origen son las cargas eléctricas (el flujo de electrones), cuya energía se manifiesta en hechos mecánicos, térmicos, luminosos y químicos. En ese sentido, se puede observar de forma natural en fenómenos atmosféricos (rayos) o en procesos biológicos (como el funcionamiento del sistema nervioso). Sin embargo, aunque estas primeras manifestaciones

²⁵⁴ Para un repaso importante de estadísticas del sub-sector eléctrico peruano puede revisarse el último número del Anuario estadístico de electricidad (actualizado al año 2014), publicación oficial efectuada por el Ministerio de Energía y Minas. La revisión completa del mismo puede hacerse en el siguiente enlace: <http://www.minem.gob.pe/estadistica.php?idSector=6&idEstadistica=9225> Última revisión 24/02/2017.

podrían tener alguna relevancia jurídica, la que nos interesa para esta parte de la tesis es aquella producida artificialmente -por diversos modos previos de generación- conocida técnicamente como corriente eléctrica.

En ese sentido, debe señalarse que la corriente eléctrica como objeto jurídico estelar debe ser entendida acotadamente como el flujo de carga eléctrica transmitida en forma de corriente alterna a través de un material sometido a una diferencia de potencial²⁵⁵. Esta noción técnica considero aparece implícitamente recogida por nuestro ordenamiento, de manera concreta por parte del legislador cuando reconoce los conceptos jurídicos indeterminados de “*energía eléctrica*” (artículo 1 de la LCE), o el no menos usado de “*electrificación*” (aplicable para las zonas alejadas de centros urbanos y que aparece preceptuado por el artículo 1 de la LGER). Estimo que este sentido técnico (y también jurídico) es el que seguirse para ambas nociones.

Es justamente esta idea de energía eléctrica la que debe relacionarse directamente, en las actuales circunstancias, con la salvaguarda del bien común (y con los pertinentes intereses públicos). Que duda cabe que este fenómeno producido por el hombre es una de las bases del funcionamiento de nuestras vidas teniendo un rol esencial en el “*desarrollo y actividades de toda la sociedad actual*”²⁵⁶. En la misma línea, como aspectos relevantes permite el desarrollo de diversas actividades industriales y de producción intensiva, resultando además un elemento fundamental para la fabricación de sustancias químicas como el aluminio y el cloro. Todo esto, sin dejar de señalar el enorme impacto social, económico y la actividad tecnológica para generarla, transportarla y distribuirla a todos los lugares habitados, las cuales no ha dejado de reinventarse desde finales del siglo XIX (luego que NIKOLA TESLA descubriera una de sus variantes con contenido comercial).

Si los aportes y las consecuencias producidas por la aplicación de la energía eléctrica son tan importantes y disímiles, el legislador de un país

²⁵⁵ Esta postura es compartida por el profesor chileno VERGARA BLANCO (2004: p. 21).

²⁵⁶ VERGARA BLANCO (Ibidem, p. 21).

debe dar respuesta a la identificación de ésta con los diversos intereses públicos involucrados y, a continuación, verificar que su producción y reparto individualizado permitan el inmediato ejercicio y disfrute real de varios derechos fundamentales de los ciudadanos en una determinada sociedad (tales como el proyecto de vida, la libertad de tránsito, trabajo, la libertad de empresa, etc.). Por tanto, todas estas cuestiones establecen necesariamente que la energía eléctrica tenga un estatus jurídico diferenciado, separado de cualquier bien o servicio existente, no importando si ésta se oferta en mercados, se gestionan de manera publicada y monopólica mediante servicios públicos, o de manera combinada mediante ambas fórmulas.

Por eso, sin dejar de tomar en cuenta los principios constitucionales (como la subsidiariedad social), es claro que el presupuesto de la intervención pública (administrativa) sobre este fenómeno físico implica entenderlo como una de las fuentes energéticas de mayor relevancia²⁵⁷, permitiéndose que las realidades y circunstancias de cada país en cuanto a "*sus características económicas, sociales, sectoriales y de disponibilidad de fuente energéticas*"²⁵⁸, sean decisivas en la selección de las diversas posibilidades de configuración y conformación jurídica como un verdadero sub-sector energético²⁵⁹.

Lo dicho abre paso a una consecuencia puntual: la energía eléctrica es un bien de directa incidencia en el interés público (general), al menos esto aparece claramente recogido en las declaratorias normativas formuladas por el artículo 2 y siguientes de la citada LCE, apareciendo una insoslayable relación de servicio hacia ese objetivo último, dado su carácter de "utilidad pública" y su innegable "uso colectivo". Por estas razones de fondo, es que es jurídicamente imposible que la libertad

²⁵⁷ Ver esta postura en GIMENO FELIÚ (1994, p. 35-39).

²⁵⁸ ARIÑO ORTIZ (2012: p. 879).

²⁵⁹ De esto último, en cuanto a nuestro *sistema prestacional eléctrico híbrido* basado en combinaciones legalmente establecidas de mercado y servicio público, daré cuenta en las próximas líneas de este capítulo. En este punto, aparte de explicar este molde tan propio, plantearé la piedra de toque del sistema, esto es la garantía que deben asumir y garantizar las organizaciones administrativas involucradas y competentes, en pos de que la prestación de la energía eléctrica sea hecha en forma regular y continúa a más usuarios.

individual o la práctica de titularidades privadas –por citar algunos ejemplos- puedan darse de una manera absolutamente abierta, en solitario, y menos todavía es posible considerar que la previa existencia de una densa regulación o la propia aplicación de la técnica de los *servicios esenciales* (como opción legislativa para ordenar buena parte de las prestaciones de este sub-sector) conlleve necesariamente a una reducción de competitividad u otras consecuencias negativas.

Es más, como adelantó en su momento el profesor BERMEJO, en cuanto a que *“la aplicación rigurosa de la libre competencia en este sector resulta un tanto discutible o, si se prefiere, merece ser corregible”*²⁶⁰. Por tanto, en el estado actual de nuestro ordenamiento positivo no creo que la energía eléctrica puesta a la luz de sus distintas actividades desintegradas, se desenvuelva exclusivamente a través de mercados, tal como se ha intentado justificar y asumir una incorrecta postura nacional²⁶¹. Y esto no necesariamente tiene que ver con la pérdida de un protagonismo de los particulares (la cual siempre existirá y será protegida por nuestra CP), sino por el forzoso ingreso de otros presupuestos y técnicas jurídicas que van moldeando este sub-sector de manera particularizada.

Vale indicar -desde el otro extremo- que a pesar que el legislador introduzca un concepto jurídico indeterminado de utilidad pública (ver el artículo 2 de la LCE), sin que aparezca ningún tipo de *publicatio* en este régimen²⁶², no creo que la energía eléctrica sea un bien exclusivamente

²⁶⁰ Esta cita puede ser encontrada en el prólogo del libro de GIMENO FELIÚ (Op. cit, p.15).

²⁶¹ Sobre la idea de que en Perú la energía eléctrica se desenvuelve en exclusiva a través de mercados eléctricos se puede revisar los artículos de QUIÑONES ALAYZA (2005, pp. 75-81) y de SANTIVANEZ (1998: p. 111 y ss). Es importante resaltar una serie de cuestiones críticas respecto de la idea pre-fijada de eficiencia absoluta aparecida en la creación de los mercados eléctricos, la cual puede ser revisada en las siguientes argumentaciones de los profesores chilenos FERRADA y TAPIA, para quienes este objetivo *"estuvo fundado en la creencia -creciente dominante en ese entonces- según el cual el Estado, con sus controles supuestamente indeseables y sus interferencias generalizadas, debía retroceder, cediéndole casi por completo los espacios a la iniciativa privada. Tal creencia reflejaba una verdadera confianza en un razonamiento determinístico, según el cual el mercado sería capaz de producir el máximo bienestar posible para los individuos en una sociedad. Esto significó que los supuestos tradicionales tenían un sesgo cognitivo hacia el mercado como benchmark, por cuanto este es el adjudicador más eficiente, siendo la eficiencia, por cierto, el objetivo prominente a ser buscado"*. Ver esta cita en FERRADA y TAPIA (2015, p. 127).

²⁶² En este punto cabe recalcar que este acto formal no ha sido siempre conformado de

reservado o monopolizado a favor del Estado, entendiendo que nuestro marco constitucional impide estas modalidades de exclusión de la iniciativa económica privada. Sobre esto último, debe tomarse en cuenta los contenidos de los artículos 58 y 61 de la Constitución, y también lo señalado por el profesor BACA en cuanto a que no "*cabe que el Estado se reserve para sí un ámbito de actividades. Al respecto, nos parece que la Constitución de 1993, a diferencia de la Constitución anterior, no le reconoce esa potestad, más aún cuando el artículo 58 de la Constitución empieza por reconocer que "la iniciativa privada es libre" (...) Es evidente que dicha iniciativa no es ilimitada, pero lo cierto es que no debe confundirse entre la limitación, propia de la actividad de policía y que implica el sometimiento a una regulación específica y a controles, especialmente a través de la técnica de la autorización, y el "servicio público", que implica su negación*"²⁶³.

1.2. LA IRRUPCIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN EL SUB-SECTOR ELÉCTRICO. UNA CONSECUENCIA MÁS DE LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL.

Planteados los grandes marcos conceptuales del tratamiento jurídico de la energía eléctrica, es posible mostrar que los regímenes jurídicos de las distintas actividades desintegradas de este sub-sector demuestran la lenta desaparición de los servicios públicos en estricto y la progresiva y consecuente amalgamación de mercados y nuevas técnicas prestacionales del derecho administrativo (como los servicios esenciales y universales). Estos últimos no sólo son medios para permitir la concurrencia de iniciativas públicas y privadas de manera abierta, sino que también permiten una mejor práctica de una importante perspectiva de la

similar manera en los dispositivos normativos peruanos de épocas distintas, pues han existido por decisión e incorrección del propio legislador, declaraciones con diversas modulaciones, intensidades extremas, vaguedades, titularidades parciales planteadas solo sobre una determinada actividad o, simplemente expresiones para asegurar y controlar la prestación de una actividad que satisfaga efectivamente al interés público. En la actualidad, dadas las imposibilidades inconstitucionales, resultaría imposible la consolidación legal de una *publicatio* que reserve monopólicamente un sector o actividad a favor de las manos públicas, tal como se ha venido sustentando en este trabajo.

²⁶³ BACA ONETO, (2009, p. 379).

subsidiariedad social, esto es la necesidad de que el sector público y los privados actúen conjuntamente en la construcción y salvaguarda del bienestar común.

En suma, aunque no sea visible, este ámbito presenta varias facetas del principio completamente materializadas. La principal cuestión es la que enlaza directamente con el principio de subsidiariedad (y el surgimiento de los servicios esenciales, el decaimiento de los servicios públicos y de los monopolios o reservas de titularidad pública), referida a que *“la presencia de un interés público no exige titularidad pública, lo único que habría cambiado es la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, pues basta acudir a las facultades tradicionales de policía (la conocida «regulación») y a la potestad ablatoria para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuosa con los derechos de los particulares y con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado”*²⁶⁴.

Dicho esto, cabe tomar en cuenta algunas *características* de la energía eléctrica, las cuales tienen un fuerte impacto en el régimen jurídico prestacional imperante (de combinación de iniciativas), y en la aparición de puntuales actividades que tendrían más atractivo de rentabilidad que otras, a partir de datos eminentemente técnicos de esta actividad. Estas cuestiones son las siguientes:.

- (i) En primer término, las actividades eléctricas de industrialización y comercialización son intensivas en el uso de capital y *“de gran complejidad técnica, lo que conlleva barreras de entrada y exige cierta coordinación técnica en la operación”*²⁶⁵.
- (ii) Luego la electricidad comercializada a los diferentes tipos de usuarios *“no es almacenable y la demanda varía cada instante, en todo momento la oferta debe igualarse a la demanda”*²⁶⁶. Todo esta complejidad

²⁶⁴ MARTIN-RETORTILLO, S. (2002: p. 89).

²⁶⁵ GIMENO FELIÚ (Op. cit, p. 45).

operativa deberá efectuarse con un adecuado mantenimiento de los parámetros de seguridad en los correspondientes sistemas interconectados.

- (iii) En tercer lugar, la electricidad se encuentra directamente conectada con el régimen de los recursos naturales (que son de titularidad pública por mandato constitucional), con lo cual nunca debe olvidarse que *“es una energía final que utiliza diversas fuentes de energías primarias como el gas, el carbón, el petróleo, el agua, el viento (a través de respectivamente de las centrales de generación térmicas, nucleares, hidroeléctricas, eólicas, etc.)”*²⁶⁷.
- (iv) En cuarto lugar, debido a su característica final antes expuesta, la electricidad es fácilmente integrable con otros sub-sectores energéticos. Sin embargo, existe una excepción a la regla: el gas. En ese último caso, el *“gas y electricidad son energías sustitutivas, que compiten entre sí en el suministro final de energía a los consumidores. Para evitar disfuncionalidades dicha integración de los subsectores energéticos debe tenerse en cuenta en el modelo de regulación”*²⁶⁸. Aparece así otro elemento propio del principio de responsabilidad pública que no puede pasar desapercibido en puntuales supuestos.

Por otro lado, cabe indicar que la composición del sub-sector eléctrico peruano tiene fases muy marcadas, presentadas mediante una estructura tripartita y clásica que el Legislador ha construido y mantenido en diversos artículos de la LCE, a saber: generación, transmisión y distribución. En esta división se ha buscado sobre todo un relativo efecto

²⁶⁶ Siguiendo la misma postura puede revisarse a VERGARA BLANCO (Op. cit, p. 21).

²⁶⁷ GIMENO FELIÚ (Op. cit, p. 55).

²⁶⁸ . GIMENO FELIÚ (Ibidem p. 58).

de desintegración vertical de actividades²⁶⁹, cada una con su propio sub-régimen jurídico que incluye unos títulos habilitantes específicos, nociones especiales y otras cuestiones activas que necesitan un estudio particular. Estimo que el fenómeno desintegrador manifestado en la implantación y búsqueda de competencia (allí donde sea posible) y con una clara tendencia a la reducción de costos de transacción, aparece planteando en nuestro Derecho bajo un tinte híbrido (tal como se notará a continuación).

Así en el régimen prestacional eléctrico peruano existen dos pilares sobre los que asienta el modelo. Por un lado, la recepción del principio comunitario del “*common carrier*” y, en segundo término, la quiebra definitiva de monopolios impuestos legalmente (esto se condice con los mandatos de la CP y aparece expresamente preceptuado en el artículo 8 de la LCE). Adicionalmente, en este sub-sector se muestra una generación eléctrica poco intervenida por la organización administrativa competente (el Ministerio de Energía y Minas), la que aparece unida a una clara separación entre transmisión y distribución. Esto último supone una elección entre una opción de organización de dos actividades en situaciones de monopolio natural cuyo factor clave y de éxito es asegurar la explotación conjunta de redes eléctricas (de alta, media y baja tensión), en tanto estas últimas puedan resultar complementarias y por ende más favorables en aspectos económicos para los usuarios²⁷⁰.

En el mismo sentido, las tres fases señaladas en el régimen eléctrico peruano quedarían marcadas bajo los siguientes conceptos: la generación mediante un sistema de producción de energía eléctrica bajo cualquiera de sus modalidades (hidroeléctrica, termoeléctrica, eólico, etc.). En segundo lugar, un sistema de transmisión que permita el transporte concentrado y a gran escala del fluido producido (normalmente mediante redes de alta y muy alta tensión). Por último, la distribución mediante un sistema de transformación de la energía eléctrica a tensiones inferiores a 30000 voltios y su posterior traslado final mediante redes eléctricas de menor

²⁶⁹ Ver esta postura en SALVATIERRA COMBINA (2012: p. 228).

²⁷⁰ RAMOS-REAL (2007, p. 175).

tensión que se integren a las nombradas infraestructuras del transporte de tensión más elevada. Estas redes de menor tensión deben permitir la entrega final a todos los usuarios libres y regulados existentes (ver el artículo 1 de la LDEGE).

Esta claro que la última fase de las tres actividades indicadas ha sido reconocida en el régimen eléctrico como un monopolio natural²⁷¹ por lo que en una determinada circunscripción sólo podrá existir un concreto operador, comprobándose en esta actividad las barreras de origen que aparecen en este sub-sector y la existencia jurídicamente válida de un operador exclusivo con un título habilitante que impide cualquier otra iniciativa similar y paralela en ese territorio (ver artículo 30 de la LCE). Todo esto ha sido llevado adelante en un marco de liberalización que merece algunas líneas de explicación.

1.3. EXPLICACIONES SOBRE LA LIBERALIZACIÓN ELÉCTRICA PERUANA. LA DEVOLUCIÓN DEL PROTAGONISMO A LOS PRIVADOS

El descrito papel fundamental de la energía eléctrica y la falta de una señalada trípole de elementos tecnológicos, jurídicos y políticos aplicables en general a todas las actuaciones prestacionales²⁷², determinó que en varios países occidentales existieran monopolios estatales y de corte exclusivamente nacional que se ocuparan de gestionar de manera integrada a todas las actividades eléctricas. Todo esto casi siempre en

²⁷¹ Una importante noción sobre monopolio natural es la que lo define como supuestos específicos "de limitación al ingreso de nuevas empresas al mercado. Es debido a los rendimientos crecientes de escala, es decir en los casos en que el costo de producción por unidad de producto disminuye conforme aumenta el volumen de producción. Esta situación ocurre cuando hay altos costos fijos para iniciar una actividad. En estas circunstancias se establece lo que se llama un monopolio natural. El monopolio natural habitualmente ocurre en los casos de los servicios públicos". Ver esta cita en SOLA (2004: p. 60).

²⁷² Como adelanté, no debe olvidarse que una nueva trípole de elementos ideológicos, económicos y tecnológicos irrumpieron con una fuerza descomunal en los últimos treinta años, produciendo la quiebra de los cimientos de un Estado social o intento de éste puesto de espaldas a la libertad económica (que no miraba la aparición de varios cuerpos intermedios de origen privado) y al equilibrio necesarísimo entre la competencia y las exigencias del interés general. Sobre estas cuestiones ver las interesantes reflexiones del trabajo citado de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999, pp. 65-66).

aplicación de la técnica del servicio público en estricto y un casi secundario y muy limitado papel de los privados²⁷³.

Es así que hasta bien entrado los años noventa en Europa y varias partes de Latinoamérica, este sub-sector energético aparecía altamente publicificado, lo que implicaba que sean las propias organizaciones administrativas o económicas de titularidad estatal quienes asumían la obligación de prestar de manera cotidiana las actuaciones pertinentes a los usuarios, con las correspondientes y descomunales cargas financieras que esto implicaba. Sin embargo, de manera rápida en menos de un par de décadas, un cambio estructural se produjo en ambos lados del Atlántico, apareciendo y robusteciéndose muchos sistemas eléctricos liberalizados hasta finales del siglo XX.

En nuestro país, varias de estas reformas fueron alentadas por la cobertura constitucional peruana del protagonismo de la iniciativa privada y del consecuente valor preponderante del mercado por sobre la actividad prestacional pública, pero siempre dentro de los límites de la subsidiariedad horizontal en la que existe prohibiciones relativas a la intervención empresarial directa del Estado, pero se respeta un grupo de potestades de regulación de titularidad siempre pública²⁷⁴.

²⁷³ Al respecto, como bien indicó el profesor G. ARIÑO, en esa época anterior a la liberalización de los noventas la industria eléctrica se desarrollaba *"en fases sucesivas (...) Como en algunas de esas fases existen elementos de monopolio natural (en redes de transporte y distribución, en infraestructuras de almacenamiento natural y otras), la solución tradicional fue la explotación de dichas actividades por una empresa integrada verticalmente, que asumía la obligación de invertir en todas las fases del proceso (...) Asimismo, se le reconocían derechos exclusivos de suministro sobre una zona"*. Ver esta cita en ARIÑO ORTIZ (2012: p. 726).

²⁷⁴ Ver esta postura en CHANG CHUYES (Op. cit, p. 141).

Al respecto, no debe olvidarse que la liberalización es un concepto polisémico que para los fines planteados en este trabajo deberá entenderse como una noción que *"comporta devolver al ámbito de la libertad lo que se había sustraído de ella. Pero el término sufre semejantes males de ambigüedad que el de privatización. Por liberalizar puede entenderse, en efecto, cualquier operación político-jurídica que traiga como consecuencia un ensanchamiento del ámbito o de las posibilidades efectivas de la libertad. Entra ahí también, y quizá principalmente, la desregulación tanto absoluta como relativa o parcial –la disminución de reglamentaciones– y la reducción de controles públicos sobre actividades que ya están en el ámbito de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, y especialmente de los controles previos y de oportunidad"*. Ver esta cita en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: p. 195).

Pero regresemos a los importantes datos el lado europeo, tan relevantes para la reforma peruana (finalmente es el continente de donde provinieron los grandes procesos de cambios en esta industria). A finales de los años ochentas, tal como estaban dispuestas estas actividades eléctricas en países como Italia, Francia, España, entre otros, no cabía la construcción y posterior consolidación de un mercado interior comunitario basado en los elementos propios de la libre competencia y concurrencia de operadores y participantes económicos²⁷⁵. Por eso, sin dejar de contar con la fuerte de presión de la competencia de costos con otros países competidores en el mercado mundial, es que de manera progresiva se fue concibiendo la liberalización en los rubros de la electricidad y el gas, sosteniéndola en los hombros de importantes Directivas (la vía legislativa), una serie de poderes regulatorios nacionales aplicables a tarifas, títulos habilitantes y otros componentes de derechos en exclusiva de los operadores, además de fundamentales decisiones judiciales del TJCE (la aplicación judicial del Derecho comunitario)²⁷⁶.

En ese sentido, la construcción del mercado único de electricidad en la Comunidad Europea, se basó en el pago de una tarifa razonable por el derecho a ingresar como nuevo operador en el sistema de transporte de la energía eléctrica a partir de la aplicación del esencial principio del *common carrier*. Este último terminó disolviendo la noción de servicio público-monopolio desarrollada hasta los años noventas en algunos pocos países europeos continentales y luego permitió una importante libre concurrencia de operadores de toda naturaleza y origen²⁷⁷.

²⁷⁵ No debe olvidarse que la Comunidad Europea desde su origen puso mucho énfasis en la competencia, fortaleciendo su aplicación sobre los operadores industriales y empresariales "*para establecer y consolidar el mercado común, para desarrollar de manera armoniosa las actividades económicas, para mantener un crecimiento económico sostenido (...) Este contundente énfasis a favor de la competencia ha devenido en el fuerte impulso por promover la privatización de empresas públicas, así como para liberalizar numerosos sectores económicos*". Ver esta cita en FUERTES LÓPEZ (2004: p. 161).

²⁷⁶ Ver estas cuestiones en ARIÑO ORTIZ (Op. cit., pp. 701-717).

²⁷⁷ En este nuevo esquema, las empresas eléctricas monopólicas fueron descartadas como el único medio de garantizar el suministro eléctrico en condiciones de igualdad a todos los usuarios, ya que la igualdad de coste en la obtención del recurso no es la requerida en este tema. Más bien se necesita un efecto que brinde rebajas en los costes operativos de las grandes empresas de suministro, y por ende, en sus tarifas al adquirir electricidad de fuentes de producción mucho más baratas. En concordancia con el principio señalado, existe un adicional instrumento jurídico que permitiría esta deseable libertad de intercambios. Este sería el derecho de tránsito contenido en el Tratado de la CEE, materializado luego en un contrato de Derecho privado entre los operadores

Como bien se aprecia en las explicaciones acerca del régimen comunitario, la apertura a la competencia de ámbitos eléctricos monopolísticos mediante la imposición de obligaciones de cesión en uso de instalaciones o medios físicos al operador único (de hecho o de derecho) a favor de nuevos operadores, resulta siendo el gran efecto o cambio favorable producido por el principio del common carrier. A cambio de la señalada cesión, el operador y titular del derecho entregado recibe una tarifa proporcionada y razonable de las empresas competidoras²⁷⁸, permitiéndose así la aparición de una función de transporte eléctrico reglamentada cuya única obligación es servir al cliente (siempre encauzada mediante una orden de pedido pre-establecida que debía ser cancelada mediante una retribución no discriminatoria). Además como se podrá notar la liberalización en marcha implicó la necesidad de que nuevos organismos comunitarios garantizaran la calidad y seguridad de las prestaciones brindadas por las nuevas empresas distribuidoras.

Ahora bien, frente a estas evidentes ventajas del citado principio comunitario y además de su carácter angular en el proceso de liberalización, el mismo tiene una desventaja fácilmente superable: sus efectos jurídicos a lo largo del tiempo son de medición complicada. Esto dificultaría si es que no se buscan mecanismos correctores de cálculo, la consecución o logro del fin previsto por este figura (libre tránsito de la electricidad a través de las redes de alta tensión) y las posibilidades de establecimiento de un mercado único (mediante la unión directa de productores y distribuidores)²⁷⁹.

Dicho lo anterior, debo indicar que he hecho un largo resumen de aspectos jurídicos-administrativos planteados en la liberalización eléctrica europea²⁸⁰, pues ésta es la mayor fuente de inspiración de nuestra

adecuados (dominante y solicitante). Ver todas estas cuestiones en GIMENO FELIÚ (Op. cit., 58).

²⁷⁸ GIMENO FELIÚ (Op. cit., 58).

²⁷⁹ GIMENO FELIÚ (Op. cit., 58).

²⁸⁰ Aunque es tema de próximos capítulos, quisiera adelantar que es imposible negar el impacto positivo de las políticas liberalizadoras de los años ochentas nacidas en la Inglaterra de Margaret Thatcher y aplicadas como una ola -pero de manera más

reforma, además -claro está- de ciertos datos adicionales que provenían del ordenamiento chileno y el mundo anglosajón. Lo interesante de esta transposición es que en el presente caso, rompiendo nuestra tendencia ecléctica y de depósito de corrientes e institutos a veces encontrados, el régimen de la energía eléctrica instaurado en los años noventas tiene una cierta armonía y sistémica, especialmente por el recojo de conceptos universales y comúnmente aceptados en el mundo occidental tales como: la desintegración de fases, el libre tránsito de operadores, unas fases de transporte o traslado del flujo con un fuerte protagonismo privado, la implantación de la competencia donde sea posible, pero principalmente por el establecimiento definitivo del Estado regulador. Por eso, es posible afirmar que luego de la promulgación de la CP este ámbito fue uno de los primeros que se encamino dentro de estos cambios estructurales²⁸¹.

Sin embargo, a modo de recuento de antecedentes importantes, quisiera regresar unos años atrás de los noventas, a fin de presentar un necesario contraste. En la etapa pre-liberalizadora de la industria eléctrica peruana, se consideraba un imposible técnico la separación entre la generación y la fase de transmisión. Es más, la idea de una generación de costo muy elevado llevaba consigo el efecto negativo de que para ser eficientes en este rubro se requería necesariamente de una previa concentración de todas las actividades o fases eléctricas. En ese sentido, tras la premisa de que generación y transmisión no eran separables y también muy costosas²⁸², se consolidó una industria gestionada por operadores esencialmente públicos (empresas públicas), integrada, monopólica y con varias cuotas

sistémica- en el resto de Europa. Estas ideas económicas y políticas, de la mano de la corriente privatizadora de empresas públicas, llegaron a nuestro país a inicios de los noventa del siglo pasado, y modificaron fuertemente nuestra sociedad y sus cimientos más íntimos (incluyendo el régimen económico de la CP que tiene un indudable origen reactivo), tanto que se llegó a instalar un capitalismo popular que es irrefutable, sin dejar de ser relevante una fuerte presencia individualista (éstas se manifiestan de manera positiva en nuestra realidad a través del acentuado emprendimiento empresarial y el desarrollo económico sin necesidad de un directo soporte público).

²⁸¹ Sobre esta última noción, cabe adelantar siguiendo a CABALLERO SÁNCHEZ, el entendimiento aparecido en el país de que las organizaciones administrativas son mejores vigilantes que gestores, lo cual permitió la aparición del orden regulatorio centrado en "*crear condiciones, desde una instancia imparcial para que los agentes de un sector disputen en condiciones de competencia suficiente, y de esa forma se garantice la prestación de esos servicios en buenas condiciones para toda la sociedad*". Ver esta cita en CABALLERO SÁNCHEZ (2003: p. 81).

²⁸² Por ejemplo, esta situación no era muy distinta en Chile. Ver el citado trabajo de FERRADA y TAPIA (Op. cit, p. 127).

de ineficiencia social y económica²⁸³. Bajo dicha concepción sólo la distribución podía ser un monopolio separado. Es por estos motivos que a inicios de los noventa, la actividad eléctrica en el Perú mostraba un gran deterioro y una escasa inversión en la correspondiente infraestructura.

Evidentemente, en este esquema las empresas públicas (o estatales) existentes en todas las actividades eléctricas cumplían un rol preponderante y casi único. A su turno, el servicio público en estricto era la técnica para la participación prestacional de estas organizaciones económicas antes de la entrada en vigor de la CP, quedando marcada así una combinación entre estos institutos, en medio de una evidente publicación de este ámbito. Es más, durante esa época la técnica de la empresa pública era considerada como una principalísima fórmula de intervención de las organizaciones administrativas utilizada para brindar directamente servicios y prestaciones a favor de los administrados²⁸⁴ (como un agente empresarial o económico más dentro del propio mercado)²⁸⁵.

Es más, como ya se planteó antes, se pretendió justificar su utilización en diversas razones de utilidad pública o interés general (muchas veces vacías o sin un contenido jurídicamente rescatable).

²⁸³ En esta etapa, el limitado mantenimiento y destrucción sistemática de la infraestructura eléctrica por parte del terrorismo generó que el desarrollo general de la industria fuese muy limitado. Un indicador importante es que el coeficiente de electrificación alcanzaba sólo al 45% de la población (uno de los más bajos de América Latina en aquel entonces); asimismo, la oferta de energía sólo cubría el 74% de la demanda y las pérdidas de distribución superaban el 20%. Además, las tarifas eléctricas eran fijadas con criterios esencialmente políticos, incluso por debajo de sus costos de operación (sólo cubrían un 23% del total). Ello produjo significativas pérdidas en las empresas del sector que en el año 1989 se estimaron en US \$ 426 millones de dólares. En suma, nos encontrábamos ante un sub-sector eléctrico basado en "*un modelo cerrado, con derechos en exclusiva, con una regulación exhaustiva, con integración vertical de actividades, y presidido por los principios de planificación conjunta vinculante, explotación centralizada y remuneración en base a costes*". Ver esta última cita en GIMENO FELIÚ (Op. cit., 58).

²⁸⁴ Las antiguas empresas estatales eléctricas peruanas incluían a los conglomerados denominados Electroperú y Electrolima. Estos fueron privatizados y desintegrados en el proceso de reforma aparecido entre los años 1991 a 1998. Actualmente, las empresas del Estado del sub-sector eléctrico se cuentan en dieciséis y están repartidas en actividades de generación, distribución y complementarias (de administración de bienes y infraestructura de titularidad pública). Para conocer al detalle cada una de ellas, su adscripción y ordenación expresa a través del holding público FONAFE puede revisarse el siguiente enlace: <http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=empresas&t=1&o=01&m=3> Última versión recogida 24/02/2017.

²⁸⁵ TENA PIAZUELO, Vitelo (1999, p. 909).

Siguiendo las razones que ya hemos venido planteando, debe reafirmarse que las antiguas empresas estatales tenían una conformación basada en una fuerte concentración de todos los elementos, bienes y aspectos prestacionales existentes en el ámbito eléctrico, cuestión que eliminaba de plano cualquier modalidad de concurrencia, participación y de competencia con los privados. Esta forma de organizaciones empresariales de titularidad pública es cercana a lo que la doctrina denomina como "*empresas públicas de servicios públicos*", las cuales se basaban en un régimen de exclusión de cualquier modalidad de iniciativa privada²⁸⁶.

En este punto, es que en medio de un proceso generalizado de liberalización de varios sectores económicos y de atroz (pero necesario) ajuste económico iniciado en agosto de 1990, lentamente se fueron diagramando los principales objetivos que debía satisfacer el actual régimen eléctrico, asumiéndose como los principales a los siguientes²⁸⁷:

- (i) Incentivar un proceso de inversión en el sub-sector que permita el incremento de la capacidad de generación.
- (ii) Incrementar el acceso a la electricidad de más usuarios, procurando una mayor cobertura y eliminación - progresiva- de los desequilibrios entre los distintos territorios del país.
- (iii) Crear un sistema tarifario que fomente la eficiencia económica y técnica, no estableciendo discriminaciones arbitrarias basadas en el destino del consumo.
- (iv) Generar tarifas que permitan cubrir los costos económicos de las empresas eficientes y produzca los mecanismos suficientes para que los usuarios conozcan

²⁸⁶ Ver esta categoría en TENA PIAZUELO (Op. cit, p. 915).

²⁸⁷ Revisar estos objetivos en los artículos de QUIÑONES ALAYZA (2005, pp. 75-81) y de SANTIVÁÑEZ (1998: p. 111 y ss).

el proceso de formación de tarifas y puedan elegir entre un mínimo de alternativas.

Posteriormente dichas finalidades aparecieron en el sub-sector eléctrico a través de las reformas presentadas en la citada LCE (promulgada a fines del año 1992), apareciendo como un evidente e importante tubo de ensayo de lo que luego se establecería a partir del régimen económico de la CP. En dicha norma, y sin el soporte directo de la variante prohibitiva de la vigente subsidiariedad horizontal, el legislador peruano instituyó algunas de las características más representativas del actual modelo eléctrico tales como:

(i) La desintegración vertical o segmentación de las tres principales actividades: generación, transmisión y distribución.

(ii) La libre determinación de los precios de generación (potencia y energía) para el suministro eléctrico a clientes libres.

(iii) La regulación de las tarifas de generación para el suministro a usuarios de un mal denominado *servicio público de electricidad* (puesto que no existe publicatio en la LCE y menos reservas en manos públicas).

(iv) La regulación de las tarifas de transmisión y distribución para toda clase de suministros mediante el ejercicio de potestades específicas por parte de una entidad administrativa externa a las actividades prestacionales.

(v) La administración o gestión privada de las operaciones de los sistemas eléctricos interconectados, guiadas por los principios de eficiencia, minimización de costos y garantía de calidad y confiabilidad en la prestación de los servicios. En definitiva, aparecía así el sistema eléctrico que conocemos, el

cual se basa en un modelo abierto y de “*regulación para la competencia*”²⁸⁸, en tanto se introduce la competencia en todo lo que sea posible, presidiendo el esquema en base a la “*planificación empresarial, explotación descentralizada, con acceso a las redes y remuneración en base a precios*”²⁸⁹.

A estas características básicas, cabe la agregación de algunos principios y nociones fundamentales merecedoras de atención tales como el principio de libertad de entrada y libertad de inversión en las actividades competitivas, el principio de libertad de contratación o el multicitado libre acceso a la red de infraestructura del transporte de la energía eléctrica (llamado en versión anglosajona y comunitaria como *common carrier*), la inclusión de ciertas obligaciones o cargas concretas de servicio público o de prestaciones singulares de servicio universal, la vigilancia del modelo mediante una entidad reguladora constituida como una especie de organización administrativa independiente (el actual OSINERGMIN) y el mantenimiento de un racionalizado aparato prestacional a cargo de empresas del Estado (ahora manejado desde una ordenación común y a cargo de una entidad técnica y fuertemente centralizada denominada FONAFE)²⁹⁰.

²⁸⁸ ARIÑO ORTIZ (2012, p. 729).

²⁸⁹ ARIÑO ORTIZ (Ibidem p. 729).

²⁹⁰ No debe olvidarse que el citado FONAFE junto con el Banco de la Nación es uno de los pocos ejemplos existentes en nuestro Derecho de las denominadas “Empresas del Estado de Derecho Público” o “Empresas del Estado con potestades públicas”, según nomenclaturas recogidas por el numeral 1.1. de la Ley No. 27170 y el numeral 4.3 del Decreto Legislativo No. 1031. Este sujeto debe ser entendido como una forma de “*ente público económico (...) con personalidad y estructura jurídica-pública*” (en el presente caso adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas). Específicamente, considero que el FONAFE es una organización del poder público que ejercita potestades administrativas, siendo correcto asumir su condición de “*entidad de la Administración Pública (...) sujeta, por tanto, a normas de Derecho Público y también de Derecho Privado, especialmente en materia laboral*”. Ver estas citas en ABRUÑA PUYOL (2010, p. 85).

Por las competencias habilitadas por el Legislador al FONAFE, todas ellas reconocidas en el artículo 3 de la Ley No. 27170 y otras desperdigadas a lo largo del Decreto Legislativo No. 1031 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 176-2010-EF (tales como la selección y aprobación de los Directores que ingresan a dirigir estos sujetos, o el uso y distribución de sus recursos dinerarios), es evidente que este *holding* cumpliría un papel de dirección y un rol jerárquico sobre las empresas estatales puestas bajo su ámbito de control. Es más puede considerarse a esta organización administrativa como representante del titular ante las empresas (el Estado).

Sin embargo, estas condiciones no disuelven las distintas naturalezas entre estos dos sujetos de derecho, con personerías (y capacidades) diferenciadas. Por un lado, una administración pública sometida primariamente al régimen jurídico-administrativo. Del otro lado un conjunto de empresas públicas de titularidad del FONAFE, que deben

Debe concluirse que el mencionado modelo de “regulación para la competencia”, aunque sin descuidar la posibilidad de que alguna actividad pueda ser prestada en versión monopolística (monopolio natural y normalmente mediante el uso de la técnica del servicio esencial) o incluso mediante la participación de empresas públicas, y a pesar de la densidad normativa y formas de intervención administrativa existentes, es claro que no intenta sustituir el rol principal de los operadores privados en la mayoría de espacios del sub-sector. Más bien busca complementarlo y subordinarse a sus ejercicios propios²⁹¹. En suma, y luego de las comprobaciones debidas y específicas, resulta bastante evidente que las principales variantes del principio de subsidiariedad horizontal aparecen recogidos de manera real y efectiva (mezclas de iniciativas, combinación de

responder por una gestión económica realizada en un determinado sector, siendo estas últimas cabales sociedades mercantiles. Por tanto, si se quiere, el legislador ha dotado de diversas competencias de ordenación, control o verificación ex-post (de contenido no normativo) y reglamentarias, recaídas sobre actuaciones futuras de las empresas del Estado. Todas van destinadas a que el FONAFE pueda cumplir con su objetivo de conducir “*la actividad empresarial del Estado*”.

²⁹¹ Para una revisión integral del ordenamiento eléctrico además de las leyes citadas, debe tomarse en cuenta los siguientes dispositivos:

- Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica -Ley No. 28832 Ley que promueve la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables – Decreto Legislativo No. 1002
- Reglamento de Generación de Electricidad con Energías Renovables – Decreto Supremo No. 012-2011-EM
- Reglamento de Transmisión - Decreto Supremo No. 027-2007-EM.
- Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos - NTCSE - Decreto Supremo No. 020-97-EM.
- Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas - Decreto Supremo No. 029-94-EM.
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Ley No. 27332.
- Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Decreto Supremo N° 042-2005-PCM.
- Reglamento de Licitaciones del Suministro de Electricidad - Decreto Supremo No. 052-2007-EM.
- Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley No 26876 .
- Reglamento de la Ley No 26876 - Decreto Supremo No. 017-98-ITINCI.
- Ley de Creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Ley No 26734.
- Reglamento General de OSINERGMIN - Decreto Supremo No 054-2001-PCM (2001-05-09).
- Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema - Decreto Supremo No 027-2008-EM.

mercado con servicios esenciales y la aparición de un indudable rol protagónico de los operadores privados).

2. LA SUBSIDIARIEDAD SOCIAL Y EL SUB-SECTOR ASISTENCIAL SANITARIO

2.1. NOTA INTRODUCTORIA

Las actividades asistenciales sanitarias ha pasado prácticamente desapercibidas para la doctrina peruana de Derecho administrativo, salvo por unas pocas publicaciones que han tratado con alguna suficiencia nociones alrededor del contenido constitucional del derecho a la protección a la salud reconocido en la primera parte del artículo 7 de la actual CP, además de otros comentarios de piezas jurisprudenciales del TCP que versan sobre su reclamación o se conectan íntimamente con otros derechos del mismo rango (derecho a la vida)²⁹².

Tales omisiones resultan extrañas ya que la salud pública, objeto estelar de todo tipo de actuación administrativa sanitaria, es ante todo un instituto indispensable para conseguir cuotas altas de bienestar general en una determinada sociedad, y por ende deudora de especiales consideraciones y tratamientos jurídico-administrativos. Más todavía, en los tiempos actuales, muchos consideran a la asistencia sanitaria como *“uno de los derechos sociales más importantes cuya tutela exigen los miembros de las sociedades avanzadas”*²⁹³. En el mismo sentido, la

²⁹² Al respecto, puede revisarse el trabajo de VILLANUEVA FLORES (2009, pp. 30-56). Sobre el segundo punto indicado en el párrafo principal, resulta interesante revisar la publicación del monográfico sobre el derecho a la vida recogido en Revista de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos y la Democracia de la Universidad de Piura Palestra, volumen 1, año 2010. El reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud es una cuestión repetida en otros ordenamientos. Así el artículo 32 de la vigente Carta magna italiana reconoce de manera mucho más explícita que la *“República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad y garantiza la atención médica gratuita de los indigentes. No podrá obligarse a nadie a seguir un tratamiento sanitario sino por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”*.

²⁹³ Ver esta cita en PEREZ-LUÑO (2006, p. 136).

intervención de las organizaciones administrativas en la salud pública es uno de los ejercicios de potestades públicas más gravitante para garantizar el deber estatal de *“promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”* impuesto por nuestro Constituyente en el artículo 44 de la CP, lo cual se traduce en *“determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”*²⁹⁴.

Si se quiere la salud pública tomando a la persona como el centro de su atención, es el sector que permite la existencia de otros, puesto que la *“base irremplazable de todo desarrollo es, sin duda alguna, el hombre. Sin él de nada valen los instrumentos o las técnicas de desarrollo. Y es precisamente al hombre a quien se dirigen los beneficios de la salud pública. Un hombre radical y esplendorosamente sano es lo que busca la salud pública y lo que necesita el desarrollo. La acción sanitaria suministra, incontrovertiblemente, a la comunidad en desarrollo individuos más sanos en un quintuple sentido: primero, aumentando la vida de los ciudadanos; segundo, disminuyendo la mortalidad general; tercero, trasladando esta mortalidad a edades «más razonables»; cuarto, eliminando las razones conocidas del riesgo de enfermar; quinto, desarrollando sus capacidades físicas”*²⁹⁵.

Estas calidades y características descritas obligan a un papel primordial de los poderes públicos en pos de salvaguardar el señalado bien, a fin de hacer viable la expectativa legítima (aunque de carácter marcadamente imperfecta por los problemas de reconocimiento y tutela judicial existentes), de que las personas tengan una *“situación razonablemente posible de defensa o el reestablecimiento del estado de salud de todos los ciudadanos”*²⁹⁶. Todo esto sin descuidar las posibilidades de colaboración en la consecución de estos deberes asistenciales de la iniciativa privada, puesto que la protección de salud

²⁹⁴ Ver esta cita en PEREZ-LUÑO (Ibidem, p. 295).

²⁹⁵ YUSTE GRIJALVA (1967: p. 31).

²⁹⁶ BALBONI (1997: p. 234).

permite ligar y coincidir intereses de distinto índole, siendo además un medio de impulso para materializar el principio de solidaridad, “*en cuya virtud resulta justificado, también por el bien de todos (...) que el empleo de los recursos públicos sea destinado a la tutela de la salud de cada individuo considerado a título singular*”²⁹⁷.

Ahora bien, con ánimo de expurgar nociones a fin de paliar lo que MARTIN MATEO llamó como una “*jungla conceptual*”²⁹⁸, debe uno detenerse analizar ciertas definiciones que -a priori- podrían estar emparentadas, ligadas desde la complejidad técnica, o simplemente permanecen entre nosotros en virtud del traslado hecho desde las ciencias de la salud al lenguaje cotidiano²⁹⁹. En virtud de su finalidad y ámbito materialmente reconocible para el Derecho administrativo es indispensable asumir la noción de salud pública como las actuaciones o medidas de tutela o protección efectuadas por los poderes públicos competentes recaídas sobre la salud de la población³⁰⁰. Este primer concepto se aleja de la llamada salud comunitaria, la cual está pensada y “*adiciona la participación de la colectividad*”³⁰¹, o de otros como la protección de la salud o control sanitario del ambiente que centran su mirada y perspectiva en “*actuaciones médicas dirigidas a la evitación de la incidencia de enfermedad*”³⁰².

Entonces, asumiendo correctamente los alcances de salud pública debemos entender que en nuestro país desde marzo del año 2010, ha existido un nuevo “proceso” de acceso y disposición de un seguro de salud para toda la “población residente en el territorio nacional”, el cual definitivamente ha impactado en la configuración y desempeño de nuestro concepto. El legislador, a través de la publicación de la LMAUS, optó por por tomar en serio la necesidad de “*garantizar el derecho pleno y*

²⁹⁷ BALBONI (Ibidem, p. 234).

²⁹⁸ MARTIN MATEO (1998, p. 30).

²⁹⁹ Ver esta noción en el trabajo de PIEDROLA GIL (1990: pp. 11-25).

³⁰⁰ Ver esta posición en MARTIN MATEO (Ibidem pp. 30-31).

³⁰¹ MARTIN MATEO (Ibidem: p. 30).

³⁰² MARTIN MATEO (Ibidem: p. 30).

progresivo” a la protección de la salud, sin ningún tipo de discriminación y en todas las “*etapas de la vida*” de los peruanos (ver el expresivo artículos 1 de la LMAUS).

Este proceso de “salud pública” se instauró y continúa en medio de un maremágnum de sistemas asistenciales sanitarios existentes y de larga tradición, cada uno de ellos distintos entre sí (los hay de naturaleza pública y privada, o recientemente conformados, bajo la fórmula del aún desconocido contrato público que se asemeja al concierto pero intenta ser nominado y regido como uno de asociación público-privada³⁰³). Es decir, apareció en medio de un desorden y complejidad prestacional que se mantiene hasta hoy, puesto que los aspectos asistenciales provienen de

³⁰³ El concierto es una modalidad contractual de gestión de servicios públicos celebrado con una “*persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituye el servicio público del que se trate*”. Es decir, es un contrato que plantea la puesta en marcha de asistencia sanitaria mediante medios ajenos a la organización administrativa prestacional. En el Derecho español, esta señalada definición aparece expresamente recogida en el literal c) del artículo 277 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 30/2007 (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011). y se lleva a cabo a partir de que la administración sanitaria concerte “*con centros sanitarios privados la prestación de atenciones sanitarias. Tales centros deberán ser previamente homologados por la propia Administración, acto por el que éstas declaran a aquellos aptos para celebrar conciertos en virtud de unos requisitos técnico-económicos determinados por las prestaciones a desarrollar. La Administración realiza así una clasificación de los centros sanitarios de la que va a depender la cuantía de las tarifas que van a poder percibir por las prestaciones*”. Ver esta cita en FUENTETAJA PASTOR (2007: pp. 1087-1088).

Otro ejemplo de la figura aparece en la doctrina italiana, a través de la antigua Ley de Reforma del Servicio Sanitario Nacional, Ley 833/1978, la que estableció la participación de los privados a través de la celebración de conciertos (*convenzioni*), permitiendo que éstos se insertaran en el Servicio Sanitario Nacional, luego se beneficiaran de una financiación pública y prestaran asistencia sanitaria por cuenta de esta organización prestacional “*pero conservando una identidad propia*”. Ver esta cita en PEMÁN GAVÍN (1985, p. 369).

El concierto, bajo los linderos explicados, aún no tiene reconocimiento positivo en nuestras normas sanitarias y de contratación pública (estas últimas no conocen otra manera de tratar de introducir estas iniciativas privadas sino, sólo y a través, de las concesiones o los contratos de asociación público-privada). Sin embargo, ciertas consideraciones de esta especie han aparecido de manera más precaria con las denominadas “comunidades locales de administración de salud” regulados por la Ley No. 29124 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 017-2008-SA. Estas personas jurídicas son creadas ex profeso para participar y cogestionar “*los establecimientos de salud del primer nivel de atención*”, utilizando para este propósito – principalmente- fondos y bienes públicos. Posteriormente, durante la práctica de sus actividades, estos sujetos son objeto de fiscalización, vigilancia o supervisión por parte de los Gobiernos Regionales en diferentes aspectos (financiera, sanitaria, de recursos humanos, etc.). Esta fórmula que merece ciertos afinamientos, implica sólo la disposición de ciertos medios y bienes por parte de estos sujetos privados, pero no implica en lo absoluto una previa experiencia en la prestación de los servicios sanitarios, ni un análisis administrativo preliminar de sus capacidades técnicas o materiales para brindar la atención primaria preceptuada como finalidad pública por parte de las normas antes expuestas.

distintas iniciativas (principalmente públicas), y muchos de éstos son practicados por organizaciones administrativas con cuotas altísimas de autonomía funcional positivamente reconocidas³⁰⁴ y como piezas de distinta titularidad descoordinadas y desligadas una de la otra. Por eso, es válido seguir afirmando que nuestra salud pública, y a pesar del aseguramiento universal, no cuenta con una única red asistencial pública.

Así, contamos actualmente con la seguridad social gestionada por el ESSALUD, el gran aparato prestacional estatal denominado SIS, la sanidad policial, la sanidad militar (compuesta conjuntamente por los tres institutos de las fuerzas armadas), los aparatos sanitarios de los Gobiernos Regionales (recientemente conformados a partir de las transferencias de potestades efectuadas por el Ministerio de Salud), otros sistemas de alcance territorial reducido (tales como los denominados “hospitales y establecimientos de la solidaridad”), centros municipales de atención primaria, establecimientos asistenciales de las beneficencias públicas (encargados de brindar prestaciones sanitarias o asistencia pública a los más desfavorecidos), entre otros. Sin perjuicio, de los “privados” fondos de salud, los seguros privados de salud gestionados por compañías de seguros, autoseguros y un creciente (pero pequeño) sistema sanitario privado gestionado por las llamadas “entidades prestadoras de salud”.

Como se notará tan desintegrados han sido nuestros procesos de salud pública que ni siquiera comparten mecanismos similares de financiación, puesto que existen los que se sostienen exclusivamente del pago de cotizaciones efectuadas por sus respectivos afiliados o por otros jurídicamente responsables por estas obligaciones pecuniarias (los empleadores), aparecen algunos contados sistemas excepcionales que en su afán de brindar cobertura gratuita a puntuales colectivos (personas de escasos o nulos recursos) imputan directamente sus costos al presupuesto

³⁰⁴ Por ejemplo, la seguridad social gestionada por ESSALUD, uno de los más grandes regímenes de prestaciones sanitarias existentes en nuestro país, tiene reconocida la “intangibilidad” de sus fondos y reservas, así como la “autonomía administrativa, económica, financiera y presupuestal” de su gestor. Todo esto, en virtud del artículo 1 de la Ley No. 28006.

público. Por otro lado, tenemos un gran número de regímenes sostenidos - de manera compartida- por fondos públicos y cotizaciones privadas pagadas por los afiliados.

Todos estos fenómenos de desintegración y desorden que se mantienen hasta hoy nos ha han hecho perder el rumbo en pos de tener actividades de sanidad integral e integrada, capaces de responder de manera similar en todos los niveles socio-económicos de la población y en cualquier circunscripción territorial de un país³⁰⁵. Entonces, según la anterior advertencia, cabría reflexionar si el aseguramiento universal en salud nació y se convirtió en un proceso más de salud pública, o es acaso la solución legislativa para afrontar y cerrar definitivamente con esta profunda desintegración que rebaja las posibilidades de los ciudadanos para acceder -en condiciones de igualdad efectiva- a las prestaciones sanitarias en todo el territorio del país, con ciertos niveles de control, coordinación y calidad de las mismas.

Al menos, de lo que tenemos normado hasta ahora, el aseguramiento universal en salud se encuentra bajo el ámbito del "*principio de unidad*" (ver el literal 3 del artículo 4 de la LMAUS), en tanto este sistema debe ser el régimen articulador de todas las "*políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, financiamiento y prestaciones para alcanzar los objetivos contemplados en la presente Ley*". Entonces, a primera vista, pareciera que el legislador ha encomendado al Ministerio de Salud que en aquella circunscripción territorial donde se implante este proceso (mediante la instauración de las correspondientes "*regiones piloto*" escogidas por ser zonas de pobreza y extrema pobreza) aparezca la integración como técnica de articulación de todos las modalidades de asistencia sanitaria existentes, definiéndose a continuación de manera conjunta y completa todos los servicios y las carteras de prestaciones asistenciales que correspondan³⁰⁶. Esto no es otra cosa que la búsqueda

³⁰⁵ MARTIN MATEO (1977: pp. 377-378).

³⁰⁶ Las normas peruanas del aseguramiento universal en salud plantean diferencias, basados en argumentos estrictamente sanitarios, entre condiciones asegurables, prestaciones e intervenciones. Se pueden revisar dichas distancias conceptuales en el artículo 11 de la LMAUS. Para nuestro trabajo debemos entender el concepto jurídico-administrativo de prestación como la actividad de distinto contenido destinada a la

de unidad de respuesta orgánica y funcional para tutelar la protección de la salud de los correspondientes ciudadanos³⁰⁷.

Pues bien, estas particularidades detalladas de este sub-sector no deben hacernos perder de vista nuestro análisis trazado, en el sentido de revisar el impacto específico de la subsidiariedad horizontal en este ámbito, y la verdad es que su reconocimiento y desarrollo ha sido notable en la configuración de lo actualmente existente. En ese sentido, incluso con las peculiaridades del aseguramiento universal en salud y sus actuales efectos jurídicos, vale la pena entender que el concepto y articulación de estos regímenes asistenciales, incluyendo el aseguramiento universal en salud, no pasan por un tratamiento jurídico sobre la base de los servicios públicos. Tampoco por encontrar divergencias o cercanías entre la asistencia sanitaria realizada por organizaciones administrativas o por agentes del mercado, o por tratar de calificar la evidente presencia pública de grandes dimensiones en este ámbito fuera de la subsidiariedad (como lo hizo la postura reduccionista del INDECOPI que antes planteamos), sino y principalmente, por afrontar las consideraciones y linderos de la satisfacción efectiva del derecho constitucional a la protección a la salud.

2.2. UN APARATO PRESTACIONAL QUE SE DEFINE POR EL CONTENIDO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL. CUESTIONES SOBRE LA PROTECCIÓN A LA SALUD

Este acápite nos servirá para indagar el contenido constitucional de la protección a la salud, si se quiere para reconocer las facultades principales que se instauran alrededor de un derecho que aunque constitucional, necesita de una importante labor legislativa para configurarse y de muchísimas prestaciones brindadas mediante los diferentes sistemas asistenciales (para hacerse efectivo en el caso concreto). En otras palabras es un derecho constitucional que termina perfilando los regímenes prestacionales de este sub-sector (y las

salvaguarda del interés público.

³⁰⁷ FUENTETAJA PASTOR (2007: p. 1079).

correspondientes iniciativas prestacionales que aparezcan en la realidad).

En primer término, el artículo 7 de nuestra CP reconoce este derecho en posición individual y colectiva (“*medio familiar*” y “*comunidad*”) pero sin mostrar mayores luces sobre como puede desplegarse. Es más, el Constituyente instituyó extrañas exigencias a sus titulares cuando indica que éstos deben asumir “*el deber de contribuir a su promoción y defensa*”. A reglón seguido, los artículos 9, 10 y 11 de la CP plantean una serie de obligaciones estatales todas ellas urgidas de una posterior concreción legislativa y reglamentaria, indicando que el Estado es el responsable para determinar “*la política nacional de salud*” (especificando claramente que las principales tareas de este deber recaen en el Poder Ejecutivo pues éste a través del Ministerio de Salud “*norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud*”). Luego, existe la responsabilidad constitucional de que el Estado permita el avance del “*derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social*”. Finalmente, se presenta el rol garantizador estatal que se deberá cumplir de manera forzosa para asegurar “*el libre acceso a prestaciones de salud (...) a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento*”.

Tales argumentos plantean una serie de cuestiones que merece ser explicadas, antes de entrar al detalle del contenido del derecho a la protección a la salud, por diagramar directamente el concepto que se defenderá en este trabajo:

- (i) Existe un papel preponderante e ineludible de varios poderes públicos del Estado demostrado en el ejercicio correspondiente de varias potestades públicas destinadas a salvaguardar del acceso, oportunidad y calidad de la asistencia sanitaria (principalmente el legislador, el Ministerio de Salud y otras administraciones públicas prestadoras). Por tanto, estos deberes estatales constitucionales constituyen el reforzamiento de la

presencia pública en este sector de actuación, sin que esto signifique que la actividad asistencial no pueda ser practicada por los privados (no existe una reserva); simplemente es el reconocimiento de que sin el legislador y las administraciones públicas competentes no existiría la posibilidad de ordenar y defender la asistencia sanitaria mediante una serie de medidas de diversas naturaleza y calidades (normativas, prestaciones, organizativas, preventivas, etc.)³⁰⁸.

En cualquier caso, esta obligación estatal es reconocida por el artículo II del Título Preliminar de LGS, cuando se indica que la *“protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla”*. También en el artículo IV de la misma sección legal se reconoce este deber estatal pero, a reglón seguido, aparece el necesario apoyo y complemento del sector privado, cuando se preceptúa que la *“salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado”*.

- (ii) En segundo término, y como complemento al anterior fundamento, debe entenderse que la protección a la salud *“opera como un mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador, sin perjuicio de su función límite negativo –como garantía de irreversibilidad de unos contenidos mínimos ya alcanzados en la protección sanitaria de población (...) aporta el fundamento constitucional para una política de salud integral”*³⁰⁹.
- (iii) En tercer lugar, las anteriores normas constitucionales encargan al legislador la fijación exacta del contenido,

³⁰⁸ FUENTETAJA PASTOR (Op. cit, pp. 1056-1058).

³⁰⁹ PEMÁN GAVÍN (2008: pp. 60-61).

alcance y resguardo del derecho constitucional en cuestión, reconociéndose que éste, al menos en cuestiones referidas a prestaciones y deberes estatales, es lo que finalmente preceptúe la correspondiente “*delimitación legal*”³¹⁰. En ese sentido, a pesar que la protección a la salud pueda estimarse como un derecho de libertad, capaz de ser un medio de oposición y denuncia de actuaciones u omisiones de los distintos poderes públicos estatales u operadores privados que amenacen, atenten o no protejan su contenido, siempre quedará confinado a lo que la norma legal preponderantemente plantee. En cualquier caso, esta previsión es reconocida por el artículo III del Título Preliminar de la LGS cuando se preceptúa que toda “*persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley*”.

- (iv) Por otro lado, existe una complicación de origen que tienen los correspondientes titulares para exigir judicialmente un contenido constitucional de la protección a la salud, problema que debe ser solucionado o mitigado por la legislación a fin de permitir la existencia y virtualidad real de este derecho. Frente a esta consideración, debe entenderse que la protección a la salud a pesar de ser un derecho constitucional “*se materializa o articula a través de un amplio conjunto de derechos reconocidos por la legislación ordinaria que constituyen su plasmación jurídico-legal y que poseen –ahora ya sí- la configuración de derechos subjetivos exigibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en cada caso*”³¹¹.

Por lo explicado, es que la protección de la salud debe estimarse como una libertad cuya principal facultad es el derecho a recibir la asistencia

³¹⁰ FUENTETAJA PASTOR (Op. cit, p. 1056).

³¹¹ PEMÁN GAVÍN (Op. cit, p. 61).

sanitaria (de origen público o privado), siendo esta última delimitada y sujeta al régimen jurídico que desarrolle el legislador (el orden prestacional y organizativo siempre es legal). Por eso, es que siguiendo a PEMÁN GAVÍN, no puede considerarse como un derecho subjetivo perfecto³¹² porque junto con otros derechos que necesitan prestaciones para ser reales, siempre *“están condicionados de forma muy intensa por la organización y funcionamiento de las instituciones y de los servicios (...) Ello hace que las técnicas jurídicas de protección de los mismos sean más imperfectas que las tienen otros tipos de derechos y que se tropiece aquí con las dificultades que surgen cuando se trata de proteger al particular en relación con al eficiencia administrativa y el buen funcionamiento de los servicios públicos”*³¹³

Ahora bien, en concreto la asistencia sanitaria como principal y más dinámica facultad de la protección a la salud es considerada como *“uno de los derechos sociales más importantes cuya tutela exigen los miembros de las sociedades avanzadas”*³¹⁴, apareciendo como medible a través de un quantum prestacional ofrecido por los sistemas sanitarios organizados por las iniciativas públicas o privadas. Este orden de prestaciones permite revisar el avance real de éstas en relación con la cláusula del progreso tecnológico, el régimen del mínimo vital de prestaciones asistenciales que explicaremos luego y la verdadera implantación de los aspectos de promoción³¹⁵, prevención³¹⁶ y rehabilitación, más allá de las solas prestaciones referidas a la atención médica primaria y secundaria.

En adición, existen otras facultades secundarias del derecho a la protección a la salud como la entrega o aporte de información al interesado referida a prestaciones médica (historia y documentación

³¹² PEMÁN GAVÍN (1985, p. 394).

³¹³ PEMÁN GAVÍN, (Ibidem, p. 394).

³¹⁴ PEREZ-LUÑO (2006, p. 136).

³¹⁵ MARTIN MATEO (1977: p. 374).

³¹⁶ Sobre este aspecto, el profesor MARTÍN MATEO indicó que la *“prevención en materia de salud es el origen de toda la Administración sanitaria (...) El equipamiento hospitalario estatal es entre nosotros rigurosamente contemporáneo”*. Ver esta cita en MARTIN MATEO (1998, p. 29).

clínica), la libertad del paciente (libertad de elección del establecimiento de atención o el médico tratante, la expresión de consentimiento voluntario y libre para recibir intervenciones y tratamientos médicos), la exigibilidad de condiciones de lugar, tiempo y calidad en la ejecución de las prestaciones sanitarias, la protección pública ante riesgos sanitarios (información sobre enfermedades epidemiológicas, alimentos, medicamentos, actividades, práctica y cuidado del régimen de higiene, ejercicios de potestades represivas y preventivas para proteger la salud pública).

Considero que quedan algunas cosas en el tintero tales como la explicación detallada de las facultades secundarias de la protección de la salud y su profundización dogmática para entender el complejo contenido de este derecho constitucional, no obstante mi intención nunca fue de agotar el estado de esta cuestión sino sólo presentarla de una manera clara y entendible de cara a la importante relación que tiene con la asistencia sanitaria. En suma, trato de buscar introducir el directo entramado jurídico que tiene el derecho constitucional y su principal facultad, el cual -de manera particular- en este sub-sector marca la pauta y dirección en todo este ámbito prestacional.

2.3. ¿LA ASISTENCIA SANITARIA ES SERVICIO PÚBLICO? OTRO ÁMBITO PRESTACIONAL LIGADO A LAS VERTIENTES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL

Existe un mínimo prestacional vital exigible por cada ciudadano peruano en el ámbito asistencial, considerada ésta como facultad constitucional y legislativamente determinada. Este mínimo implica que el Estado se haga cargo de su determinación, vigilancia, e incluso -en la mayoría de veces- de la prestación de manera directa. Sin embargo, estas enormes responsabilidades estatales no significan un desboque y ampliación desmedidas que lleguen a presentar una *“íntegra absorción pública de las actividades asistenciales”*³¹⁷; puesto no sólo por la falta de reserva normativa en manos públicas, sino porque nuestro legislador ha dejado

³¹⁷ MARTIN MATEO (1977: p. 374).

espacio de maniobra suficiente para que la iniciativa privada sea prestada en un régimen de libre competencia y concurrencia. En ese sentido, debe recordarse que nuestra LGS ha preceptuado un régimen de responsabilidades prestacionales compartidas y de colaboración entre las organizaciones administrativas públicas sanitarias y el sector privado, no sólo para estas mencionadas prestaciones mínimas sino para toda forma prestacional asistencial, apareciendo esto recogido expresamente en el artículo IV de su Título Preliminar, cuando se preceptúa que la *“salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado”*.

En adición, existen servicios y productos sanitarios (sean de salud pública o salud individual) que son prestados o producidos -en paralelo y competencia- por el sector privado peruano, puesto que nuestra legislación reconoce la libertad de ejercicio de las profesiones sanitarias (artículo 22 y siguientes de la LGS) y el libre emprendimiento para iniciar y gestionar establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo (artículo 37 de la LGS desarrollado por diversas normas del Decreto Supremo No. 013-2006-SA).

Vale indicar que a pesar de estas consideraciones que descartan a la asistencia sanitaria pública y la brindada por el mercado como dos figuras antitéticas³¹⁸, y además existiendo una evidente iniciativa pública protagonista, existe un dato esencial para entender el retroceso fáctico del impulso privado en este sub-sector. Esto es que la medicina liberal sometida a regímenes de derecho privado (contratada mediante seguros u otra forma parecida) ha probado ciertos defectos para afrontar sostenidamente *“los crecientes costos de la acción sanitaria, la complejidad y tecnificación de la medicina, y sobre todo el talante igualitario y providente de los Estados modernos”*³¹⁹.

En cualquier caso, llamo la atención que esta pérdida de protagonismo de

³¹⁸ FUENTETAJA PASTOR (2007: p. 1058).

³¹⁹ MARTIN MATEO (1977, p. 379).

los privados sustentada en razones principalmente extra-jurídicas, no permitirían justificar que la asistencia sanitaria sea categorizada como servicio público. En nuestro vigente ordenamiento, como ya se puede inferir de lo anteriormente explicado, no existe una *publicatio* formal, suficiente y recogida legislativamente que permita catalogar a estas prestaciones asistenciales³²⁰ como un servicio público en sentido estricto. Al menos, el rastreo de las normas y disposiciones aparecidas en la LGS³²¹ o en la propia LMAUS³²² no me permiten afirmar que existe una declaración normativa que cumpla con las características anteriormente expuestas. Por tanto queda descartada cualquier forma de reserva de titularidad que lógicamente sería excluyentes e impediría la libre iniciativa privada³²³.

En segundo término, y como consecuencia del anterior argumento, debe indicarse que estas actividades asistenciales no han sido configuradas por el legislador peruano bajo un régimen de monopolio público, pues no están reservadas a éste en el sentido de “*exclusividad por el ente público titular del servicio, con exclusión de toda actividad empresarial privada en el mismo sector (...) como no sea con habilitación específica de dicho ente público*”³²⁴. Por lo dicho, no cabría la eliminación o restricciones marcadas recaídas sobre la iniciativa privada, la libertad de contratación, libertad de empresa, entre otros derechos constitucionales de contenido económico en diversos ámbitos asistenciales (y también en algunos no asistenciales que generen rentabilidad económica para quien los emprenda). En otras palabras, la no aparición de esta consecuencia jurídica producida desde una *publicatio* total, con densidad normativa y correctamente expuesta, genera -a desmedro- que la iniciativa privada mantenga su operatividad,

³²⁰ En nuestro Derecho, acerca del concepto de *publicatio* vale la pena revisar las alusiones, críticas y extractos doctrinales brindados por el trabajo antes citado de BACA ONETO (2009: p. 358).

³²¹ En este punto me apoyo en los citados artículos II y IV del Título Preliminar de la LGS.

³²² En este punto me apoyo en la participación de instituciones de naturaleza pública, privada o mixta cuyos fines son la recaudación y gestión de fondos o la prestación de servicios de salud, reconocidas por los artículos 7 y 8 de la LMAUS.

³²³ BACIGALUPO SAGGESE (2003: pp. 170-171).

³²⁴ SALAS HERNÁNDEZ (1992: p. 34).

*“por cuanto no existe un monopolio formalmente declarado a favor de la Administración”*³²⁵.

Por el contrario frente a estos datos mostrados estimo que el camino de explicación va por otro lado. Al respecto, es necesario entender que en el ámbito estudiado aparece la concurrencia de la actividad prestacional pública exigida *“por explícitos mandatos constitucionales”*³²⁶ para crear *“un sistema sanitario suficiente”*³²⁷, sumada a una indudable intervención privada sometida al régimen de libertad de empresa y cuya finalidad es colocar bienes y servicios sanitarios en el mercado. Por tanto, se debe calificar a la asistencia sanitaria como un servicio esencial de clara caracterización compartida, que al desplegarse no elimina ni se contrapone entre las iniciativas participantes y concurrentes (pública y privada), permitiendo sus practicas ordenadas y reguladas de manera discriminada³²⁸.

Todo lo afirmado se materializa sin que las administraciones públicas sanitarias pierdan su deber constitucionalmente instaurado de crear y organizar servicios de asistencia que garanticen la observancia de específicos derechos individuales de protección de la salud, *“en concreto, de todos aquellos que hacen nacer una obligación de prestación para la Administración pública”*³²⁹. Obligación que va unida a otras funciones como el diseño, ejecución y control de cada servicio asistencial considerado como necesario de ser dispensado en la planificación de coberturas, otras prestaciones específicas y los destinatarios correspondientes, resultando así un esfuerzo formidable por instalar

³²⁵ GIMENO FELIÚ (1994: p. 116).

³²⁶ BACIGALUPO SAGGESE (Op. cit, p. 174).

³²⁷ GARCÉS SANAGUSTÍN (1999: p. 183).

³²⁸ Aunque reconoce varios de los datos afirmados en el párrafo principal, el profesor peruano ZEGARRA VALDIVIA, a mi modo de ver de manera incorrecta, fuerza la noción de servicio público para aplicarlo sobre las actividades prestacionales educativas de todo tipo. Así, este autor afirma que no *“existe, entonces, una contraposición entre la consideración de la educación como un servicio público con la libre iniciativa privada reconocida en la Constitución de 1993”*. Ver esta cita en ZEGARRA VALDIVIA (2012: p. 452).

³²⁹ GARCÉS SANAGUSTÍN (Ibidem, p. 183).

efectivamente una adecuada red pública hospitalaria y de centros de atenciones de menor complejidad (en términos del artículo 1 Decreto Supremo No. 013-2006-SA de un conjunto sistematizado de los denominados “*establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo*”).

En este esquema de instalación de un principal aparataje asistencial de titularidad pública, la noción de establecimiento público constituye el eje central capaz de otorgar cobertura y valor jurídico a esta infraestructura sanitaria, entendiéndose como un peculiar tipo de órgano administrativo “*dotado de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional en favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón del carácter técnico y material de su actividad. Es el caso de los hospitales, pero también de los colegios e institutos de enseñanza pública, de los cementerios, de los teatros o de los museos*”³³⁰. Por cierto este concepto ha sido expresamente recogido por el artículo 17 del citado Decreto Supremo No. 013-2006-SA, incluso trasladándose su obligatoriedad de denominación a los locales de titularidad privada, estableciéndose en esta norma reglamentaria que los mismos son “*aquellos que realizan, en régimen ambulatorio o de internamiento, atención de salud con fines de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, dirigidas a mantener o restablecer el estado de salud de las personas*”.

Por otro lado si asumimos que el particular puede participar o intervenir en la asistencia sanitaria, de manera prioritaria debido a su alta rentabilidad y posibilidades económicas en la prestación de servicios de asistencia, en la producción o expendio de ciertos productos sanitarios (principalmente provistos por la industria farmacéutica) y en el desarrollo de las profesiones ligadas a las ciencias de la salud; cabe entender a continuación que estas actividades y cualesquiera otras de impulso privado que se pretendan emprender en este sub-sector, aunque posibles de ser ejercitadas tienen una directa incidencia sobre el interés público (asistencial). Esto último determinaría y es el presupuesto para que sobre

³³⁰ VILLAR ROJAS (2000: p. 2).

actividades aparezca una “*intensa regulación pública*”³³¹.

Evidentemente existen muchas actividades sanitarias que tienen poca o ninguna rentabilidad económica para los privados, las cuales no serían satisfechas mediante los meros mecanismos del mercado (piénsese por ejemplo en las prestaciones de aseguramiento del mínimo vital o de atenciones altamente especializadas como las oncológicas o propias de una epidemia). En este punto es donde la intervención regulatoria debe asumir el papel de discernimiento para señalar aquellas actuaciones que merecen estar bajo la tutela principalísima de los sistemas asistenciales de las administraciones públicas sanitarias (haciendo primar el principio de responsabilidad pública que explicaré luego), para cumplir así de manera efectiva con las exigencias encomendadas por la CP y aquellas otras que podrían recalar en la esfera de los sujetos interesados en ofrecerlas bajo el régimen de libertad de empresa. El camino se abriría así para ordenar la oferta de servicios asistenciales en el mercado y determinar las funciones públicas y la intensidad de su práctica por parte de las organizaciones administrativas pertinentes (que terminen promoviendo la principal iniciativa pública prestacional).

A partir de estos datos podemos mostrar una vez más el avance del contenido de la subsidiariedad social en este ámbito específico, apareciendo la confluencia de prestaciones asistenciales de titularidad privada y pública³³², desde un protagonismo público por razones

³³¹ BACIGALUPO SAGGESE (2003, p. 172). Según el sentido expuesto en el párrafo principal, considero existen dos grandes espacios de regulación intensa sobre la iniciativa privada sanitaria, a saber: a) En el ámbito del cumplimiento de unas condiciones y requisitos mínimos, se somete a todos los privados a la obtención previa de un título habilitante otorgado desde la práctica de potestades de policía administrativa (autorización, colegiación obligatoria para ejercer ciertas profesiones sanitarias, permisos, licencias, etc.). Esta cuestión es el presupuesto ineludible para asegurar que el privado pueda prestar el servicio u ofrecer el bien sanitario con criterios mínimos de calidad que aseguren la satisfacción del interés sanitario. b) Que, se genere ciertos niveles de competencia entre prestadores y operadores allí donde las condiciones, circunstancias y posibilidades de diversa índole la hagan viable (el establecimiento de una regulación para permitir la competencia). Varias de estas últimas cuestiones pueden ser revisadas en el artículo de BEATO ESPEJO (1994: p. 71 y ss).

³³² Al respecto, como bien ha señalado el profesor brasileño DE AZEVEDO MARQUES, en la actualidad se ha construido y mantiene en el Derecho Administrativo un mito que se puede resumir en lo siguiente: existe el paradigma de la “dicotomía absoluta” entre los intereses público y privados, apareciendo distinciones, vaciamientos y exclusiones radicales entre uno y otro. De esta tensión permanente, siempre prevalecerá el interés

estrictamente extra-jurídicas y sometido a la cobertura del principio constitucional de responsabilidad pública, pero con ambas iniciativas dispuestas en defensa del bien común. Por eso, como lúcidamente reconoce GARCÉS SANAGUSTÍN, la asistencia sanitaria ni el resto de actividades que se consideren parte de la cláusula del Estado social, ni por asomo se pueden identificar exclusivamente con "*un Estado prestacional, ni –mucho menos– su plasmación práctica constituye un monopolio de los poderes públicos. Una opinión contraria nos situaría en los albores de un nuevo o renaciente despotismo ilustrado*"³³³.

2.4. LA COBERTURA CONSTITUCIONAL DEL PROTAGONISMO PÚBLICO EN LA ASISTENCIA SANITARIA. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA

La asistencia sanitaria la he buscado explicar a través de la técnica prestacional de los servicios esenciales, quedando marcada como una manifestación más del avance incontenible de la subsidiariedad social en múltiples sectores de actuación del país. Sin embargo, queda por resolver un punto fundamental de esta construcción: ¿por qué necesariamente las organizaciones administrativas deben disponer de fondos públicos para montar y gestionar un sistema asistencial de titularidad pública? En otras palabras, vale responder estas dos preguntas: ¿no bastaría con la iniciativa privada para salvaguardar correctamente las prestaciones asistenciales de los ciudadanos del país? ¿Es obligatoria la intervención prestadora de la administración pública sanitaria?

No son cuestiones menores las que se abordarán en el presente acápite, pues involucran la justificación y despliegue mismo de la iniciativa pública en el sub-sector que venimos analizando, y si se quiere, permiten entender que la asistencia sanitaria tiene una configuración jurídica muy peculiar, centrada en la adelantada *obligación explícita pública* de tutelar

público que se encuentra monopólica y absolutamente en manos del sector público. Ver estas explicaciones en DE AZEVEDO MARQUES NETO (2010: 129).

³³³ GARCÉS SANAGUSTÍN (1999, pp. 159-160).

el derecho a la protección de la salud de cada ciudadano reconocido en el artículo 7 de la Constitución (siendo la asistencia sanitaria la facultad principal de este derecho que aparece necesitada de prestaciones mínimamente posibles e identificables). Por tanto, esta obligación junto con el resto de los deberes estatales de contenido sanitario preceptuados por la CP, y que han sido anteriormente explicados, constituyen el reforzamiento de la presencia pública en este campo de prestaciones, sin que esto signifique que estas actividades impliquen un monopolio o reserva exclusivamente estatal.

En el mismo sentido, el legislador peruano también ha contribuido con normas que establecen un claro predominio y responsabilidad estatal, particularmente recaídos en la organización administrativa sanitaria³³⁴. Luego esta tendencia se ha repetido en la LMAUS, dispositivo que ha continuado con esta senda de señalamiento y protagonismo administrativo, cuando por ejemplo ha caracterizado el formidable y complejo proceso de aseguramiento universal como uno que se basa en las seguridades de diverso estilo (incluso como buena cantidad de financiamiento proveniente del presupuesto público) brindadas por la administración pública destinadas a cubrir a *“toda la población (...) bajo el esquema de (...) un sistema de protección social en salud que incluye garantías explícitas relativas al acceso, calidad, protección financiera y*

³³⁴ En la legislación anterior al aseguramiento universal en salud se puede mencionar los siguientes dispositivos repartidos en distintas partes del título preliminar de la LGS tales como las necesidades de proteger a la salud porque *“es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla”* (ver el numeral II). A reglón seguido se asume que la *“salud pública es responsabilidad primaria del Estado”* (ver numeral IV), siendo de *“interés público la provisión de servicios de salud”* (ver numeral VI), pero indicándose expresamente el compromiso tutelar del Estado de *“promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad”* (ver también numeral VI). Ahora bien, se plantea que este compromiso garantizador estatal sea bastante intenso, pues es *“irrenunciable (...) en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad”* (ver también numeral VI). Finalmente, si con lo dicho no queda clara la justificación para la enorme presencia administrativa (pública), basta sólo dar un vistazo a la gran cantidad de deberes sanitarios específicos que debe cumplir nuestra administración pública, recaídos en asuntos tan disímiles como *“el aseguramiento universal y progresivo de la población”*, o la *“investigación científica y tecnológica en el campo de la salud, así como la formación, capacitación y entrenamiento de recursos humanos para el cuidado de la salud”*, o la promoción de la *“educación en salud en todos los niveles y modalidades”* y *“medicina tradicional”*, o el fomento en la *“participación de la comunidad en la gestión de los servicios públicos de salud”* (ver respectivamente los numerales VII, XV, XVI, XVII y XVIII del mencionado título preliminar de la LGS).

oportunidad, con las que deben ser otorgadas las prestaciones” (ver de manera conjunta los numerales 3 y 8 del artículo 5 de la LMAUS).

Pareciera que detrás de este grupo importante de normas que contienen deberes estatales, existe un principio implícito que resulta determinante para ordenar y sostener un forzoso sistema público de asistencia sanitaria. Esta figura considero es la de *responsabilidad pública*, la cual permite justificar que la asistencia sanitaria no quede "*abandonada al surgimiento espontáneo de iniciativas sociales (o, en general, privadas), sin perjuicio naturalmente de que se respete –e incluso se estimule- tal posibilidad de iniciativas*"³³⁵. En otras palabras, tras la impronta de implantar imperativamente redes asistenciales desde la iniciativa pública, existe una clara legitimación jurídica de todas estas actuaciones expresada desde y a través de este principio, el cual determina que las organizaciones administrativas tengan más responsabilidades y obligaciones (incluso prestacionales) que los privados. El resultado de todo esto es la creación de un régimen y sistema público mantenido por la iniciativa pública, que deba garantizar –de manera suficiente y equilibrada- la asistencia sanitaria para todos los ciudadanos³³⁶. Sólo con este gran emprendimiento es que se cumpliría con las obligaciones constitucionales antes reseñadas.

La *responsabilidad pública* aparece e irrumpe como un principio desconocido en la ejecución de las prestaciones sanitarias peruanas, pero necesario e imprescindible de ser aplicado en estos casos, tanto que obligaría a buscar fórmulas y argumentos propios muy diferentes a los que se han venido utilizando hasta ahora para afrontar jurídicamente estos asuntos. En ese sentido, el despliegue de nuestra figura vendría reforzado por su implícito origen constitucional, recogido a lo largo de varios fragmentos de las normas pertinentes referidas a salud (o la educación), con posibilidad de que sus efectos puedan extenderse a los todavía desestructurados servicios sociales. Por tanto, estamos en presencia de una figura constitucional que pone en evidencia que la

³³⁵ PEMAN GAVÍN (1990: p. 661).

³³⁶ Ver esta postura en GARCÉS SANAGUSTÍN (2008: p. 1954).

asistencia sanitaria tiene una conformación y densidad conceptual muy distintas a otras prestaciones de un contenido económico más visible (y por ende a otros servicios bastante más conocidos y estudiados por la doctrina nacional).

Sin embargo, pareciera que lo fundamentado es abiertamente desconocido en varias decisiones administrativas que hemos comentado en líneas anteriores, las que tras explicaciones por demostrar violaciones al principio de subsidiariedad en su versión social, exponer la criticada tesis reduccionista de esta figura, olvidan a continuación que la responsabilidad pública es el punto de gravitación sobre el que se desenvuelven los servicios de asistencia sanitaria de titularidad pública³³⁷. En ese sentido, quiero resaltar que presentar una argumentación sin este principio, y sólo concentrando todas las explicaciones en la subsidiariedad horizontal (sobre aplicarla o no en el ámbito), es desconocer la obligación constitucional de tutela estatal recaída sobre los servicios ligados a la protección de la salud. Y esto no es una cuestión menor. Es más, esta situación demostraría un mal manejo de los principios, a partir de no usar la ponderación para hacer primar a la responsabilidad pública por sobre la subsidiariedad (porque así lo manda el caso concreto).

En adición, no debe olvidarse que el principio de responsabilidad pública cambia por completo las formas de relacionamiento del mercado con la Administración Pública sanitaria, la propia participación dispensadora de prestaciones asistenciales de titularidad pública y la necesidad de comprender que no todos los sectores prestacionales son iguales (por tanto los principios no son reglas matemáticas que se pueden aplicar al barrido, con justificaciones similares y sin mirar al costado a otras figuras que son pertinentes en un supuesto específico). La responsabilidad pública, de fuerza vinculante desde su implícito reconocimiento positivo en nuestra CP, abre un camino más para introducir y darle cobertura al servicio esencial de asistencia sanitaria, pues la iniciativa administrativa

³³⁷ No debe olvidarse que estos actos resolutivos antes comentados son las resoluciones No. 2550-2010/SC1-INDECOPI y la No. 3134-2010/SC1-INDECOPI referidas a la Clínica Privada montada sobre el Hospital Nacional Cayetano Heredia y la Pollería Universitaria de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno.

será necesariamente prestadora y garantizadora del desenvolvimiento correcto de sus respectivas redes o sistemas asistenciales o incluso de todos los sistemas; pero deberá convivir junto con la siempre importante iniciativa privada.

Por lo expuesto, resultan valederas las palabras del profesor PEMAN GAVÍN, en cuanto a que el principio de responsabilidad pública "*no implica el monopolio administrativo de la actividad en el sector sino que, como es tradicional en el ámbito de la asistencia (al igual que en materia de educación o cultura), los servicios de titularidad pública se prestan sin perjuicio de las iniciativas sociales que actúan en el mismo sentido, iniciativas sociales que no requieren en consecuencia el otorgamiento de un título concesional o su vinculación con la Administración a través de alguna de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos*"³³⁸.

³³⁸ Ver esta cita en PEMAN GAVÍN (1990: p. 666).

CAPÍTULO III. LA LIBERALIZACIÓN DE SECTORES EN ESPAÑA

1. NOTA INICIAL Y DE COMPARACIÓN

Aunque existan datos anteriores desde 1950 la doctrina española ha discutido amplia y profundamente la intervención prestacional de la administración pública. Esta cuestión todavía permanece vigente a pesar de la larga crisis que acompaña a este país desde 2008³³⁹. Actualmente su estudio no se centra en la efectiva prestación ni en las técnicas de gestión, sino en salvaguardar la universalidad de su acceso y en proteger los derechos que acarrea este último en tiempos de liberalización y competencia. Estos derechos que (en muchos casos suponen el ingreso a sistemas de redes) deben ser garantizados por los poderes públicos no importando quien lo preste, ya sea las organizaciones administrativas, empresas públicas o los operadores privados³⁴⁰. El Estado, como adelantamos en las anteriores partes de este trabajo, no puede ni debe permitir que queden sin satisfacer los derechos fundamentales de carácter prestacional, tanto los explícitamente constitucionales como los que implícitamente están vinculados a las libertades y derechos constitucionales, por lo que siempre se deben reconocer ciertos mecanismos de virtualidad en función del grado de desarrollo económico, tecnológico y social de cada sociedad³⁴¹.

³³⁹ A pesar de la abundante doctrina existente no debe dejar de leerse los trabajos de los profesores VILLAR PALASI (1950); GARCIA DE ENTERRIA (1994); ARIÑO ORTIZ (1999); PAREJO ALFONSO (2000), (2004); MUÑOZ MACHADO (2009); GARRIDO FALLA, F. (2002), entre otros reputados profesores españoles de la materia.

³⁴⁰ Esto constituye una nueva forma de intervención del Estado en la economía amparada por el carácter constitucional de la transformación del Estado gestor al Estado regulador. Una de las características del Estado regulador es la disminución de la actuación pública en los servicios que estaban a su cargo. Vid. ARAGÓN REYES, M. (2009: p. 43).

Ahora bien, cabe mencionar que la liberalización que se estudiará a continuación ha permitido reducir la participación activa estatal al mínimo en sectores de gran trascendencia social como por ejemplo los servicios de red (telecomunicaciones, energía, carreteras e transporte), y adoptar formas más permisibles y ajustadas al derecho privado (con la consiguiente huída de las técnicas e institutos del derecho administrativo). Este proceso liberalizador se basó en el repliegue del Estado³⁴² y pudo materializarse en España y Perú mediante una serie de reformas estatales y de las propias administraciones públicas que tuvieron como principal herramienta a la privatización sumados a otros elementos de desregulación y recuperación del protagonismo de los particulares (dentro de un amplio y largo proceso)

Todo esto posible debido a los establecimientos de marcos constitucionales que amparaban economías mixtas, permitiendo que fuese el agente económico privado quién interviniese en aras de la libertad de empresa y en nombre del interés general. Y fue el interés general el que finalmente obligó a sustituir la frecuente prestación directa estatal por el particular, configurándose luego un nuevo rol público: el del Estado regulador.

Por eso, y esto es algo que se liga directamente con varias de las vertientes

³⁴¹ VÍRGALA FORURIA, E. (2004: pp. 31-32). Lo señalado en el párrafo principal ha quedado reconocido expresamente en el artículo 36 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, norma que señala lo siguiente: “*La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el tratado de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial*”.

³⁴² Esta reducción del papel del Estado no significa “*la eliminación de su rol*”, como señala PAREJO, muy por el contrario “*significa sólo, como regla general una transformación: abandono de la actividad estatal directa (servicio prestación, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control.*” Al respecto, coincido y comparto la posición del profesor PAREJO, ya que esta reforma se presentará en España desde 1960 bajo los nombres de reforma, racionalización y simplificación del Estado, continuando luego en 1980 con los más actuales fenómenos de la desregulación, privatización o des.estatización. Ver estas cuestiones en PAREJO ALFONSO, L. (2000: 221-240-242).

El caso peruano el cambio fue distinto. Las privatizaciones serán conocidas recién en la década de los noventas en aplicación de los mecanismos diseñados primigeniamente por el economista inglés John Williamson, los cuales luego fueron adoptados por la Reserva federal americana y los organismos multilaterales como el FMI y el BM para países en vías de desarrollo (en especial los países latinoamericanos. Sobre el particular ver: ROSENTHAL COUTINHO, D. (2003: p. 124); GUARNIDO RUEDA, A; JAÉN GARCÍA, M; AMATE FORTES, I. (2007: p. 103).

de la subsidiariedad horizontal (incluso puede estimarse como consecuencia de éstas), resulta claro que en estos contextos el Estado no desaparece del todo ni es ajeno a estos cambios estructurales e institucionales que se producen aceleradamente; por el contrario si se deshace de muchas prestaciones directas a continuación impone obligaciones de servicio público a todos los operadores que intervienen en el mercado liberalizado en régimen de competencia regulada. Estas cargas públicas u obligaciones de servicio público, previstas desde mecanismos de regulación, buscan garantizar el acceso a todos los ciudadanos de modo universal, dando una mayor cobertura sin perder la calidad del servicio.

En el mismo sentido, la liberalización³⁴³ como fenómeno constituye una nueva forma de intervención pública en la economía (y en toda la sociedad misma), que no sólo ha de transformar la técnica del servicio público sino pone en el tapete la discusión de su cobertura y la garantía de acceso al servicio con tarifas y costes accesibles a quienes tienen menores ingresos (en todos los lugares donde se le necesita), así como los correspondientes mecanismos financieros y económicos que puedan hacer esto posible. En cualquier caso, esta retirada estatal de la gestión directa de los servicios supone el acompañamiento de una regulación sectorial que impida, como correctamente señala el profesor VÍRGALA, *“la desviación del cumplimiento de las obligaciones que tienen las empresas prestadoras”*³⁴⁴.

³⁴³ La liberalización de los servicios públicos en España y Perú, como un fenómeno polisémico según se revisará luego, por lo general se acompaña de las privatizaciones y concesiones como técnicas administrativas que permite obtener una participación de operadores privados en un mercado competitivo en igualdad de condiciones, estableciéndose así marcos atractivos a la inversión privada en ambas legislaciones. Esta liberalización se ha hecho presente en sectores con alta carga económica (como los servicios de red: telecomunicaciones y energía), permitiendo además la creación de Comisiones reguladoras u organizaciones de este corte en ambos países. Otra definición interesante de liberalización es la acuñada por el profesor ROSENTHAL COUTINHO, D (2003: p. 112): *“exemplo disso é a “desverticalização” de elos de cadeias produtivas em que atua uma empresa). A depender do setor da economia (como o caso dos monopólios naturais), a liberalização é acompanhada da regulação de entrada, saída, preços, qualidade, quantidade, rentabilidade, bem como condições de concorrência efetiva e potencial”*.

Como se notará en ambas definiciones, la liberalización implica un mayor acceso a mercados de nuevos productores y ofertantes (en general privados), y, en segundo lugar, la búsqueda de algún grado de una consecuente concurrencia (de este modo son producidas alteraciones en la estructura y dinámica de los sectores afectados).

³⁴⁴ VÍRGALA FORURIA, E. (2001: p. 54).

Así en España se impone la competencia y liberalización bien entrada la década de los noventa, por imposición y regla del recién conformado mercado único europeo, con efectos y consecuencias en el interior de cada uno de los Estados miembros. Este proceso nació como consecuencia de un nuevo modelo de Estado de corte administrativo y regulador³⁴⁵. A modo comparado, en Perú se adoptó este fenómeno como política debido a su inserción en el plano económico internacional y en base a las recetas diseñadas desde el consenso de Washington por parte de organismos multilaterales de desarrollo³⁴⁶, recibiendo la orientación de impronta neoliberal que fue vista como el único camino para salir de la aguda crisis económica que atravesaba el país en esos momentos (con un abultado déficit público, inflación desmedida y una ausencia clamorosa de inversión). Si se quiere la liberalización peruana es el mecanismo urgente por el que se intentó acabar con la baja calidad en los servicios que se prestaban desde el sector público³⁴⁷, después de la venta de las principales empresas públicas mal gestionadas y el refinanciamiento de las fuertes deudas externas contraídas. En conclusión, un mismo fenómeno pero con dos contextos y orígenes diametralmente distintos.

Por otro lado, una cuestión que impacta en las formas de entendimiento de la liberalización en ambos países sometidos a la comparación, es la diferencia sustancial del servicio público y el uso de otras técnicas prestacionales. Así, aparecen distancias que radican en la denominación

³⁴⁵ Este modelo adoptado por la Comunidad Europea deviene del modelo norteamericano. Ver sobre el particular a BALLBÉ (2007: 217).

³⁴⁶ Este tipo de fórmulas económicas de ajuste estructural que discurrieron por el globo consistieron fundamentalmente en disciplina presupuestaria, prioridades en el gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, sanidad, educación e infraestructuras), reforma fiscal encaminadas a buscar las bases imponibles amplias y tipos marginales moderados, liberalización financiera (especialmente tipos de interés), búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, liberalización comercial, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, privatizaciones, desregulaciones y garantías de los derechos de propiedad. Ver sobre estos contenidos a GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA, M; AMATE FORTES (2007, p. 103, pie de p. 84); ROSENTHAL COUTINHO (Op. cit, pp. 124-126).

³⁴⁷ El BM estuvo comprometido con las reformas que se emprendieron en el Perú (orientadas hacia el mercado) desde que el plan Baker de 1985 definió estos cambios como pre-condiciones para la solución de nuestra deuda externa. Estas reformas significaron para el Estado peruano la obligatoria reducción del aparato prestacional así como la reforma de la función pública. Al respecto ver a (Bresser- Pereira 2000) citado por RAMIO MATAS (2008: pp. 62 y 63) y CASSAGNE (2002: pp. 469-471).

que se emplea para definirlo, así como en la expresión y contenido conceptual que se le da en un país y otro. En Perú, como adelanté, desde una posición objetivizada y salvo algunas puntuales excepciones, se ha intentado refundar la técnica del servicio público, para sin perder su nombre, sin publicatio visible y en aras de no quebrar la tradición, reconducirla hacia prestaciones con contenido económico a secas, que tienen una directa incidencia en el interés público y puedan ser brindadas por operadores privados y públicos. En suma, un nombre de reconocimiento normativo (como servicio público), pero que aparece incrustado en medio de un régimen jurídico de otra técnica (servicio esencial y a veces mercado³⁴⁸). En cambio, España se recibió una terminología y régimen unificadores³⁴⁹ tras los “servicios de interés económico general”, categoría que surge como producto de la entrada de este país en la Unión Europea a mediados de los ochenta del siglo pasado, sin que aparezcan mayores discusiones sobre el particular.

Sin embargo, a pesar de estos datos diferenciadores en los marcos liberalizadores, debo precisar la innegable influencia de la doctrina europea continental del servicio público y, en general, que estudió la intervención prestacional, de la que cual se nutrió el Derecho administrativo de Latinoamérica hasta la actualidad³⁵⁰. A mi entender las

³⁴⁸ En una anterior oportunidad, el suscrito pudo demostrar que el ordenamiento transporte terrestre peruano denomina "servicio público" al transporte urbano, cuando jurídica y realmente no lo es. Al respecto, indiqué claramente que "*ante el acceso abierto, la concurrencia y la libertad de empresa, entre otros derechos aplicables a los prestadores intervinientes en un verdadero mercado del transporte urbano, resulta indispensable comprender que estas facultades y principios terminan siendo piezas ensambladas en un servicio esencial, los cuales no dejan de tener el mismo carácter utilitario que los propios bienes municipales viales utilizados para el despliegue efectivo del conjunto de la operación*". Ver esta cita en VIGNOLO CUEVA (2014: p. 167).

³⁴⁹ Dicho de otra manera como lo señala el profesor VÍRGALA, fue una categoría unificadora creada frente a institutos prestacionales que generaban una "*falta de equivalencia en muchos países comunitarios como por las connotaciones ideológicas del mismo, ya que históricamente el servicio público iba unido a la publicación y al monopolio*". En ese sentido, no debe olvidarse que el concepto de servicio público ha tenido arraigo en Francia, de modo que ha quedado más asentado en los países cercanos o que se encontraron bajo su influencia jurídica tales como Italia, España, Portugal, Luxemburgo, Grecia. Y enteramente desconocido en Alemania, Reino unido, Austria, Holanda, Irlanda, Suecia, Finlandia. Ver esta cita en VÍRGALA FORURIA, E. (2001: p. 54 – pie pag. 36). También en este punto es necesario revisar a MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ (2000: p. 2801).

Por otro lado, sobre el proceso de incorporación de los servicios económicos de interés general en el derecho interno de los Estados comunitarios ver a FERNÁNDEZ GARCIA (2004: p. 75).

³⁵⁰ Me refiero específicamente a la doctrina española, francesa e italiana. La mayoría de

fases de recojo de estas posturas aparecen en nuestra realidad histórica y actual, desde la tesis del servicio público en estricto que supuso en su momento la constitución de una técnica de Derecho Público, por la cual se habilitaba a la iniciativa pública a prestar el servicio de forma regular y constante mediante el montaje de una estructura organizativa de medios, personas y materiales cuya titularidad y dirección le pertenecían únicamente a la administración pública. Para llegar al punto actual post-liberalización en el que un resistente "servicio público" sigue siendo una etiqueta nominal de pleno reconocimiento normativo, por la cual el Estado está presente entregándole al privado o al particular el rol de contribuir a la sociedad explotando una determinada actividad que permite la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos

En adición vale indicar que el Perú y otros países sudamericanos, los servicios públicos (y en general, la intervención prestacional de las administraciones públicas) tuvieron evoluciones importantes experimentando ciclos de ida y vuelta en cuanto a su titularidad y prestación, incluso con claras deformaciones expansivas de su contenido³⁵¹.

Por ejemplo a inicios del siglo XX (1900-1940), los servicios eran prestados por los particulares hacia la colectividad en regímenes liberalizados³⁵² pero con un importante rasgo localista³⁵³. En un segundo

los países Latinoamericanos han elaborado todo su engranaje normativo y teórico en base a estas postulados. Sobre la evolución de estos conceptos prestacionales en Perú ver la historia y recopilación de datos mostrada por ZEGARRA (2005).

³⁵¹ En el caso peruano, desde 1864 la nomenclatura del "servicio público" giró en la órbita de nuestra administración pública. Así lo demuestran la promulgación de diversas leyes de la época como por ejemplo la norma legal de 20 de abril de 1864 y la de 13 de julio de 1880 en las cuales se usaba el término para calificar a cualesquiera actividades satisfechas por la administración pública en favor de los ciudadanos.

³⁵² Incluso años antes de lo manifestado -en el año 1889- se convocó a una frustrada licitación pública para establecer el servicio telefónico en Lima. Sólo fue hasta el posterior Gobierno del General Andrés Avelino Cáceres que se dió inicio y gestionó la respectiva licitación pública (la cual contó con la participación de algunos postores internacionales). En este procedimiento obtuvo la adjudicación la casa norteamericana Bacigalupi fundándose así la Peruvian Telephone Company. Este operador pasó luego por varios dueños y accionistas de titularidad privada.

Por otro lado, durante este periodo de revolución industrial y cimentación republicana, se produjo la irrupción de la municipalización de los servicios públicos y la consecuente aparición de monopolios locales. Así las ciudades de Arequipa, Tacna y Lima contaron -en distintas épocas- con un sistema de electricidad vía concesión municipal de la explotación. Luego, hacia 1900, la ciudad de Arequipa tendría un sistema de transporte público con tranvías de sangre, conocido como el "urbano" y con energía eléctrica proporcionada por la empresa de "Luz eléctrica y transmisión de fuerza de Arequipa" establecida en 1898 y de propiedad de los señores Francisco la Rosa y Francisco Velazco. Esta misma organización empresarial, un año después, obtendría la

momento (1945-1989) fueron los mismos Estados que monopolizaron y prestaron los servicios a sus ciudadanos³⁵⁴, para llegar a un periodo actual de protagonismo prestacional de los operadores privados y con muchos mercados en varios ámbitos. Esta última retirada estatal y paso a esta nueva y actual fase, mucho tienen que ver con los fallidos intentos sudamericanos de tener un Estado de bienestar (welfare state), el cual lentamente se esfumó detrás de muchos errores, quedando la necesidad de implantar modelos centrados en la libre iniciativa privada pero que no deben llegar (como se ha hecho mención antes en este trabajo) a la idea simplista de privatizarlo todo bajo la ingenua presunción de que el mercado suplirá con creces y suficientemente al Estado.

La anterior prevención la brindo detrás de una perspectiva equilibrada sobre el alcance de la intervención prestacional de los privados (de probanza similar en España y Perú), los cuales al ingresar a operar nunca podrán dejar de tomar en cuenta los regímenes de los servicios públicos o de otras técnicas prestacionales de Derecho administrativo que se utilicen en cada país. Por eso, la posición sustitutoria absoluta del mercado a

concesión municipal para el alumbrado público de esta ciudad sureña.

³⁵³ Un claro ejemplo de lo afirmado es la provisión de electricidad en Lima, surgida del otorgamiento de la concesión municipal de 15 de mayo de 1886 cuyo objeto era la gestión del alumbrado público eléctrico de la Plaza de Armas de Lima, los jirones Unión y Carabaya, el puente, la bajada del puente y la plaza de la Recoleta. La corriente procedía de una planta a vapor de 500 h.p. Posteriormente -hacia 1895- se instaló la empresa transmisora de fuerza eléctrica, cuya planta quedaba en el sector de Santa Rosa de la pampa, en la margen izquierda del río Rimac. En fechas posteriores, la Sociedad industrial Santa Catalina absorbió los capitales constitutivos de la empresa transmisora y cambio su nombre por el de empresa eléctrica Santa Rosa. Es necesario hacer presente que los protagonistas de este empuje industrial eran siempre la alta burguesía y los riquísimos terratenientes existentes en esta época de concretación máxima de la riqueza. Para un análisis detallado de la historia peruana del servicio público vale la pena revisar a ZEGARRA (2005, 306 y ss).

³⁵⁴ Como ejemplo de esta fase, en 1958 el servicio de Tele-impresión (Télex) es inaugurado en Perú. Luego, la compañía AII American Cables & Radio monta dos circuitos Lima-Nueva York, para servir a unos 20 abonados exclusivamente para tráfico internacional. Este servicio en manos privadas duró hasta diciembre de 1968, fecha en la que se crea el MTC y se procede a una inmediata nacionalización de esta actividad. Otro ejemplo ligado a esta época de dictadura militar fue la nacionalización del servicio de telefonía fija efectuada por el Gobierno Militar del general Juan Velasco Alvarado, sustentada en que las comunicaciones son básicas para "el desarrollo y seguridad nacional".

Como se habrá notado, esta etapa tiene como origen la pérdida de fuerza del liberalismo y la paralela aparición de un incipiente Estado social en los países sudamericanos, lo cual produjo el paso de las titularidades y monopolios públicos de múltiples sectores prestacionales y actividades. Ver al respecto a VIRGALA FORURIA (Op. cit, p. 1486).

partir de la privatización es imposible sostener, puesto como lo indicó ARIÑO: *“la privatización supone tan solo la desnacionalización, pero en tanto se trate de servicios públicos a ella le sigue una inmediata regulación de la actividad de empresas privatizadas. Y de otra parte, porque la mera interacción en las complejas sociedades contemporáneas genera por sí sola los servicios públicos, que serán todos aquellos que la prestación colectiva continúe siendo más rentable que la individual”*³⁵⁵.

Por último es necesario indicar que estos últimos datos prestacionales que acercan las situaciones de España y Perú, a pesar de aparecer en marcos liberalizadores diferentes, empezaron a gestarse a la luz de muchos otros factores como el desarrollo científico y la aceleración en la creación de nuevas tecnologías unidas a una manifestada transformación de la técnica del servicio público en estricto³⁵⁶, y por la cobertura política de un evidente triunfo ideológico de las doctrinas del neo-liberalismo económico (aunque hoy en día se pongan en duda muchas de estas posturas). Todas estas cuestiones ya adelantadas en anteriores líneas. En suma, estamos ante explicaciones de contenidos bastante similares y cercanos entre dos países que comparten una misma cultura jurídica, que permitirán un adecuado estudio en versión comparatista de la liberalización de sectores en los dos capítulos siguientes de esta tesis.

2. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN SOBRE EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA LIBERALIZACIÓN EN ESPAÑA

En España la liberalización del sectores prestacionales tradicionalmente instrumentalizados mediante el servicio público en sentido estricto, tuvo como principal propósito el abrir estos espacios a la competencia (en todos los que sea posible) y romper sus barreras internas para permitir el

³⁵⁵ ARIÑO ORTIZ (2004: p. 150).

³⁵⁶ En ese mismo sentido revisar a FERNÁNDEZ RODRIGUEZ (1999: pp. 65-66); MUÑOZ MACHADO (1998: p. 18); VIRGALA FORURIA (2008: pp. 1486-1487). Cabe destacar que en España tanto actividades potenciales y estratégicas como las telecomunicaciones, junto a otros sectores como los transportes, los hidrocarburos o la electricidad fueron percibidas como una actividad de carácter prioritario e interés nacional que requerían de un fuerte intervencionismo público. Ver al respecto a VELASCO SAN PEDRO (2009: p. 724).

establecimiento del mercado interior europeo. Esto permitió la ruptura de diversos monopolios públicos y el movimiento y aparición de iniciativas privadas nacionales y extranjeras de una manera más frecuente. Se trató entonces de un fenómeno de proporciones y de impulso esencialmente exógeno, por lo que -como ha considerado de manera generalizada en la doctrina española- su transición necesitó de una serie de medidas complementarias consistentes en diseños estandarizados³⁵⁷. Es más, en este nuevo esquema hizo falta una fuerte transparencia de todo el accionar de los intervinientes, de modo que se permita garantizar a los operadores igualdad de condiciones en el mercado. De esta manera se estimuló la prestación de más servicios, con mejores precios y el aumento de manera significativa la calidad en los mismos³⁵⁸.

En este punto, debe entenderse a la liberalización española como un proceso que aunque puede tener explicaciones jurídicas, escapa a la exclusiva significación mediante el Derecho. Al respecto, como muy bien afirmaba T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ al referirse al papel secundario y supeditado del Derecho de cara a este fenómeno y la propia técnica del servicio público, que este último *"ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión (...) Eso es lo que acabamos de «descubrir», lo que el Derecho Comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos. El resto, muestra sorpresa, resulta sólo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través de un modelo*

³⁵⁷ Este tipo de medidas complementarias fueron las siguientes: la separación de la propiedad de las empresas de las actividades específicas que realizaban, publicidad y la concurrencia. Estas medidas estaban referidas a la simplificación normativa de la economía cuyo objetivo final era la eliminación de barreras que frenan o protegen ciertas actividades económicas. Este tipo de acciones o medidas se pueden empaquetar en uno de los sentidos de la desregulación. Ver al respecto a GUARNIDO RUEDA, A; JAÉN GARCÍA, M; AMATE FORTES (2007: pp. 34-36). Sobre el surgimiento de la desregulación de los mercados o desregulación precompetencia como necesidad. Ver ob.cit. p. de página 23. También resulta muy interesante revisar la irrupción de los modelos económicos nacionales a partir del efecto liberalizador planteado por las determinaciones del Derecho comunitario presentados en la reciente obra de LAGUNA DE PAZ (2016: pp. 73-108).

³⁵⁸ FERNÁNDEZ FARRERES (2003: p. 59).

teórico, el servicio público, que era sólo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino sólo de una parte, de una pequeña parte de ella"³⁵⁹.

Por estos presupuestos y contexto es que un sector amplio de la doctrina española ha establecido que la liberalización tiene tres fundamentos visibles o extraíbles: político, económico y jurídico³⁶⁰. Estos pilares de manera posterior se presentan claramente recogidos o mezclados en los intentos de definición y los sentidos obtenidos desde su evidente naturaleza polisémica. En cualquier caso, la liberalización de sectores, a desmedro de lo que se piensa apriorísticamente, busca reforzar y fortalecer al Estado (en otros roles), orientando el ejercicio de sus potestades públicas y actividades siempre hacia el bien común. Por eso cualquier esfuerzo de definición no debe olvidar este núcleo de tinte jurídico.

En ese sentido, considero importante acercarme a una conceptualización jurídica del vocablo liberalización que pueda resultar útil para el Derecho español. Recurriendo al profesor BEL³⁶¹ puede establecerse dos definiciones de corte finalista en función de la política pública que se quiera conseguir:

- i) Política de liberalización como libre mercado (*Laissez faire*). Se deja a los mercados funcionar libremente con la creencia que la libertad del mercado garantiza cualquier circunstancia en el funcionamiento eficiente de la economía.
- ii) Política de liberalización asociada a la libre competencia, consiste en dejar que exista competencia en los mercados³⁶², la cual estimulará el bienestar

³⁵⁹ Ver esta cita en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999: p. 62).

³⁶⁰ Por todos ver a ARIÑO ORTIZ (1999) y VÍRGALA FORURIA (2001, pp. 47-48).

³⁶¹ Ver en BEL (2000: p. 23). En este mismo sentido, y sin perjuicio de otras nociones que aparecerán en el párrafo principal, la liberalización es complementada por la regulación de la entrada, salida, precios, calidad, cantidad, costo y condiciones de la competencia real y potencial presentada por ROSENTHAL COUTINHO. D (2003: p. 112); DE LA CRUZ FERRER (1999: pp. 55-63).

³⁶² Para fundamentar mejor este punto se puede decir que la normativa comunitaria

social ante la ausencia de externalidades, problemas de información relevante u objetivos sociales de carácter distribuidos. Esta política, a su vez, se clasifica en las siguientes formas de liberalización:

ii.1. La liberalización pasiva o desregulación pro competitiva, que implica la eliminación de trabas o disposiciones legales perjudiciales a la libre competencia en los mercados parcialmente competitivos.

ii.2. La liberalización activa de estimulación pública, que consiste en impulsar la competencia en los mercados potencialmente competitivos en los que existen condiciones idóneas para que se produzcan actuaciones restrictivas de la competencia, bien porque existe una empresa dominante que pueda evitarla o bien porque las empresas que concentran la actividad del sector pueden restringirla mediante acuerdos entre ellas.

Por mi parte puedo decir que la liberalización española, bajo el esquema conceptual explicado, fue efectuada -en buena medida- en la modalidad pasiva o des-regulatoria, en tanto, se necesitaba eliminar barreras de todo tipo para alcanzar el objetivo comunitario de la implantación y recepción adecuada del mercado interior europeo (un espacio de muchos países sin fronteras y trabas para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y bienes³⁶³). Al respecto, no debe olvidarse que esta "*unión económica presupone que los Estados miembros se configuren como*

buscó quebrar y romper los monopolios naturales. Esto se puede apreciar en la sentencia de TJCE de 20 de marzo de 1985 (caso famoso de la British Telecom). En esta resolución se indica que las empresas que tengan atribuidos derechos exclusivos para la gestión de servicios públicos de telecomunicaciones, han de estar también sometidas a reglas de la competencia. En base a esta sentencia, el profesor TEROL ha señalado que ésta ha sido el punto de arranque de la actual política comunitaria respecto a las telecomunicaciones. Ver esta postura en TEROL GOMÉZ (2000: p. 25).

³⁶³ Ver los artículos 26.2, 39.3 y 52 del TFUE.

economías de mercado, que han de abrirse al resto de los países miembros"³⁶⁴.

Sin embargo, también debe claro que no existía una preferencia de origen comunitario por esta modalidad de liberalización. Simplemente fue utilitariamente practicada en su momento, más todavía si las reglas fundamentales comunitarias ligadas a la no discriminación, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales³⁶⁵ no se oponían *"ni a la nacionalización de empresas, ni a su privatización. En consecuencia, los Estados pueden crear o mantener empresas públicas en las condiciones previstas en sus respectivos ordenamientos nacionales"*³⁶⁶. Por tanto, aunque puedan aparecer clarísimos tintes liberalizadores tras el desarrollo y práctica de las anteriores reglas comunitarias, resulta indudable que el derecho comunitario es muy flexible y acepta todo tipo de técnicas e institutos (siempre que no se oponga con el objetivo último).

En años posteriores una muestra importante de este molde adoptado por la liberalización española es la progresiva implementación de la paradigmática "Directiva de Servicios del 2004" o también llamada Directiva Comunitaria "Bolkenstein"³⁶⁷. Al respecto, y a modo de ejemplo, quisiera mostrar un pequeño análisis sobre el régimen que dispuso esta norma comunitaria para el tratamiento de las autorizaciones y otros medios de intervención limitatorios de derechos de contenido económico y social, el cual podría dar mayores luces acerca de un proceso de destrabe y mejor perspectiva respecto del uso de estas técnicas de policía administrativa que empatan directamente con la mentada desregulación española:

³⁶⁴ LAGUNA DE PAZ (Op. cit, p. 74).

³⁶⁵ Entre muchas sentencias del TJCE que reconocen estas reglas puede revisarse al asunto C-171/08, Comisión vs. Portugal.

³⁶⁶ LAGUNA DE PAZ (Ibidem, pp. 74-75).

³⁶⁷ Sin perjuicio de otros trabajos y materias de impacto, es interesante revisar los trabajos referidos a los cambios sustanciales que produjo esta Directiva Europea en los regímenes españoles de autorizaciones administrativas tales como los de MUÑOZ MACHADO (2010) y LÓPEZ MENUDO (2010).

- i) En primer lugar, esta norma comunitaria plantea una cuestión esencial en su ámbito objeto (muy cercana a nuestro actual panorama de burocratización y de inflación en número de los procedimientos), esto es el intentar superar los "*numerosos obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios (...) determinando así transformaciones importantes en los hábitos de operadores privados y de Administraciones Públicas*"³⁶⁸.

- ii) Luego, esta norma plantea la necesidad de considerar al otorgamiento de autorizaciones como un instituto de realización secundaria, a partir de aplicar el conocido principio de *simplificación administrativa* materializado a través de "*la sustitución de la autorización administrativa por otras técnicas que permitan (...) eliminar los retrasos, costos y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autorizaciones (...) plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un periodo de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados*"³⁶⁹.

- iii) En último término, la descarga burocrática³⁷⁰ obliga a un replanteamiento sobre la *racionalización* en el uso de la citada técnica autorizativa, sin que esto implique perder de vista el obligatorio equilibrio en cuanto a la necesidad

³⁶⁸ LINDE PANIAGUA (2008: pp. 36-37).

³⁶⁹ VILLAJERO GALENDE (2008: p. 433).

³⁷⁰ Ver esta postura en RIVERO ORTEGA (2011: p. 127).

de su otorgamiento y transmisibilidad en ciertos sectores de especial sensibilidad para el interés público³⁷¹.

De nuevo aparece una muestra más de la influencia decisiva del Derecho comunitario en la liberalización española, a partir de plantear las grandes reglas matrices de un nuevo régimen jurídico de policía administrativa (autorizaciones) más adaptado al criterio-principio pro libertate, siendo esta mejora un componente más en medio de una urgente necesidad por simplificar el conjunto de los procedimientos administrativos que instrumentalizaban la entrega de los distintos tipo de títulos habilitantes brindados fuera de las tramitaciones licitatorias. No debe olvidarse que todo esto quedó incrustado en un verdadero proceso global de simplificación administrativa emprendido en ese país durante los años posteriores al 2006. Es decir, según palabras de VILLAJERO GALENDE, en un esfuerzo sucesivo y ordenado para "*reducir los trámites del procedimiento administrativo y suprimir las barreras burocráticas y, al mismo tiempo, en agilizar y mejorar el servicio de las Administraciones Públicas. A la vista de la complejidad que la Administración ha alcanzado en los últimos tiempos, la exigencia de la simplificación administrativa se impone, tanto para lograr una mayor eficacia en su funcionamiento, como para lograr un mejor servicio a los ciudadanos, liberándolo de las cargas procedimentales innecesarias en sus relaciones con la Administración*"³⁷².

Por otro lado, a pesar que puedan existir algún nivel de claridad en las anteriores explicaciones, no debe olvidarse que la liberalización española tiene múltiples sentidos y siempre resultara confusa en su tratamiento, aunque siempre se reconoce (y de cierta manera prima) la aludida vertiente desreguladora. Así, el profesor LÓPEZ-MUÑIZ indicó que este fenómeno "*comporta devolver al ámbito de la libertad lo que se había*

³⁷¹ Este proceso de *simplificación administrativa* supone asumir que la no utilización preferente de las autorizaciones administrativas, a cambio de la introducción de las declaraciones de los administrados en todo tipo en diversos sectores económicos, sociales y profesionales, implica la aceptación del declarante de una fuerte responsabilidad en lo declarado, y, en cabeza de la organización administrativa, de una intensa obligación de fiscalización posterior.

³⁷² VILLAJERO GALENDE, Helena (2008: p. 48).

sustraído de ella. Pero el término sufre semejantes males de ambigüedad que el de privatización. Por liberalizar puede entenderse, en efecto, cualquier operación político-jurídica que traiga como consecuencia un ensanchamiento del ámbito o de las posibilidades efectivas de la libertad. Entra ahí también, y quizá principalmente, la desregulación tanto absoluta como relativa o parcial –la disminución de reglamentaciones– y la reducción de controles públicos sobre actividades que ya están en el ámbito de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, y especialmente de los controles previos y de oportunidad”³⁷³.

Dicho esto resulta interesante buscar algunas causas de la implantación de este proceso liberalizador en la UE, a fin de tener un panorama y datos más completos.

2.1. DATOS SOBRE LAS CAUSAS QUE PROMOVIERON LA CORRIENTE LIBERALIZADORA EN LA UE

Es difícil señalar una causa principal o específica en la liberalización surgida e implantada en la UE, más correcto sería señalar un conjunto de fenómenos y hechos que se dieron en el contexto del establecimiento de la Comunidad Europea. Así, siguiendo a VIRGALA³⁷⁴ se pueden indicar a las siguientes:

- i). Caída del muro de Berlín y pérdida de fuerza del comunismo en el mundo.
- ii) Triunfo de las políticas neoliberales adoptadas desde el mismo seno de la Comunidad Europea.
- iii) Descrédito y crisis de los partidos políticos, en especial de los socialdemócratas.

³⁷³ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: p. 195).

³⁷⁴ VIRGALA FORURIA (2001: pp. 46-48), (2008: 1486-1487).

- iv) Servicios públicos defectuosos (en los países que los reconocían), tanto por la prestación brindada como en su gestión.
- v). Los efectos de la globalización económica, que no sólo debilitan el poder soberano de los Estados sino que lograron que todo gire en torno del mercado, transformando el Estado social y haciendo que vire a una posición más cercana a la cláusula del Estado regulador.
- vi) La masiva retirada estatal de la gestión directa en determinadas infraestructuras de red que trajo como consecuencia una intervención estatal de carácter reguladora, dando nacimiento a la regulación económica.

Sin embargo, más allá de estas causas, el gran origen de esta corriente provino del interior de la naciente organización supranacional. Es decir, fue finalmente el establecimiento y consolidación de la Comunidad Europea y las medidas comunitarias con fuerza de ley que de ella emanaron, junto al establecimiento de un mercado único con cuatro libertades máximas que ya había adelantado (libre tránsito de bienes, mercancías, capitales, servicios y establecimiento de personas)³⁷⁵, las que finalmente permitieron la liberalización en distintos sectores económicos y sociales, incluidos los brindados en forma de red.

Estas cuatro libertades implicaron -de manera posterior- la formulación de dos políticas fundamentales orientadas al cumplimiento de los fines comunitarios. En primer término, una política económica vinculada directamente a la necesidad de contar con un rigor presupuestario (en este criterio resultaba más apropiado la venta de propiedades estatales y la

³⁷⁵ Ver estas libertades en el trabajo de SOSA WAGNER, F.: (2004, 125). Este autor también se refiere a la neutralidad como elemento capital que permite adoptar todo tipo de propiedad pública y privada en los referidos Estados miembros.

subida de impuestos). Este criterio economicista devendría luego en el establecimiento de un serie de líneas directrices comunitarias de conformidad al artículo 98° del TCE³⁷⁶. Por otro lado, se implantaron políticas de competencia orientadas al control de las ayudas públicas brindadas a las empresas públicas de los diferentes Estados miembros, quedando las mismas en manos de la Comisión (el control se ejerce mediante regulaciones específicas sobre la concesión de las ayudas a las empresas públicas y sobre el rescate y reestructuración de estos sujetos en dificultades).

Debe agregarse que esta última política de competencia estuvo orientada hacia una fuerte obligación de desmonopolización que forzó a una lenta abolición de los monopolios estatales y la des-regulación de los sectores brindados en red (como telecomunicaciones, transporte aéreo, y escasamente en energía), aunque si algunos monopolios nacionales de carácter comercial sobreviven o se mantienen por decisiones públicas, son los propios Estados comunitarios los que deben hacerse responsables de asegurar "*la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado*"³⁷⁷.

En adición, y como elemento para conectar con el próximo acápite, puedo indicar que -puntualmente- el proceso liberalizador en los mercados des-regulados como las telecomunicaciones y la energía, generó la necesidad urgente de contar con entes reguladores de alta especialidad técnica y des-politizados que puedan vigilar la competencia y garantizar la independencia de las posibles influencias y presiones tanto de los grupos de poder así como de los agentes que intervienen directamente en estos espacios. Así, por ejemplo, un primer paso hacia la creación de las Comisiones reguladoras independientes para el caso de las telecomunicaciones fue la introducción de las primeras Directivas de la Comisión referidas a la obligación de que una "*entidad independiente de*

³⁷⁶ El artículo 98° del TCE señala que "*los Estados miembros deben conducir su política económica hacia el objetivo de conseguir los fines señalados por la Comunidad y, los principios económicos del propio Tratado contenido en sus artículos 2° y 4°*".

³⁷⁷ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 79).

los organismos de telecomunicaciones, concediese las autorizaciones de explotación y efectuase el control de conformidad” (art. 6º Directiva N° 88/301/CEE y art. 7º Directiva N° 90/388/CEE), con el fin de asegurar la separación de las actividades de gestión y reglamentación”³⁷⁸.

3. EL NACIMIENTO Y CIMENTACIÓN DE LAS PRIVATIZACIONES EN ESPAÑA

La transformación del Estado promotor del desarrollo y gestor de los servicios³⁷⁹ al Estado regulador pudo ser garantizado por la Constitución de 1978, permitiendo que la posterior integración del país a la Comunidad Europea³⁸⁰ no implique una colisión entre estos Derechos; por el contrario se creo una lenta aceptación y armonización de la normativa comunitaria en el Derecho interno³⁸¹, eso si con todos los principios y reglas finalistas antes mencionadas colocados en una posición de vanguardia. De esta manera, con la cobertura jurídica brindada por la recepción de las reglas comunitarias y las propias se inició un primer proceso de privatización de las empresas públicas españolas³⁸² y además otras consecuencias ligadas

³⁷⁸ Ver esta cita en MONTERO PASCUAL (2007: p. 813). Acerca de la energía es importante revisar el proceso de liberalización y creación de la organización regulatoria respectiva planteados por GIMENO FELIÚ (1994).

³⁷⁹ Debe indicarse que la titularidad y control podía ser total (como sucedió por ejemplo en las telecomunicaciones, correos, transporte aéreo y ferroviario) o parcial (como pasó con la energía, transporte por carretera y marítimo), Ver estas cuestiones en VÍRGALA FORURIA (2001: p. 43).

³⁸⁰ Como bien se reconoce, el impulso inicial del Presidente A. SUÁREZ en 1977 se vió cristalizado en junio de 1985, fecha en la que España suscribe el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica. Meses después, el 1 de enero de 1986, el país finiquita su integración efectiva en esta organización supranacional.

³⁸¹ Existe una interesante postura del profesor BETANCOR sobre las relaciones entre la Constitución y el TUE en base a la función constituyente que se expresa en ambos, indica este autor español que el "*Tratado de la Unión Europea es, por tanto, el que constituye la Unión Europea, mientras que la Constitución constituye España como Estado social y democrático de Derecho, el nexo se establece con la participación de este Estado en aquella organización internacional (...) Esta participación le ha de suponer al Estado constituido por la Constitución española asumir-respetar las reglas que constituyen la Unión a la aquel pasa a pertenecer. Así se produce una extraña paradoja: la Constitución constituye un Estado que una vez constituido pasa a formar parte de una Unión de la que aquél participa en su constitución y respecto de la que, a su vez, debe obedecer-respetar sus reglas. El Estado es constituido por la Constitución mientras que dicho Estado es el constituyente de la Unión en tanto que sujeto integrante*". Ver esta cita en BETANCOR RODRÍGUEZ (2010: pp. 211-212).

al fenómeno liberalizador³⁸³.

No debe olvidarse que las empresas públicas no existieron desde siempre en España. Por lapsos importantes de tiempo entre los siglos XVIII y XX en actividades prestacionales existió una potente y variada iniciativa privada. Por ejemplo lo que hoy se conoce como “Correos” se concibió desde 1794 como un servicio regaliano vinculado primero al Rey y luego al propio pueblo. El mismo caso de la telefonía fija que desde 1924 fue un monopolio privado. A su turno la energía corrió la misma suerte, es decir se fundo sobre el impulso privado, aunque las prestaciones se conceptuaron a la luz de la técnica del servicio público, hasta que el Estado decidió la gestión común por una sociedad de empresas privadas denominada UNESA. Con la posterior nacionalización de las empresas y la intervención empresarial y prestacional de los dos últimos tercios del siglo pasado se produciría una ruptura y la exclusión de la concesión administrativa en favor del privado, para pasar netamente a un protagonismo casi completamente público³⁸⁴.

En adición debe entenderse que este último tramo referido al fenómeno de la nacionalización de empresas estuvo vinculado directamente a la política económica de la posguerra civil (que se centró esencialmente en la reconstrucción del país)³⁸⁵ y al largo periodo franquista en el que se abrieron algunos espacios de liberalización a partir de los años sesenta y

³⁸² Ver al respecto a GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA; AMATE FORTES (2007: p. 115).

³⁸³ Como adelanté, es la Comunidad Europea la que inicia todo el proceso de liberalización de los sectores prestacionales de sus Estados miembros, caracterizándose por una potente expansión de competencias amparada en la denominada Constitución económica europea. Estas reglas consagraron a la libertad de empresa como uno de los principales derechos de los nuevos ámbitos liberalizados. Esta libertad que no es absoluta, quedó sometida a las reglas de competencia y al ámbito de los recién creados organismos reguladores que aparecen unidos a los sectores impactados por los cambios. Con estas supuestas "nuevas" formas de intervención pública el Estado regulador cobra fuerza y vigencia dentro del contexto comunitario.

³⁸⁴ Ver este desarrollo de ejemplos en MUÑOZ MACHADO (1998, 89 y ss); VIRGALA FORURIA (2008: 1486 pie de p. 8).

³⁸⁵ En el continente Europeo asolado por la segunda guerra mundial, la nacionalización supuso la proliferación de la técnica de los servicios públicos y la publicación de actividades económicas diversas. Esto llevo a la creación de monopolios fiscales o comerciales, con la consecuente exclusión de las poquísimas organizaciones intermediarias que quedaron en pie después de esta conflagración tan nefasta. Ver varios de estas nociones en ESTEVE PARDO (2014).

durante la industrialización del primer plan de desarrollo, pero que en general se mantuvo dentro de un marcado espíritu intervencionista³⁸⁶.

Posteriormente, y ya con la democracia recuperada, durante las dos últimas décadas del siglo XX la iniciativa empresarial pública fue perdiendo fuerza y vigor en los sectores considerados altamente económicos, por razones diversas que ya se han planteado en anteriores partes del trabajo. Por tanto, se abrió el espacio perfecto para la irrupción de la privatización auspiciada por la UE y que tuvo cierta influencia del Derecho norteamericano³⁸⁷. Así la privatización, en uno de sus sentidos más jurídicamente aceptables³⁸⁸, se convirtió en un instrumento útil y de aplicación sencilla para deshacerse de la titularidad estatal de una organización económica, trasladando al sector privado la iniciativa productiva y empresarial, y en algunos casos la propia titularidad y organización de los correspondientes sectores y actividades, siempre en aquellas áreas en las que los privados pueden y deben estar, centrándose la atención del activismo público en la educación, salud, seguridad social,

³⁸⁶ Sobre este punto es importante revisar las cuatro etapas de desarrollo histórico-económico de las empresas públicas españolas después de la guerra civil propuestas por el profesor COMÍN, F. (1996: pp. 349-367).

³⁸⁷ Se dice que el establecimiento del mercado único europeo contiene reglas que empujaron al Derecho administrativo a encontrar fórmulas intermedias entre la rigidez y la libertad, un claro ejemplo de lo que señalo es la creación de las llamadas agencias independientes o comisiones reguladoras en Europa. En el mismo sentido ver la obra colectiva de GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA; AMATE FORTES (2007: p. 13).

³⁸⁸ Es necesario recordar, siguiendo las certeras explicaciones del profesor LÓPEZ-MUÑIZ, que este concepto tiene una naturaleza polisémica que debe ser expurgada desde el Derecho administrativo: "*privatización se puede hablar en un sentido muy vago y genérico para referirse a cualquier cambio o proceso que conduzca a poner en manos privadas, de personas físicas o jurídicas particulares, actividades u organizaciones – empresas– antes «en mano pública». Debe advertirse, sin embargo, que es vocablo usado también a veces para referirse a la aplicación de normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos que venían sujetándose a normas de Derecho público, incluidos los procesos de transvase de actuaciones de los Poderes públicos a organizaciones creadas y controladas por ellos que adoptan formas de personificación o/y actuación de Derecho privado. Es el fenómeno de la «huida del Derecho administrativo» que ha sido tan analizado y fustigado entre nosotros en los últimos años, y generalmente con razón (...) Debería diferenciarse claramente entre una y otra «privatización», pues esta segunda lo es sólo jurídico-formalmente, pero no sustantivamente: es una privatización ficticia, una pseudoprivatización, y con muy considerables problemas de encaje constitucional en muchas de sus manifestaciones. Hay que añadir aún que incluso dentro de la privatización que en su acepción genérica podríamos considerar como real o sustantiva, sería necesario hacer algunas distinciones y precisiones. Habría que diferenciar según la privatización se refiera a las empresas (a las correspondientes organizaciones unitarias prestadora de bienes o servicios), a las actividades o servicios que sean su objeto, o a su gestión". Ver esta larga cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: pp. 135-136).*

vivienda, y claro está, en el nuevo e inmenso espacio de la regulación³⁸⁹.

En el mismo sentido, el cambio de paradigma hacia la privatización que impacto decididamente en "*no sólo (...) a las empresas públicas que producían bienes y servicios para el mercado en un régimen de libre competencia, sino también a los antiguos monopolios públicos (por ejemplo, en nuestro caso el de distribución de productos petrolíferos atribuido en su día a CAMPSA o el de telefonía encomendado a la CNTE)*"³⁹⁰. En buena medida encontró un desarrollo controlado pero de gran magnitud (manifestada en ámbitos de rentabilidad económica y posibilidades empresariales), derivó en la creación (comunitaria) de nuevas técnicas prestacionales (teniendo como figura estelar a los "servicios de interés general") y el encumbramiento de nuevas formas de relacionamiento entre el Estado y los mercados³⁹¹. En suma, la privatización española se guió por un proceso liberalizador comunitario que tenía fortaleza, pero aparecía racionalizado para ciertas actividades con un determinado contenido contraprestativo³⁹².

Lo anteriormente indicado se enlazó con la necesidad de revalorar la intervención pública en estos nuevos sectores liberalizados (creados sobre los hombros de los servicios de interés económico general y en la estructura prioritaria de servicios en red) y que se encuentran orientados a la prestación preferentemente brindada por los privados³⁹³. Esta nueva

³⁸⁹ Este repliegue estatal tuvo en la ineficiencia y falta de calidad a dos de sus factores detonantes. Sobre el particular no debe olvidarse que incluso en países más desarrollados han aparecido estas cuestiones en el sentido que "*la ineficiencia del sector público empresarial y el lastre que las inercias suponían para la superación de la crisis en los países desarrollados, y para el desarrollo en el resto, llevaron al cuestionamiento del primero, y reforma después, del sistema regulatorio, inicialmente en telecomunicaciones y el transporte aéreo, y más adelante en el resto de sectores*". Ver esta cita en BEL, G; CALZADA; ESTRUCH MANJÓN (2009: p. 708)

³⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 766).

³⁹¹ Ver estas reflexiones en SÁNCHEZ MORÓN (Ibidem: p. 767).

³⁹² Realmente sólo en este tipo de sectores la privatización impacto decididamente y supuso la retirada estatal como gestor titular directo de empresas y actividades económicas, de modo que permitió la entrada de operadores privados, a fin de que compitan para captar y fidelizar la mayor cantidad posible de usuarios logrando rentabilizar sus ingresos. Ver estas cuestiones en MUÑOZ MACHADO (2009: p. 37).

³⁹³ Por lo que voy a fundamentar luego es que las organizaciones del poder público involucradas, y, en particular las administraciones públicas de corte regulatorio, jamás

estimación creó la percepción de una actuación pública supuestamente novedosa. Al respecto, debe recordarse que la preocupación por una liberalización de los servicios de red puesta completamente en manos privadas, pasando de esta forma de un monopolio público a uno privado, llevó a que las presencias de las administraciones públicas fuesen catalogadas como vitales y fundamentales en el mercado vía el ejercicio de las "nacientes" potestades regulatorias³⁹⁴. Sin embargo, tal intervención regulatoria pública (no sólo administrativa) no supuso (ni es hasta hoy) un amolde conceptual, tal como se ha intentado mostrar desde el lado económico y por ciertas posturas anglosajonas (principalmente norteamericanas)³⁹⁵. Por el contrario, estos ejercicios regulatorios deben tender a una práctica específica y guiada jurídicamente, que sin eliminar algunos avances sobre estos "supuestos nuevos moldes de actuación", nunca deben dejar de respetar el uso de técnicas e institutos jurídico-administrativos de siempre, puesto como bien señalaba LAGUNA DE PAZ "*estas aportaciones no ponen en cuestión ni renuevan los fundamentos de nuestra arquitectura administrativa (...) En el fondo, las novedades son más bien escasas por lo que encajan muy bien en los moldes tradicionales*"³⁹⁶.

En el mismo sentido, tramos más actuales de la liberalización española también muestran un revitalizado papel estatal ante las crisis económicas

deben abandonar el ejercicio de sus potestades y menos rendirse ante las exageraciones santificadoras sobre la competencia, el libre mercado y la iniciativa privada. Finalmente, siempre ante los defectos de los privados y cuando los derechos constitucionales se ponen en riesgo, serán las administraciones públicas y otros poderes públicos del Estado quienes socorran, satisfagan demandas o eliminen los profundos fallos del mercado. Por eso, es que siempre debe tenerse una "plasticidad" obligatoria en las técnicas prestacionales acogidas en un determinado Derecho. Ver estas cuestiones últimas en MALARET I GARCÍA (1998: p. 53).

³⁹⁴ Ver esta postura en VÍRGALA FORURIA, E.:(2001, 45). Es claro que si se dejara a las empresas privadas solas en un sector, es decir sin reglas estatales y una organización administrativa competente, se destruiría a la propia competencia y los derechos constitucionales involucrados (los propios y los ajenos). Como bien señala VÍRGALA se crearían monopolios y oligopolios de manera sucesiva. Ver a VÍRGALA FORURIA (2008: p. 1488). Considero que lo dicho por este autor necesita una transformación hacia una presencia regulatoria necesaria y muy sectorializada, asumiendo los detalles y condiciones que necesita cada ámbito prestacional.

³⁹⁵ Ver las reflexiones críticas de LAGUNA DE PAZ (2016: p. 34). Este profesor español considera a muy pocas técnicas regulatorias como novedosas y de reciente incorporación, tales como los "*programas de clemencia o (...) procedimientos de transacción en el Derecho de la competencia (...) La acción pública se ha hecho mucho más transparente (...) mercados secundarios de títulos administrativos (...) la posición del denunciante en los procedimientos sancionadores*". Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (Ob. cit, pp. 33- 34).

³⁹⁶ LAGUNA DE PAZ (Ibidem p. 34).

más recientes (iniciada en 2008), que incluso llevó a la vuelta del Estado gestor en tiempos de debacle financiera, lapso en el que la intervención empresarial pública se hizo presente y necesaria para satisfacer el interés general³⁹⁷. Y es que siempre que existan fallos en el mercado, necesidad de "*prevenir daños, asegurar que la actividad económica internalice los costes que genera y garantizar una utilización racional de los bienes comunes*"³⁹⁸ será el Estado (no el mercado) quien intervenga para recomponer tales situaciones extremas. Esto ha quedado demostrado desde las primeras crisis globales y debacles a gran escala a partir de 1929, posteriormente en 1980, y finalmente esta última del 2008 hasta nuestros días. En todos estos casos el papel estatal se fortalece volviendo a recuperar su protagonismo como interventor (regulatorio) en la economía³⁹⁹.

Finalmente, quiero volver a ciertas datos históricos sobre la privatización española. Así siguiendo a BILBAO UBILLOS⁴⁰⁰ la privatización española se efectuó en tres etapas bien identificadas. Un primer periodo que va entre los años 1984 a 1992, el cual se caracterizó por una política socialista

³⁹⁷ Por ejemplo también en EEUU se necesitó de una intensa intervención regulatoria, inversión pública y de rescates promovidos al inicio de la presidencia del ex-mandatario Barack Obama durante el pasado año 2009. Debe agregarse, que buena parte de esta crisis económica que aún se mantiene en menor intensidad, se debió a deficiencias de uno de los reguladores norteamericanos más importantes, la denominada Securities and Exchange Commission (SEC), que tuvo una "*vigilancia relajada (...) a la actividad prestamista de determinadas instituciones que no responden al concepto de banco comercial y de la actuación muy generalizada de titulización de los créditos hipotecarios*". Ver esta cita y otros importantes reflexiones acerca de la reciente crisis en EMBID IRUJO (2011: p. 29 y ss).

³⁹⁸ LAGUNA DE PAZ (Ibidem p. 35).

³⁹⁹ Así puedo destacar que a partir del año 2008 se produjeron las nuevas "intervenciones del Estado en la economía". Dentro del escenario internacional tenemos: EEUU nacionaliza de las Empresas financieras Fannie Mae y Freddie Mac. Fannie Mae significa Asociación Nacional Federal de Hipotecas; mientras que Freddie Mac significa Corporación Federal de Hipotecas para Viviendas. Ambas son dos compañías que cotizan en Bolsa y que están habilitadas para brindar financiamiento en el mercado de la vivienda. La participación de estas empresas en el mercado hipotecario en EEUU fue importante ya que alcanzaron (incluyendo los bonos hipotecarios que garantizaron y títulos respaldados por hipotecas), los 5.2 billones de dólares. Ambas empresas abarcan así casi la mitad de todo el mercado hipotecario de Estados Unidos. Vid. Diario Expansión (fecha: 06/09/2008). Por otro lado, vale destacar que Suiza acudió al rescate de la mayor entidad financiera de su país, el Banco Nacional de Suiza. Vid. Expansión 16/10/2008. En el mismo sentido, el Reino Unido anunció en esas épocas un nuevo plan de rescate bancario de 100.000 millones de libras que pretende reforzar la estabilidad del sistema bancario de este país, incrementar la confianza de las entidades y su capacidad para prestar dinero a sus clientes, además de actuar como soporte para la recuperación de la economía. Vid. Expansión 19/01/2009.

⁴⁰⁰ BILBAO UBILLUS (2004: p. 71 y ss).

que buscaba una privatización selectiva y orientada a la reestructuración del sector público empresarial. De manera posterior, un tramo que va del año 1993 al año 1996, con una característica bastante similar a la anterior etapa, orientada claramente a una privatización recaudatoria como mecanismo de reducción de las necesidades financieras a corto plazo del sector público. Por último, un periodo que va entre los años 1996-2002, lapso que se caracterizó por un periodo de ideario neoliberal centrado en una privatización masiva (que alejó el carácter instrumental de esta técnica según su inicial formulación comunitaria). A este periodo, se le conoce como programa de privatizaciones que nace del acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28 de junio de 1996 y que abrió paso al programa de modernización del sector público empresarial.

4. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA Y LA PRIVATIZACIÓN

Todo lo fundamentado no debe olvidar ciertas reglas e institutos que reconoce la Constitución española de 1978, los cuales han debido adaptarse, ser flexibilizados o dejados de lado en consonancia con el impulso liberalizador comunitario, sin perder de vista que los objetos de estas concretas normas constitucionales aunque pueden mutar en el tiempo, se recogen en una categoría de disposición que tiene un carácter constante⁴⁰¹. Un breve recuento puede ser útil para el propósito generalista de este capítulo, sin que esto implique una profundización sobre las diversas perspectivas teóricas y revisión detallada de todas las figuras que aparecen inscrutadas en esta noción. Sólo me centraré, y de manera muy breve, en aquellas que se involucran alrededor de la privatización.

En primer término, no puedo dejar de mencionar que la Constitución vigente ha permitido una coexistencia abierta de la iniciativa privada con la pública, incluso con claras reservas estatales en aras de cumplir, satisfacer o justificar el interés general en los principales sectores económicos. Una específica muestra de la "*estructura constitucional de*

⁴⁰¹ Ver esta idea sobre las normas constitucionales económicas en GARCÍA LLOVET (1997: p. 122).

actual sistema económico"⁴⁰² pero con una apariencia de caminos encontrados, son los contenidos de los artículos 1º numeral 1, referido al Estado social y democrático de Derecho; el artículo 38º, dedicado a la libertad de empresa, y, por último el artículo 128º num. 2 referido a la reserva del sector público.

A continuación las explicaciones debidas y breves por cada una de estas normas unidas al tema privatizador que vengo explicando, las cuales se pueden sintetizarse en que estas estas cuestiones aparecen contenidas alrededor de un contenido mínimo de la Constitución económica⁴⁰³, el cual necesariamente quedará integrado, siguiendo el criterio material de GARCÍA LLOVET, *"por los preceptos constitucionales (...) atinentes al régimen general de los bienes económicos, a la producción y distribución de los mismos y a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos en relación con dichos procesos, incluyendo, por lo tanto, la disciplina básica de los procesos de intercambio de bienes y las reglas básicas de funcionamiento de la institución en que dicho intercambio se produce"*⁴⁰⁴.

Esta formulación de la Constitución económica puede complementarse con la tesis mantenida por el profesor GARCÍA HERRERA (de un tinte más formalista), el que conceptualiza como un marco que: *"implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad esta reiteradamente exigida por la constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de un orden económico y social justo (...) y, que tiene que ser atendido de forma abierta para posibilitar el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a sus parámetros y*

⁴⁰² Esta frase definidora aparece recogida por el profesor italiano en el prefacio GALGANO (1977, p. VIII).

⁴⁰³ En cuanto al estudio de la Constitución económica española, además de los autores que he citado en anteriores partes de este trabajo, es bueno revisar dentro de la doctrina constitucionalista a GARCÍA HERRERA (1991) y MAESTRO BUELGA (2008), (2006). En relación a las discrepancias sobre los límites y la posible ambigüedad o neutralidad de estas reglas económicas es interesante examinar los trabajos de ARAGÓN REYES (1995), (2009) y ROVIRA ALBERTI (2004).

⁴⁰⁴ GARCÍA LLOVET (1997: p. 122). Esta síntesis conceptual de la actual Constitución española presentada en el párrafo principal, incluyendo el reconocimiento primigenio de la libertad de comercio e industria, vendría y descansaría de *"la Constitución de 1931 que sería la primera Constitución económica en sentido moderno (...) que ha tenido nuestro país"*. Ver esta tesis planteada por BASSOLS COMA Citado por CIDONCHA, A.: (2006, 33).

sólo excluir a los que sean contradictorios"⁴⁰⁵.

Vale señalar que última tesis acerca de la unicidad apareció inicialmente recogida en dos sentencias importantes del Tribunal Constitucional de los años ochentas, por un lado la STC N° 37/1981, de 16 de noviembre y, en segundo lugar, la STC N° 1/1982 de 28 de enero. Esta última en su F.J. 1 expresó que "*existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse Constitución económica o Constitución económica formal*". En suma, el marco aludido por GARCÍA HERREA implica la existencia de principios elementales de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario. Este concepto quedo reiterado en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional y sigue apareciendo sin mayores variantes⁴⁰⁶.

En cualquier caso, las normas que comentaré aparecen desperdigadas en los tres ámbitos propuestos en la cita de GARCÍA LLOVET y lo interesante es que este régimen constitucional establece directrices y preceptos no sólo de Derecho público sino también de Derecho privado, abriéndose un espacio interesante de opciones y margen de maniobra a favor del Estado. En este orden de ideas, el profesor ARAGÓN señaló que esta amplitud y variedad de supuestos es posible debido a que España es un Estado social (art.1º.1)⁴⁰⁷ y bajo esta cláusula se permitiría la intervención de los poderes públicos con relativa amplitud e intensidad en la economía (tanto en la ordenación como en la realización de la misma)⁴⁰⁸.

En otras palabras, y según lo que se viene justificando, por la anterior

⁴⁰⁵ GARCÍA HERRERA (1991: p. 25).

⁴⁰⁶ Esta tesis apareció en las sentencias N° 11/1994, de 2 de febrero; N° 96/1984, de 19 de octubre; N° 144/1985, de 25 de noviembre; N° 29/1986, de 20 de febrero; y, N° 64/1990, de 5 de abril. Ver también a los autores GARCÍA HERRERA (1991: p. 25) y ALBERTI ROVIRA (2004: pp- 125-126).

⁴⁰⁷ La cláusula constitucional analizada es la siguiente: "*Se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*".

⁴⁰⁸ Esta postura aparece recogida en ARAGÓN REYES, M.: (1995: 5-8). En la misma línea se ubican GARCÍA HERREA (1991) y ARIÑO ORTÍZ (1999: p. 127).

cláusula se le confía a los poderes públicos del Estado aspectos centrales de la vida social y económica de los españoles. Incluso, esto ha supuesto una evolución en la asunción de tareas sociales que "*comportan por una parte el aumento de la legislación, de la administración y de la necesidad de recursos financieros*"⁴⁰⁹. Para el cumplimiento de estos propósitos deberá permitirse "*la economía social de mercado basada en la competencia económica y en contenidos sociales, que limitan individualmente, exigen la inexistencia de posiciones monopolistas incontroladas y en la actualidad criterios de estabilidad de los precios en beneficio de los ciudadanos como premisas para la realización de políticas sociales compensatorias*"⁴¹⁰

Por mi parte, y asumiendo los anteriores caracteres, he de destacar que este orden económico constitucional es una pieza clave que complementa la declaración de principios a lo largo de la Constitución y permite armonizar el modelo de la sociedad española con la dinámica del Estado social. En cualquier caso, esta última cláusula evoluciona constantemente y debe mantener un difícil equilibrio entre la libertad de los privados, la propiedad privada de la empresa, la competencia en cuanto a la prestación de servicios y de otro lado una serie de prestaciones sociales que buscan satisfacer y compensar las necesidades crecientes de cada uno de sus integrantes. En medio de todas estas opciones y técnicas, la privatización y la propia liberalización calzan perfectamente en un momento histórico determinado, sin que pueda afectarse su nacimiento o implantación desde los mandatos comunitarios⁴¹¹.

En consonancia con su carácter moldeable, cabe mencionar que la Constitución económica española permitió una adecuada adaptación del

⁴⁰⁹ GARCIA HERRERA (2002: p. 143)

⁴¹⁰ GARCIA HERRERA (Ob. cit, p. 143).

⁴¹¹ Esta plasticidad y capacidad de adaptación de la Constitución española se debe en buena medida a que no se pronunció "*de un modo claro y terminante sobre el modelo económico*", siendo posible que pueda acoger múltiples y encontradas opciones de desarrollo basados en la libertad, la exclusiva iniciativa pública, o las mezclas más diversas. En el mismo orden de ideas, no debe olvidarse que la Constitución económica española estableció un modelo intervencionista que permitió la adopción de una economía de mercado que concilia toda forma de propiedad pública y privada, pero siempre garantizando la libertad de empresa. Ver esta cita y reflexiones en el citado trabajo de LÓPEZ RODO (1982: p. 446).

Derecho nacional al comunitario, a partir de ceder la preferencia y primacía de las reglas económicas a favor de un nuevo orden: la Constitución económica comunitaria (y su modelo social)⁴¹². Este orden supranacional gestado por la voluntad soberana de todos los países comunitarios miembros es el que se encarga de manifestar los lineamientos y reglas matrices económicas que se deben incorporar en el interior de sus Estados (incluyendo la transformación pertinente de su normatividad). Es más el mismo apareció como producto de un decaimiento de la doctrina del Estado social y una evidente *"tensión entre los objetivos económicos y los sociales, incluidos últimamente con cierta virtualidad en el ordenamiento comunitario. Se produce un intento en la doctrina por escapar a la vis atractiva del vínculo económico como criterio, si no exclusivo, si preeminente en la acción comunitaria"*⁴¹³. Por eso, siguiendo a MAESTRO BUELGA, esta última figura *"se convierte en un instrumento absorbente que integra en su seno a las Constituciones de los Estados miembros"*⁴¹⁴.

En ese sentido, la Constitución económica nacional se afectó y debió restaurarse a partir del influjo reformista de la europeización, a pesar que este último resultaba completamente nuevo y hasta encontrado con algunos de los originales principios y reglas constitucionales existentes⁴¹⁵. En ese contexto, apareció un doble sentido de cambio, por un lado *"las normas comunitarias primarias actúan definiendo una serie principios que imponen la práctica de un modelo de mercado y un modelo de competencia"*

⁴¹² Como bien afirma el profesor MAESTRO BUELGA, la *"Constitución económica y modelo social son dos caras de una misma moneda, por ello resulta difícil examinar una sin tomar en cuenta la otra (...) La revisión de los objetivos de la Comunidad, dando entrada a "un alto nivel de empleo y protección social", entre otros, se insertan en un marco refractario que impone una centralidad fuerte del mercado. La constitución económica europea, sigue definiéndose desde éste (...) Sitúa, por ello, a la dimensión social en una posición subalterna y funcional a las exigencias del mercado. Pero la constitución económica europea actúa también en otro nivel, ésta absorbe las constituciones económicas de los Estados, extendiendo su paradigma a éstos"*. Ver esta cita en MAESTRO BUELGA (2008: pp. 78-79).

⁴¹³ MAESTRO BUELGA (2007: pp. 73-74).

⁴¹⁴ MAESTRO BUELGA (2008: p. 79).

⁴¹⁵ Uno de los estudios más completos sobre los cambios sufridos por la Constitución económica española y la influencia determinante del derecho comunitario fue hecho por UREBA (1986: p. 251 y ss).

de operadores públicos y privados como elemento basilar de ese modelo de mercado. En este sistema, de las reglas atinentes a la libre competencia, como principio de ordenación del sistema, derivan inmediatamente (...) títulos de intervención a favor de los poderes públicos (...) interdicciones específicas respecto a las actuaciones de sujetos públicos y privados en el mercado como oferentes y demandantes de bienes y servicios"⁴¹⁶. Por otro lado, en un tema que no incumbe directamente a esta memoria doctoral, se produce *"un proceso de reasignación competencial sobre amplios sectores del ordenamiento"*⁴¹⁷.

Descendiendo un poco más en el análisis, pero sin dejar de asumir la liberalización, privatización y el orden regulatorio implantados desde las reglas comunitarias, una de las tareas permanentes y más importantes en el actualidad es reglar y ordenar todos los intereses que en el seno de la sociedad se presenten de modo contrapuesto. Esto significaría que el legislador y las organizaciones administrativas regulatorias españolas deben respetar en lo posible la libre actuación de las fuerzas sociales⁴¹⁸, sin dejar generar una regulación que sirva como mecanismo de compensación de poder que comporta simultáneamente una discriminación y una disminución de libertad para unos y ampliación de la misma para otros. Por eso, nunca mejor expresado, en cuanto a que el Estado post-moderno (y sobre todo sus administraciones públicas) deben *"esforzarse por la conciliación de todos los intereses en juego. Tanto derechos de libertad como los derechos de prestación pueden colisionar entre sí"*⁴¹⁹.

⁴¹⁶ GARCÍA LLOVET (Op. cit, p. 126).

⁴¹⁷ GARCÍA LLOVET (Ibidem, p. 126).

⁴¹⁸ La Constitución española reconoce la libertad de empresa como derecho constitucional, permitiendo que el operador privado o particular puede crear, modificar, operar y extinguir empresas con amplio espacio de criterios, sin más condiciones que sus fines correspondientes sean lícitos. Ver los conceptos sobre este derecho en PAREJO ALFONSO (2004: p. 65). La libertad de empresa deberá adaptarse a la coexistencia de los dos sectores económicos, tanto público como privado, que aparecen dentro de una misma economía mixta, configurada con dosis de planificación pública previa (en cuanto al desarrollo, progreso y la producción del país).

⁴¹⁹ CARMONA CUENCA (2000: p. 77).

Pero la Constitución económica tiene otros dos institutos que no se contraponen con las reglas económicas comunitarias, que como adelanté se presenta bastante flexible y permisiva, siempre que no se violen los objetivos finales antes mencionados. Por un lado, aparece el reconocimiento expreso de la iniciativa pública en la actividad económica, la cual sólo aparece en caso de una necesidad exigida por el interés general y vía publicatio. En segundo lugar, no debe perderse de vista a los artículos 130º numeral 1 referido al desarrollo del sector económico, así como el artículo 131º numerales 1 y 2 referido a la planificación de la actividad económica. De ambas normas, el último resulta interesante de ser explicado por el valor esencial que se otorga a la actividades planificadoras. En ese sentido, la intervención planificatoria es dirigida mediante norma con rango de ley, con la finalidad de actuar en un sector concreto, en aras de conseguir un equilibrio que armonice el desarrollo regional y el sectorial creando riqueza y distribuyéndola de la manera más justa posible.

A mi parecer en los artículos que he reproducido de la Constitución española se concilia una fórmula ambigua, que le permite actuar al Gobierno en determinados sectores económicos según sea el momento y las necesidades por las que pase el país. Por eso, cierta doctrina ha señalado que en todos estos preceptos constitucionales, *"si bien en el plano teórico queda proclamado el principio del respeto de la libertad económica, en el plano operativo y de la dinámica económica resulta posible limitar tales derechos o tales libertades en base a la invocación de unos intereses generales o sociales (...) y llegar el Estado a la asunción de actividades económicas y a la intervención de empresas"*⁴²⁰. Esto que -en su momento- pudo recibir críticas, sirvió de manera directa y efectiva para el proceso de transformación experimentado luego de la influencia decisiva del Derecho comunitario.

5. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS INTERVENCIONES PRESTACIONALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

⁴²⁰ LÓPEZ RODO (1982: p. 454).

ESPAÑOLAS Y LA LIBERALIZACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SIEG

Una de las consecuencias más importantes de la liberalización comunitaria en el Derecho español es la evidente conversión de las categorías jurídico-administrativas prestacionales con las que se manejó este país por muchísimos años, cambio profundo que tuvo una doble vertiente, por un lado culminó con la inclusión de nuevos institutos comunitarios que tenían un claro carácter aglutinador para países que aparecían con tradiciones jurídicas distintas⁴²¹ (el principal instrumento es el denominado servicio de interés económico general). Por otro lado supuso el replanteamiento de las nociones tradicionales desde un cariz más ligado a la preponderancia del mercado en la satisfacción de las prestaciones, quedando marcado una reevaluación muy profunda del concepto del servicio público en sentido estricto que llevó a la pérdida de su vertiente orgánica, según lo que fundamentaré luego en el trabajo⁴²².

No debe olvidarse que estos últimos años del presente siglo y desde los años noventa las sendas reformas prestacionales de la administración pública, se convirtieron en el eje de múltiples discusiones y acomodados conceptuales que resultaban muy necesarios para la evolución y transformación de los derechos internos, quedando catalogada la UE como el gran catalizador de un proceso de liberalización⁴²³ de importantísimas

⁴²¹ Se puede notar mucho esta disparidad de origen tras el propósito final de la normativa de desarrollo que estableció el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Así, los instrumentos llamados Directivas deberá permitir "*la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común*" (ver el artículo 94).

⁴²² Sobre esto último (que tiene bastante conexión con posiciones actuales en nuestro derecho), tal como señala el profesor BERMEJO VERA, "*la integración de España en la UE y la política de liberalización que impone esta Entidad supranacional a los Estados miembros en determinados ámbitos o actividades, no ha acabado con la categorización de servicio público tradicional, pero ha transformado dicha noción en la categoría de obligaciones de servicio público, que se aplica en actividades liberalizadas que revisten un interés general. Suprimido, en efecto, un determinado servicio público tradicional, sucede que los intereses públicos o colectivos que justificaban la implantación de aquél continúan siendo de necesaria protección y satisfacción*". Ver esta cita en BERMEJO VERA (1999, p. 68).

⁴²³ BOIX PALOP (2001). En el mismo sentido se expresa BEL (2000: p. 25).

dimensiones y efectos (no sólo para Europa).

A continuación en este acápite daré cuenta de estas dos cuestiones de cambio, precisando que a diferencia de lo afirmado expresa o implícitamente por un sector importante de la doctrina peruana⁴²⁴, no podemos copiar en su integridad o parcialmente los institutos comunitarios pensados en un contexto y para acometer una realidad de integración determinada, siendo ambas cuestiones muy distintas a la que nos tocó vivir desde nuestra subsidiariedad y liberalización de los noventas, las cuales se implantaron sin que tengamos una categoría de servicios públicos medianamente reconocible en el Derecho positivo de la época (incluso en el actual), tanto que no podría arriesgarme a afirmar que poseemos una noción histórica de esta técnica prestacional⁴²⁵ (capaz de mostrarse como un reflejo a contrastar en los momentos actuales). El servicio público peruano ha seguido un camino desordenado, sin mucha dogmática y de reconocimiento bastante más reciente, necesitando más bien una explicación que no se basa necesariamente en la mera transposición mecánica de importantes conceptos foráneos (aunque puedan usarse en su sustancia, siempre se necesita de una obligatoria adaptación).

Pero volvamos a la realidad comunitaria. En primer lugar, el SIEG o servicios con alto contenido económico es la técnica instrumental comunitaria que se introdujo para permitir el establecimiento del mercado único y la preeminencia de éste, dejando que la prestación de diversos ámbitos y actividades corra por cuenta y bajo responsabilidad de los privados⁴²⁶, siempre en espacios de "economía abierta y libre competencia"

⁴²⁴ Esto lo digo por la tendencia de objetivización, funcionalidad y señalamiento por actividades esenciales para el interés público o los derechos constitucionales, cercana a la postura comunitaria, que presenta mucha doctrina peruana al momento de ensayar una definición acerca de nuestro actual servicio público. Al respecto, sobre la tesis criticada y que se revisará luego, es importante tomar en cuenta a HUAPAYA TAPIA (2015, p. 386) y DANOS (2008: pp. 259-262)

⁴²⁵ Estas dificultades se pueden demostrar con la escasa doctrina administravista existente en el Perú durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, según lo hizo presente BACA ONETO (2010: pp. 648-652).

⁴²⁶ A mediados de los noventa del siglo pasado se abriría una acelerada desaparición de los monopolios tal como sucedió con el caso de las telecomunicaciones. En este punto, es que en el ámbito comunitario que el Estado abandona el control de la gestión para pasar

(donde puedan y deban existir dada su rentabilidad empresarial). Este figura, que prescinde de toda alusión conceptual a la publicatio y la titularidad pública⁴²⁷, se incluye de manera expresa en el artículo 86º.2 del Tratado de la Comunidad Europea⁴²⁸ que señala lo siguiente:

“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la comunidad”.

De manera posterior, como bien lo ha reseñado el profesor MUÑOZ MACHADO⁴²⁹, una serie de instrumentos y fuentes de Derecho comunitario fueron perfilando la confusa naturaleza jurídica de esta técnica (el Tratado de Amsterdam, el artículo 36 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, una profunda y reiterada jurisprudencia del TJCE y no pocos documentos de la Comisión Europea⁴³⁰)

a ser un garante del correcto funcionamiento del servicio mediante la regulación del mercado.

⁴²⁷ Ver estas alusiones a lo largo de la obra de LAGUNA DE PAZ (2009).

⁴²⁸ El profesor LÓPEZ-MUÑIZ resalta también el artículo 90.2 del Tratado constitutivo aludido, pero reconoce que en general ninguna ninguna norma de este instrumento "permite discernir con precisión el alcance conceptual de estos servicios de interés económico general y de la noción de la misión específica que les fuera confiada. No obstante, ha prevalecido la tendencia a asociar estos conceptos a lo que en los países latinos se vincula más o menos difusamente con la noción de servicio público". Ver esta cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 143).

⁴²⁹ Ver esta evolución en la obra de MUÑOZ MACHADO (2004: pp. 1132-1134).

⁴³⁰ Un documento muy interesante es la comunicación producida por la Comisión Europea denominado "Los servicios de interés general en Europa" de febrero del 2003. Ver el siguiente enlace para descargar el documento: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126087> (Última revisión 7/03/2017).

Aunque esta técnica no es objeto directo de estudio en este capítulo, por ser una creación posterior a los SIEG y estar *materialmente* emparentado con nuestros servicios sociales y de asistencia, pertenece y debe ser tomado en cuenta como técnica surgida en este proceso de reforma comunitaria de la intervención prestacional. En ese sentido, y siguiendo la comunicación aludida, bien vale la pena asumirla como un medio para

, apareciendo algunas sucesivas reformas que fueron incorporadas al original Tratado de constitución de la organización supranacional, siendo la inclusión más importante el actual artículo 16 del Tratado de la Comunidad Europea que recoge la responsabilidad pública de los Estados miembros en el mantenimiento, ordenación y cumplimiento de fines del aparato prestacional basado en los SIEG:

"Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

Esta noción construida por la necesidad de la integración, se agrega preferentemente por sobre otras técnicas prestacionales de muchísima tradición en los países latinos de la CE⁴³¹, como el mentado y polivante

buscar cohesión social y territorial, siendo completamente distinta "a los servicios ordinarios en la medida en que los poderes públicos consideran que cubren una necesidad incluso cuando el mercado no hace suficientemente rentable la prestación de tales servicios. El concepto de servicios de interés general se basa en la preocupación por garantizar en cualquier lugar un servicio de calidad a un precio accesible para todos. Contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato que es la base del modelo europeo de sociedad". Debe agregarse, a partir de lo afirmado por el profesor LAGUNA DE PAZ, que los servicios de interés general son un título de intervención conformado por prestaciones sustanciales a ser brindadas en adecuadas condiciones de acceso, precio y calidad, "que incluyen a los llamados servicios sociales (sanidad, educación, seguridad social, servicios asistenciales). La cuestión es que estos servicios no se organizan prioritariamente como actividades económicas, ya que priman los criterios de solidaridad y cohesión social. Esto explica que no se apliquen a estos principios las reglas del mercado interior". Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (2016: p. 21).

Finalmente, debo dejar sentado que esta técnica comunitaria que aparece apartada del Derecho de la competencia y el mercado interior, ha sido extrapolada de manera poco reflexiva e implícita por parte de los defensores peruanos del reduccionismo de la subsidiariedad horizontal (TDAC del INDECOPI y otros autores que defienden el fustigado "precedente" antes analizado) para justificar que este principio constitucional no se aplica sobre la asistencia sanitaria y otros ámbitos de corte social. Al respecto, debo reafirmar que no se puede copiar una figura extranjera sin entender el contexto y las fuentes que lo originan, para pasar luego por un forzoso proceso de adaptación al Derecho nacional, además de su entender su pertenencia a un Derecho supranacional que buscaba sobreponerse y acometer sus problemas políticos internos, tal como bien lo resume LAGUNA DE PAZ (Ob. cit, p. 20).

⁴³¹ El profesor ha señalado que la expresión servicio de interés económico general

servicio público⁴³² que no encontraba ningún tipo de dato o uso histórico en otras realidades como la escandinava o anglosajona y además se encontraba en un franco deterioro desde los años ochentas. Sobre esto último, se reconoció que esta etapa de crisis para este instituto supuso, en base a un montón de presupuestos (algunos descartados o amenguados en la actualidad como el valor absoluto de la liberalización), que "*el servicio público había muerto*"⁴³³. Como veremos luego en la explicación de la segunda manifestación de este proceso de reforma, la técnica sólo se redujo de alcance conceptual, quedando asignada a unos papeles menos relevantes que los asumidos en las últimas décadas de apogeo del Estado social en varios de los países miembros⁴³⁴.

Ahora bien, y como he deslizado en una cita anterior, debe entenderse que un buen sector de la doctrina distingue entre los SIEG y servicios de no mercado. Los primeros son de carácter prestacional y aparecen siempre a cambio de una retribución económica por su uso y disfrute. En ese sentido CARLÓN RUIZ señala "*que la Comisión Europea identifica como servicios de interés económico general son, en todo caso, actividades de cariz prestacional*"⁴³⁵. A este inicial concepto material, el profesor LAGUNA

reemplazó al servicio público por no tener equivalencia similar en muchos países comunitarios como Alemania; Austria, Reino Unido, Holanda; Irlanda; Suecia; Finlandia o Dinamarca. Ver estas cuestiones en VÍRGALA (2001: p. 54).

⁴³² Por eso se afirmó que el servicio público constituye una noción carente de definición legal, pero de connotación intuitiva y, por tanto, esencialmente dogmática. Ver estas posiciones en PAREJO ALFONSO (2004: p. 52) y MALARET I GARCIA (1998: p. 50).

⁴³³ MUÑOZ MACHADO (2004: p. 1130).

⁴³⁴ En cualquier caso, el que se ha visto afectado en este proceso es el servicio público clásico o de sentido estricto planteado por el profesor francés DUGUIT, que causó en su momento un amplio debate y las más variadas teorías de ampliación y reducción. Esta técnica fue construida para que el Estado acuda, de forma inmediata a satisfacer las necesidades primordiales de la población bajo la "publicatio" o declaración legal de interés público que era una manera de reservarse a sí mismo y excluir a los particulares de la prestación y titularidad. Este concepto sí ha quedado en franca retirada a partir de los descritos cambios comunitarios.

Dicho esto, vuelvo a la realidad peruana, cabe preguntarse si estos procesos y construcciones dogmáticas pueden ser predicadas abiertamente en nuestro derecho, y la verdad es que no encuentro mucho fundamento para intentar forzar -exclusiva, expresa o implícitamente- definiciones tomadas desde los institutos comunitarios. Aunque éstos puedan parecer fascinantes y dogmáticamente elevados. La conquista por explicar de mejor manera nuestro derecho administrativo prestacional se basa en tener un arsenal de técnicas que se adapten directamente a nuestras fuentes, y puedan ser utilizadas de manera casuística, previo análisis específico, sin generalizaciones e intentos por respuestas mecánicas o apriorísticas.

⁴³⁵ CARLÓN RUIZ (2009: p. 494).

DE PAZ añade un carácter finalista pues estas actividades prestacionales deben satisfacer efectivamente las "*necesidades esenciales de los ciudadanos (energía, transportes, telecomunicaciones, servicios financieros, etc.)*. Al mismo tiempo constituyen el soporte para la realización de la mayor parte de las actividades productivas. De ahí que tengan una influencia decisiva en la localización de inversiones, la competitividad y el bienestar general"⁴³⁶.

De este modo, estos SIEG brindados en el mercado interior se alejan completamente de las "*funciones públicas, consustanciales al Estado, que comportan el ejercicio de autoridad*"⁴³⁷ y aparecieron coincidentemente con la creación de la Comunidad Europea, para concentrarse en prestaciones diversas con un criterio material que sobrepasan y se expanden por sobre aquellas que tienen introducidas las denominadas obligaciones de servicio público⁴³⁸ tal como lo demostró en su momento LAGUNA PAZ⁴³⁹. Por eso,

⁴³⁶ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 92). En el mismo sentido, el profesor LÓPEZ-MUÑIZ, luego de un obligatorio deslinde, emparenta -de cierta manera- a los SIEG con los servicios esenciales económicos, entendiendo que la "*expresión podría tomarse en un sentido bastante más amplio -como a veces se ha utilizado en la aplicación del ordenamiento comunitario-, porque lo conceptuable como interés económico general incluye, desde luego, la satisfacción de los derechos fundamentales del modo que han de hacerlo los servicios esenciales, pero, en su sentido literal, podría abarcar bastantes más objetivos y acciones. Sin embargo, a la vista de lo expuesto, podemos entender -siquiera sea, por nuestra parte, provisionalmente- que los servicios de interés económico general vienen a coincidir en realidad con los servicios esenciales que sirvan necesidades prevalentemente económicas (no educativas, informativas, culturales, asistenciales, etc.)*". Ver esta cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: pp. 144-145).

⁴³⁷ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 92).

⁴³⁸ Las obligaciones de servicios públicas comunitarias pueden ser entendidas en sentido amplio y recortado, debiendo ser correctamente discriminadas y filtradas para evitar una ampliación innecesaria del concepto, asumiendo consecuentemente una incorrecta compensación por determinadas imposiciones en sectores. En ese sentido, el profesor LÓPEZ-MUÑIZ señala que la versión amplia implica "*muchas obligaciones que se pueden imponer por el Derecho a los gestores u operadores de servicios esenciales que, por aplicarse por igual a todos los del mismo tipo de servicio esencial y por entenderse razonablemente que son exigibles como limitaciones o condicionantes naturales de la libertad de empresa que se ejerce en ese campo -dada la naturaleza de la actividad en cuestión-, perfectamente integrables, por ende, en la común gestión de ese servicio sin que deje de ser económicamente satisfactoria, son calificables como obligaciones generales de cada servicio esencial, en un marco espaciotemporal determinado, sin generar por lo tanto derecho compensatorio alguno*". Mientras que el sentido más correcto y acomodado, que habilita a la compensación económica individualizada es aquel que las identifica como "*otras obligaciones que, por implicar prestaciones inevitablemente deficitarias o que no se llevarían a cabo con criterios de mercado, y que tampoco puede razonablemente exigirse su integración o absorción en el conjunto de la gestión común del servicio esencial de que se trate, o que han de imponerse o se imponen sólo a unos determinados operadores (o se contratan con ellos) pero no a todos, tienen una evidente naturaleza ablatoria y demandan justa compensación con cargo a una aportación financiera pública que puede provenir de*

aunque pueda considerarse como un "supra concepto comunitario" que se relaciona con la segunda noción, y que terminó absorbiendo o modificando las técnicas prestacionales originales de los Estados miembros, no puedo compartir la tesis de objetivización y de reducción material que plantea VÍRGALA para quien los SIEG pueden ser concebidos como "*servicios públicos no tanto en su vertiente subjetiva – como empresas u organismos pertenecientes al ámbito público – sino de manera objetiva o funcional como misión de interés general de la que habla el Derecho Comunitario y que se traduce en la imposición a determinados servicios de interés económico general de las denominadas por la doctrina francesa de obligaciones de servicio público*"⁴⁴⁰.

En este punto, bien vale pena reforzar el valor del mercado y, de manera secundaria y asumiendo su carácter totalmente no definitorio, de las citadas obligaciones de servicio público⁴⁴¹, como elementos que permiten algún nivel de diferenciación entre las confusas técnicas que trajo consigo el descrito proceso de comunitarización. Así, como bien reconoce MUÑOZ MACHADO aparecen cuatro grandes técnicas:

- i) Desde la búsqueda de cohesión social y territorial (y con un nivel de concurrencia privada y pública

los presupuestos públicos o que puede proceder de las cargas económicas que al efecto se impongan a los operadores del sector, mediante la técnica de los fondos afectados". Ver estas dos citas en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 150).

⁴³⁹ LAGUNA DE PAZ (Ibidem, p. 92).

⁴⁴⁰ VIRGALA FORURIA (2001: p. 44, 55). Esta misma posición es compartida por FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ (1999: 68-69). Esta visión objetiva o funcional se traduce a razón de los mencionados autores en la imposición de obligaciones de servicio público, para con ellas ofrecer al ciudadano la garantía de servicios de buena calidad a un costo accesible, habitualidad (continuidad), independientemente de quien sea el que presta el servicio si es el operador es privado o público.

⁴⁴¹ Como se puede extraer de la definición estricta planteada en un anterior pie de página, las obligaciones de servicio público se encuentran destinadas a satisfacer las necesidades colectivas de los ciudadanos comunitarios de manera proporcional, continua, en igualdad de acceso, adaptación, seguridad, universalidad, participación, calidad en el servicio, apareciendo así instrumentos de financiación de las actividades impuestas (que permitan compensar al operador), así como de los instrumentos de control del cumplimiento de estas obligaciones. Por lo dicho es que siguiendo a LAGUNA DE PAZ (2009: p. 390), las obligaciones de servicio público tiene como notas centrales de definición el ser: (i) prestaciones forzosas, (ii) de carácter singular dirigido a empresas concretas, (iii) son voluntariamente asumidas o en su defecto impuestas al operador designado, y por último (iv) se desarrollan bajo la cobertura del principio de indemnidad patrimonial.

que se asemeja mucho a nuestros servicios asistenciales sanitarios), los servicios de interés general son "*todos los que los poderes públicos consideran que reúnen tal interés e imponen, por ello, obligaciones de servicio público; pueden ser servicios que operen en el mercado o fuera del él*"⁴⁴².

- ii) Luego, los SIEG, el objeto central de estudio de este acápite, aparecen reconocidos en el citado artículo 86 del Tratado de constitución de la CE configurándose como una técnica objetivizada⁴⁴³, de pleno ánimo de lucro y con un "*régimen jurídico singular*"⁴⁴⁴ que permite a todos los Estados miembros la implantación de los "*servicios de mercado a los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio públicos*"⁴⁴⁵.
- iii) En tercer lugar, y ante un reacción sostenida y muy fuerte de la doctrina y estamentos franceses, el servicio público aparece imprecisamente reconocido por instrumentos comunitarios a través de un sentido más funcionalizado (perdiendo preponderancia el sentido orgánico), para quedar concentrado objetiva e imprecisamente tras las obligaciones de servicio público, las cuales aparecen para tutelar y evitar

⁴⁴² MUÑOZ MACHADO (2004: p. 1137). Los servicios de interés general claramente se concentran en la educación, salud, seguridad social, protección social, vivienda protegida entre otras. Al respecto, pueden revisarse a FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ (1999: p. 70) y VIRGALA FORURIA (2001: pp. 53-55).

⁴⁴³ Ver esta característica de la definición de los SIEG en MONTERO PASCUAL (2004: p. 236).

⁴⁴⁴ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 92).

⁴⁴⁵ MUÑOZ MACHADO (2004: p. 1137).

que *"la desaparición del monopolio en la titularidad pública no lleve consigo una desatención de todo lo que no sea económicamente rentable"*⁴⁴⁶.

- iv) Por último, aparece la foránea técnica del servicio universal⁴⁴⁷, agrupación mínima de prestaciones que reconocida desde los comienzos de la liberalización comunitaria en 1987⁴⁴⁸ aparece destinada a *"garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores"*⁴⁴⁹. En ese sentido, la tutela pública debe permitir las prestaciones declaradas como servicio universal siempre en condiciones de continuidad, calidad y precios asequibles que permitan alcanzar dos objetivos: el primero que todos los ciudadanos de un país miembro cuenten con una prestación mínima del servicio (así no cuenten con la capacidad económica suficiente)⁴⁵⁰. Y, en

⁴⁴⁶ BERMEJO VERA (1999, p. 68).

⁴⁴⁷ El servicio universal es una noción de origen norteamericano que aparece recogida en el Tratado constitutivo de la Unión Europea y en el específico proceso de liberalización de las telecomunicaciones comunitarias. Esta técnica prestacional es una sub-especie de las obligaciones de servicio público antes aludidas y aparece también acogido funcionalmente dentro de los SIEG, a fin de satisfacer de mejor manera el acceso y calidad prestacional de la mayor parte de la población europea.

⁴⁴⁸ El servicio universal aparece incorporado por primera vez en el Libro verde de junio de 1987 referido al desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones COM (87) 290. En 1992 se incorporó el término en el ordenamiento español de los servicios postales. Y finalmente mediante Directiva N° 96/19/CE, de 13 de marzo de 1996, que modificó la anterior Directiva N° 90/388/CEE, referente a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, también se hizo referencia al servicio universal. Se puede apreciar en los instrumentos ya mencionados que el servicio universal se acompaña y obedece a las obligaciones impuestas a un operador en aras de alcanzar la solidaridad y cohesión social aunque el servicio no sea rentable. Es necesario señalar que en el mencionado año 1996 también se expidió la Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en referencia a las comunicaciones móviles y personales, la cual resulta también importante en el propósito de descubrir la categoría en el Derecho comunitario.

⁴⁴⁹ MUÑOZ MACHADO (2004: p. 1138).

⁴⁵⁰ Ver esta postura en la obra de DE LA QUADRA SALCEDO (2009: p. 18).

segundo lugar, que el acceso a los servicios universales se puedan dar independientemente de la localización geográfica, de modo continuo y con la provisión de un horario ininterrumpido⁴⁵¹ (por ejemplo ver el artículo 34º, párrafo 1 R.D N° 424/2005)⁴⁵².

Después del listado de técnicas comunitarias, quiero abrir un espacio para la puntualización del régimen de los SIEG a fin de dotarlo de cierta complejidad, y siempre con alguna referencia comparatista al Derecho peruano. En nuestro medio se valora -de manera absoluta- la libre iniciativa y competencia en la búsqueda de un mercado abierto y sin fronteras propias del derecho comunitario⁴⁵³, convertidas en pilares de la técnica del SIEG, pero a continuación se olvida abiertamente que la misma es tan maleable que admite -por excepción- la aparición justificada de derechos exclusivos, la participación recurrente de empresas públicas como operadores (sometidas a las reglas del mercado interior y la competencia)⁴⁵⁴ y que incluso estas últimas puedan aparecer "*dotadas de prerrogativas que las sitúe en una posición de desigualdad en relación con las empresas privadas y fuera de las reglas de competencia*"⁴⁵⁵. De nuevo, y eso es una buena lección para nuestro Derecho, las técnicas e institutos jurídicos siempre deben nacer y construirse jurídicamente para servir a

⁴⁵¹ Ver estas cuestiones en las obras de VÍRGALA FORURIA (2001: p. 61); DE LA QUADRA SALCEDO, T.: (1995,132).

⁴⁵² La gran problemática de los servicios universales ha quedado concretada en determinar quién será el responsable de garantizarlas y el mecanismo de financiación. Al respecto, el profesor VÍRGALA señala tres probables supuestos para la financiación del servicio universal: 1) el reequilibrio financiero interno mediante subvenciones cruzadas, es decir, la transferencia de fondos desde los sectores reservados al operador dominante para sufragar el coste de las específicas prestaciones, siendo el sistema menos coherente con la liberalización (tal como sucedió en los servicios postales). 2). La subvención externa mediante diversos instrumentos financieros (fondo de compensación financiera alimentada por contribuciones específicas), que por ejemplo aparecen prohibidos en las telecomunicaciones y transportes españoles y, 3). La subvención exterior formada por los derechos de acceso que los suministradores sin obligaciones de servicio universal, deben pagar al que gestiona la red, además de los derechos de acceso a la infraestructura. Ver esta postura en VÍRGALA FORURIA (2001: p. 65).

⁴⁵³ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 93).

⁴⁵⁴ MUÑOZ MACHADO (2004: pp. 1138-1139).

⁴⁵⁵ MUÑOZ MACHADO (Ibidem, p. 1139).

propósitos claros, apareciendo como concretos medios utilitarios y flexibles, nunca como ejes conceptuales que se expanden indefinidamente o meras nomenclaturas vacías de contenido.

Pero también es posible extraer otra importante conclusión de la aplicación de esta técnica y los sentidos jurídicos de la liberalización comunitaria que había adelantado. Los SIEG surgen en actividades con mucha fuerza, pero desplegándose poco a poco por ámbitos muy concretos y en muchos casos mezclados con servicios públicos estrictos (dos regímenes distintos de prestaciones con la misma naturaleza y en medio de un mismo marco liberalizador). Esto, en su momento esto sucedió con los servicios postales españoles de finales de los años noventa, situación que fue reconocida y advertida por LÓPEZ-MUÑIZ como una *"nueva y compleja regulación (...)* Por el momento, más allá de la declaración inicial de liberalización, todo parece indicar que la nueva Ley no hace sino respaldar la situación fáctica que se había ido creando, en la que sólo ciertos servicios rápidos o de calidad son los que quedan realmente abiertos a un mercado competitivo. Otra prueba de que despublicatio no equivale necesariamente a «privatización» y de que la liberalización admite muchas graduaciones"⁴⁵⁶.

En ese sentido, la segunda y última lección que deja este proceso complejo y sus técnicas explicadas es la necesidad de siempre extraer un sentido jurídico para nociones polisémicas como las presentadas, asumiendo la necesidad de discriminar, adaptar y armonizar en sede nacional cualquier concepto importado (impuesto por soberanía compartida o surgido en las construcciones propias de la doctrina). Sólo un proceso reflexivo, de esenciales responsabilidades impuestas sobre el legislador (y en menor medida por las administraciones públicas competentes), puede evitar la positivización impetuosa de regímenes prestacionales desordenados y que no presentan un contenido que se condice con su nomenclatura (normativa), sin perjuicio de mostrar posibles excesos y afectaciones a derechos de terceros (por extraer reglas mal ensambladas y asumidas).

⁴⁵⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 146).

Sobre esto último, como bien indicaba LAGUNA DE PAZ para referirse a la transposición española de los SIEG, que en este dificultoso camino resultaron decisivas y extremadamente determinantes (de manera casi similar), *"la liberalización y armonización de las legislaciones de los Estados miembros realizada por la UE. La razón está en que, de lo contrario, la actividad debe realizarse en las condiciones fijadas por la normativa nacional. La disparidad así resultante pondría en serio riesgo el mercado interior y la efectividad de las libertades comunitarias"*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 40). El autor repitió esta misma prevención en su reciente obra de Derecho administrativo económico indicando que la *"armonización normativa resulta esencial para la efectividad del mercado interior, al reducir sustancialmente la discrecionalidad de los Estados en la configuración de su régimen jurídico"*. Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (2016: p. 98).

CAPÍTULO IV. LA LIBERALIZACIÓN DE SECTORES EN PERÚ

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PRESTACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PERUANA.

Habiendo efectuado un breve recorrido por la liberalización española (y comunitaria) en el anterior capítulo, siempre en un afán de búsqueda de conceptos y para comparar los orígenes y desenvolvimiento del influyente proceso europeo respecto de nuestras fuentes y conceptos, en esta parte quisiera regresar al Derecho peruano a fin de cumplir con el objetivo de explicar la liberalización nacional. Estas cuestiones de fondo se centrarán en datos sobre este fenómeno distinto ocurrido desde inicios de los noventas y la consecuente transformación de sectores de fuerte contenido prestacional, reflejada en la lenta desaparición de la técnica de los servicios públicos en estricto, la aparición fulgurante y desconocida del servicio esencial y la imposición (velada) de algunas obligaciones de servicio público. En ese sentido, muchos de los fundamentos que se presentarán en esta parte tienen bastante de posición personal y tesis minoritaria, puesto que en el país se ha asumido una postura de objetivización y funcionalidad de una única noción de "servicio público" post-liberalización (que aparece con rasgos de la técnica comunitaria de los SIEG⁴⁵⁸). Esto último sin mayores reparos por armonizar, ampliar el arsenal de institutos

⁴⁵⁸ Un desaparecido autor peruano hizo mención, cuando los cambios constitucionales de la CP empezaban a brindar los primeros espacios de reflexión para nuestro Derecho administrativo económico, que en el Perú se había instalado un "*nuevo servicio público (...) en el que las actividades comprendidas dentro de él, son de fuerte contenido económico, abierto a la libertad competencia, con libre acceso al mercado, en el que debe primar la libertad de contratación y en donde los precios sean consecuencia de la oferta y la demanda, pero siempre con obligaciones de "servicio público"*". Ver esta cita en SANTISTEBAN DE NORIEGA (2006, p. 34).

Esta anterior postura que utilizaba un nombre de un importante libro español, a mi modo de ver acierta en describir las características de la realidad imperante en buena parte de nuestras actividades prestacionales, incluso planteado la necesidad de establecer un adjetivo para identificarlas como distintas. El gran desacierto de esta posición ha sido el no construir un régimen jurídico que contenga a la denominación, a fin de superar al servicio público sin correlato conceptual que aparece en las normas infra-constitucionales, concentrándose sólo en la reducción funcional del contenido de este supuesto "nuevo servicio público" bajo el cual no quedarían incluidos las potestades públicas, ni las "*actividades necesarias para la existencia misma del Estado (...) ni las necesidades privadas que son generales (alimentación y vestido"*". Ver esta última cita en SANTISTEBAN DE NORIEGA (Op. cit, p. 36).

prestacionales y evitar el olvido de las fuentes propias.

Es necesario precisar en primera instancia, para entender los impactos que ha ocasionado el reconocimiento constitucional de la subsidiariedad social sobre las intervenciones prestacionales administrativas, que este principio al colocar a las personas como el centro de las actividades económicas y sociales del país (ver el artículo 1 de la CP) y asumir una posición empresarial estatal recortada, secundaria y siempre sometida a la voluntad habilitante del legislador (ver el artículo 60 de la CP), presentó el marco perfecto para la recuperación del impulso protagónico de los privados, la expansión del mercado y la consecuente transformación de los sectores diversos con una fuerte presencia del principio pro libertate y de los términos propios de la libre competencia (principalmente manifestados en los ámbitos de contenido económico y prestacional).

En adición, un elemento constitucional clave que se suma a la subsidiariedad horizontal y que terminó por brindar la delimitación de la reforma prestacional fue la prohibición expresa y sistematizada recaída sobre los monopolios y cualquier forma de reserva prevista por norma legal a favor de manos públicas y privadas⁴⁵⁹. El Constituyente en el artículo 61 de la CP indicó claramente que: "*Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios*". Al respecto, esta regla terminante y de promoción de la competencia⁴⁶⁰ -que pasó desapercibida para buena parte

⁴⁵⁹ Sobre lo antes descrito, el profesor BACA indicó claramente que existió un cambio radical en la CP respecto de su desordenada antecesora de 1979 que prohibía los monopolios pero a la par permitía la reserva de sectores a favor del impulso público. Por eso afirma el profesor peruano que la actual Constitución "*desaparece cualquier referencia a la reserva de actividades, aunque no toda mención a servicios públicos*". Ver esta cita en BACA ONETO (2009, p. 379).

⁴⁶⁰ En este último punto estoy de acuerdo con la posición de BULLARD en cuanto a que esta regla constitucional es una clara forjadora del Derecho de la competencia peruano. Indicaba este profesor que a "*la luz de los conceptos señalados en los puntos anteriores uno puede entender la notoria diferencia existente entre la Constitución de 1979 y la de 1993. Casi podríamos decir que la evolución del Derecho de la Competencia en sus más de cien años de existencia está resumida en la variación de 14 años entre el texto del 79 Y el texto del 93*". Ver esta cita en BULLARD (2005: p. 825)

de la doctrina peruana en sus desarrollos posteriores⁴⁶¹- impactó de manera directa sobre todos los regímenes prestacionales que fueron contruidos por el legislador, llegando al extremo de moldear decidamente el contenido de la técnica prestacional que se denomina como "servicio público", y que aparece escrita o recogida en muchísimas de nuestras normas sectoriales. Este "servicio público" -como justificaré luego- termina siendo una nomenclatura que no predica ni refleja el concepto que intenta señalar.

A partir de lo señalado una conclusión salta a la vista. La imposibilidad constitucional de reserva pública de sectores por ley (o norma reglamentaria), que impediría cualquier posibilidad de implantación del servicio público en estricto porque existe el descarte de uno de sus elementos definitorios: la denominada *publicatio*. Si se quiere, el artículo 61 CP impide la aparición de declaraciones legales de extracción de sectores de manos privadas para ponerlos a disposición de la titularidad estatal en forma monopólica, y más todavía como bien reconoce BACA, cualquier reserva pública formal siempre será contraria al artículo 58 de la CP (y al propio espíritu contenido en la octava disposición final y transitoria), norma constitucional que *"empieza por reconocer que la iniciativa privada es libre. Es evidente que dicha iniciativa no es ilimitada, pero lo cierto es que no debe confundirse entre limitación, propia de la actividad de policía y que implica el sometimiento a una regulación específica y controles (...) y el servicio público, que implica su negación"*⁴⁶².

⁴⁶¹ Los monopolios públicos o privados establecidos por mandato normativo en Perú se encuentran completamente prohibidos según lo ordenado por el artículo 61 de la CP, siendo esta regla clave para identificar las transformaciones de las intervenciones prestacionales de nuestras administraciones públicas. Por lo dicho, es que no estoy de acuerdo con la postura generalista, de vertiente económica y básicamente de referencia a la competencia inter privados que plantea BULLARD en referencia a esta norma constitucional: *"la Constitución de 1993 ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no solo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia"*. Ver esta cita en BULLARD (Op. cit, p. 825).

⁴⁶² BACA ONETO (2009, p. 383). En particular, resulta importante entender que el servicio público estricto es una técnica prestacional en el que las libertades económicas existen de

Ahora bien, la *publicatio* debe ser entendida en su versión original como un acto de declaración recaído sobre una actividad o sector -que desde una ley formal y estricta- designa a esos ámbitos como *servicios públicos*, permitiendo su incorporación al quehacer estatal en titularidad y primariamente, excluyéndolos a continuación de la esfera de actuación de los privados si es que éstos no cuentan antes con una concesión⁴⁶³. Y aunque se duda en la actualidad, este elemento del servicio público tiene y tendrá un valor esencial de discriminación en nuestro Derecho administrativo prestacional.

Siguiendo lo anterior, a pesar que se intente relativizar su valor en nuestra doctrina⁴⁶⁴, la *publicatio* sigue siendo un auténtico medio identificador

una manera muy atenuada y controlada por la organización pública titular, o simplemente desaparecen (esto último justamente por la extracción de las actividades reservadas fuera de su ámbito natural: el mercado). Por eso resulta correcto lo planteado por LÓPEZ-MUÑIZ sobre que en "*un régimen de servicio público propiamente dicho todas estas cuestiones no llegan siquiera a suscitarse porque no hay derechos ni libertades económicas en juego fuera de lo que define en cada caso –si la gestión es llevada a cabo por gestores indirectos– la concesión o el contrato de gestión de servicios. Y si en algún caso tienen también relevancia para los servicios públicos en sentido estricto, será por razones de regulación de su competencia entre sí o con otras actividades que, siendo tipos o modalidades distintas de servicio, pueden tener un carácter alternativo en la práctica para que los ciudadanos satisfagan unas mismas o similares necesidades*". Ver esta última cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 151).

⁴⁶³ Esta formulación inicialmente planteado por el profesor VILLAR PALASÍ aparece recogida en la obra de ARIÑO ORTIZ (2004: p. 582).

⁴⁶⁴ No comparto la postura de R. HUAPAYA a partir del salto metodológico que hace al definir al "nuevo servicio público" de naturaleza objetiva, bajo el cual "*el concepto clásico que lo identifica con la actividad prestacional administrativa, de cariz europeo, hasta el modelo actual que desde una influencia más liberal-económica, propone una noción objetiva del servicio público, el cual se basa ya no en la titularidad estatal del servicio público (la famosa publicatio, concepto acuñado por Villar Palasí), sino en su conceptualización del mismo como un régimen jurídico aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de especial interés general, sujetas a la libertad de empresa, pero también a la intervención r egulatoria del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio*". Ver esta cita en HUAPAYA (2015: p. 371).

Sobre el particular no debe olvidarse que los nuevos vientos sobre técnicas prestacionales que influyeron en nuestro Derecho, no provienen de una corriente liberalizadora indeterminada, son fundamentalmente comunitarios y, en específico, españoles (aunque la liberalización peruana tuvo mucho de influencia norteamericana en su impulso inicial, tal como adelanté en una anterior nota al pie de página). Es más, la objetivización a la que hace referencia en la cita pertenece a una nueva categoría como los SIEG, aunque propiamente tuvo algún reflejo en el servicio público comunitario. Sin embargo, esas técnicas nacieron y se adaptaron en un contexto de integración

aplicable en los casos concretos (de pura comprobación en el dato positivo), que permitiría mantener a determinadas actividades en su real significado y descartar cualquier ampliación (velada) de la técnica que vengo comentando. La *publicatio*, antigua, clásica y prevista desde sus orígenes franceses pos-revolucionarios, sigue siendo el gran medio jurídico para verificar in situ la reconducción de un sector de actividades socio-económicas inicialmente privadas y mantenidas en el mercado hacia la órbita del poder público, siempre con un claro carácter instrumental y destinada a “*imponer la obligatoriedad de la prestación y la regularidad y continuidad en la misma, así como reafirmar los poderes de la administración pública titular del servicio*”⁴⁶⁵.

Por tanto, en lo que nos importa, solo existirá el servicio público en razón de un acto de *publicatio* que permita “*una reserva de titularidad de la actividad o servicio en favor de la actividad o servicio a la administración para que sea gestionada por esta, bien directamente, o bien indirectamente a través de los particulares*”⁴⁶⁶. Y esta posibilidad en el actual Derecho peruano es constitucionalmente imposible, no siendo jurídicamente admisible que aparezcan los caracteres propios de esta técnica, con rasgos monopolísticos y excluyentes con las que la administración pública brinda las prestaciones correspondientes⁴⁶⁷. En suma, en las vigentes

supranacional y con disparidades abiertas entre los Derechos nacionales involucrados. Por eso, no encuentro razón válida para apoyar directamente la inclusión nacional de la objetivización y el descarte apriorístico de un elemento de las técnica clásica del servicio público, así esta última no se use. De nuevo la idea es construir un Derecho prestacional (que no tenemos), antes que basarnos en una sola noción elástica que intenta abarcar todo lo existente, siendo pertinente que la *publicatio* la tengamos dentro de nuestros conceptos para afrontar supuestos concretos.

⁴⁶⁵ BERMEJO VERA (1999: p. 63). Cabe recalcar que este acto formal no ha sido siempre igual, existieron y existirán por decisión o incorrección del propio legislador, declaraciones con diversas modulaciones, intensidades extremas, vaguedades, titularidades parciales planteadas solo sobre una determinada actividad o, simplemente, expresiones para asegurar y controlar la prestación de una actividad que satisface al interés público. Todo esto ha abonado en las confusiones para definir lo que es en puridad el *servicio público*. Al respecto ver estas últimas cuestiones en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999: p. 61).

⁴⁶⁶ BERMEJO VERA (1999: p. 64).

⁴⁶⁷ Estas características fueron puestas de manifiesto -con especial énfasis- en etapas históricas anteriores y posteriores a la segunda guerra mundial, con un claro punto de convergencia de las fuerzas políticas, ideológicas y tecnológicas dirigidas hacia la máxima

circunstancias, la prudencia nos obliga a extraer algunas líneas matrices o básicas para entender este instituto clave del Derecho administrativo (por eso la utilidad de no descartar de plano al elemento señalado)⁴⁶⁸ quedando la noción del servicio público *“solo reservada para las actividades prestacionales de las administraciones públicas (...) en régimen de publicatio de tales actividades, es decir, previa reserva de su titularidad exclusiva a las entidades públicas correspondientes (...) en cuyo caso podrían ser gestionadas por esas administraciones tanto directa como indirectamente mediante contrato con determinados particulares”*⁴⁶⁹.

A partir de estas explicaciones es posible plantear los datos propiamente prestacionales para conectarlos con la reforma y el alcance de la subsidiariedad sobre éste. En primer lugar, la confusión⁴⁷⁰ sobre el uso o no de una supuesta técnica de servicio público en nuestra realidad tiene mucho de donde justificarse pues como bien lo recuerda DANOS *“la Constitución peruana no consagra un concepto unívoco de servicio público. Es evidente que varios de los preceptos que utilizan la noción de servicio público están comprendiendo, bajo la misma denominación, la referencia simultánea a dos conceptos de servicios públicos: (i) algunos de los preceptos se refieren a los servicios públicos como sinónimo de funciones estatales, es decir como una denominación que los identifica genéricamente con el poder público, o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente*

publicación de la realidad. Todo esto se tradujo *“en un monopolio de iure, comprensivo incluso de la propia gestión material; cuando no, se ha excluido esta”*. Ver esta cita en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Op. cit, p. 61).

⁴⁶⁸ Ver esta postura en MARTIN REBOLLO PUIG (1983: pp. 2471)

⁴⁶⁹ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: p. 190).

⁴⁷⁰ La comprensión de esta figura ha sido tremendamente complicada y resbaladiza para la doctrina continental (basta solo ver los clásicos y rotundos enfrentamientos entre HAURIUO, DUGUIT y JEZÉ sobre la base de una vertiente completamente objetiva), los tropiezos jurisprudenciales franceses para volverla un medio delimitador entre los órdenes jurisdiccionales común y contencioso-administrativo, su exagerada reconducción hacia toda actividad administrativa que procuraba la satisfacción de necesidades colectivas (postura que aún es usada vulgarmente en Perú), las tesis contrapuestas que buscaban precisarla desde la inclusión del requisito formal de la *publicatio*.

jurídico que implica el ejercicio o autoridad por parte de las entidades estatales; en cambio, (ii) otros preceptos constitucionales sí utilizan un concepto más moderno de servicio público para referirse a actividades económicas de carácter prestacional, calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por los particulares"⁴⁷¹.

Así, en consonancia con lo anterior, solo hace falta revisar la cantidad de normas constitucionales que tienen aceptado el término (comúnmente para referirse al ejercicio de potestades y tareas públicas), debiendo existir un obligatorio proceso de expurgación para sólo quedarse con aquellas reglas que tiene una referencia directa a una verdadera técnica prestacional con linderos propios y sometidas a la impronta delimitadora de la subsidiariedad social. Y estos son -principalmente- los artículos 58, 192 y 195 de la CP, los cuales se refieren directamente a un cierto aparato prestacional bajo garantía pública que se "fomentará", "promocionará" o "prestará" efectivamente con o sin la participación gestora directa de cualquiera de las organizaciones administrativas de los tres niveles territoriales que actualmente tenemos (estatal, regional y municipal). Todo lo anterior siempre fuera de cualquier posibilidad de monopolios o reservas públicas impuestas por el legislador, aunque este último siempre deberá reconocer formalmente alguna categoría para su desenvolvimiento, tutela garantista y entrega final a los destinatarios⁴⁷².

Esta anterior síntesis, que no necesariamente se refiere sólo a actividades económicas (en el sentido de rentabilización por impulsos empresariales)⁴⁷³,

⁴⁷¹ DANOS (2008: p. 256).

⁴⁷² Esta reserva legal necesaria y obligatoria para aplicar e instrumentalizar una determinada categoría prestacional (sea servicio público, servicio esencial o lo que corresponda), también aparece reconocida como un requisito formal por la otra corriente de la doctrina peruana. Por todos revisar a ZEGARRA (2005: p. 351). En cualquier caso, estimo que el señalado es un presupuesto necesario e indispensable para construir un régimen que deberá incidir sobre derechos de terceros (operadores y usuarios).

⁴⁷³ En este punto me alejo de la doctrina nacional mayoritaria que "*concluye preliminarmente que en la Constitución los servicios públicos refieren a actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar*

es la que finalmente puede pasarse por el tamiz de la liberalización, el principio de subsidiariedad y que deberá configurarse alrededor de conceptos propios de un régimen prestacional, siempre tomando en cuenta el agravante que nunca tuvimos un concepto científico y bien perfilado de servicio público (antecedente que es predicable a toda la intervención prestacional de las administraciones públicas)⁴⁷⁴. Sin embargo, y bien vale la pena la advertencia, por más que el Constituyente utilice la nomenclatura del "servicio público", sus regímenes de desarrollo y las fuentes posteriores se acercan casi de frente hacia a otra técnica jurídico-administrativa, incluso con algunas posibilidades de crear sub-clases internas por criterios materiales.

Finalmente, y como se habrá notado de la anterior explicación, considero que no podemos seguir tratando de conceptualizar las intervenciones prestacionales de manera segmentada o descartando el análisis de una frente a otra por razones diversas, tanto que se puede caer en el no otorgamiento de ningún régimen jurídicamente rescatable a alguna de ellas⁴⁷⁵ (como viene sucediendo hasta ahora con las actuaciones asistenciales, de protección social y la propia enseñanza educativa de diferentes niveles a las cuales se les cataloga simplemente como "servicios públicos" sin decir nada más). En la construcción de un derecho administrativo prestacional medianamente serio debe existir la necesidad de ineludible de dar cobertura jurídica a todas las intervenciones surgidas luego de la liberalización y comandadas por la subsidiariedad horizontal, y en las cuales siempre hará falta respetar el protagonismo de los particulares, la

general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente". Ver esta cita en DANOS (Op. cit, p. 258).

⁴⁷⁴ La falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial peruano de esta figura en etapas anteriores a la liberalización promovida en la década de los noventas del siglo pasado, puede ser repasada en la obra de ZEGARRA (2005). A pesar de esta pobreza de fuentes, no tiene pierda la lectura de las sucintas referencias a las posiciones de diversos autores presentada por RUIZ ELDREDGE (1990: pp 199-203).

⁴⁷⁵ En este punto debemos aprender de la experiencia comunitaria, que tensiones más o menos, terminó categorizando todo tipo de prestaciones en diferentes regímenes y distinguiéndolos por sus naturalezas y funcionalidades propias (los ejemplos clásicos serían los SIEG y los servicios de interés general).

garantía pública sobre muchas de ellas y nunca perder de vista las particularidades técnicas y jurídicas de cada sector. Por eso, en las actuales circunstancias se impone una visión holística que supere una aparente discriminación de sectores contenida en el artículo 58 de la CP⁴⁷⁶, a fin de proponer una categoría jurídico-prestacional (o varias) acorde a las actuales niveles de avance de la iniciativa privada y el mercado.

1.1 EL IMPACTO DE LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA CUESTIÓN ANALIZADA. AVANCES, EXCEPCIONES Y COBERTURA A OTROS INSTITUTOS

En el panorama actual la visión holística que se propondrá no puede dejar de colocar a la iniciativa privada (y los derechos económicos que se ejercitan en relación con ésta) como el eje de cualquier construcción

⁴⁷⁶ El artículo 58 de la CP ha sido intepretado como un listado que puede ser discriminado por materias propiamente económicas frente a otras que no tendrían este carácter ni capacidad de rentabilización en ejercicio de operaciones de mercado. La norma en cuestión indica que "*el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de (...) salud, educación, seguridad, servicios públicos*". Al respecto, la tesis mayoritaria peruana ha asumido que "*esta norma distingue los servicios públicos de las otras actividades señaladas por el Constituyente, indicando claramente que la participación del estado en tales servicios no es ya la expresión de un rol prestacional, ni de una actividad administrativa económica reservada a éste, sino que se vislumbra como un concepto que parte del reconocimiento de que el Estado debe brindar un régimen jurídico para la regulación de ciertas actividades económicas (los servicios) esenciales para la vida en colectividad, y que además tengan especiales características económicas que aconsejen una intervención estatal correctiva sobre la materia, ideas que surgen de la interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 58 de la Constitución, cuando se señala que bajo el régimen de iniciativa privada libre en el marco de una economía social de mercado, el estado cumple un rol de intervención sobre varias actividades, entre las cuales destacan los servicios públicos*". Ver esta postura en HUAPAYA (2015: p. 382).

Como se notará de la cita transcrita muchos de los datos de esta postura preponderante también aparece reconocida y casi prestada en el contenido del "precedente" antes citado del TADC, quizás con algunos agregados (mal extrapolados) propios del Derecho comunitario. En los siguientes acápite, a razon de una propuesta de categoría que plantearé, haré un crítica directa a esta postura.

dogmática. En ese sentido, por consecuencia y materialización directa del principio de subsidiariedad social, siempre es bueno replantear el rol prestacional de las administraciones públicas peruanas (y sus organizaciones económicas: las empresas públicas) y entender que ha existido una pertinente modulación de buena parte de estas intervenciones en diferentes ámbitos en cuanto a la prestaciones brindadas directamente por éstas. Esta situación que se acompañó de un obligatorio proceso de venta de la enorme cantidad de empresas públicas existentes antes de la liberalización de los noventa (desmontaje del aparato organizativo económico de propiedad estatal), se materializó en sectores que se consideraban como tradicionalmente económicos o adaptados a los ejercicios de la libertades y derechos de este corte (servicios de telefonía, electricidad y otros).

Lo anteriormente explicado nunca podrá igualarse a un abandono o exclusión completa de la iniciativa pública gestora. Sólo es un obligatorio y pertinente repliegue debido al constitucional avance del mercado (esto obliga siempre al intérprete a particularizar su análisis por ámbitos). En cualquier caso, el actual papel público -en términos generales- mezcla situaciones de actuaciones prestacionales subsidiarias en varios sectores económicos, protagonismos fulgurantes en sectores prestacionales sociales y un evidente enlace o conjunción de impulsos con los operadores privados en no pocas actividades económicas y sociales (a la sazón otra manifestación más de la subsidiariedad horizontal), tal como se ha podido demostrar en el segundo capítulo de esta tesis.

Sin embargo, vale recalcar que en todos los espacios prestacionales siempre existe un rasgo distintivo que se acompaña desde la prohibición constitucional del artículo 61 de la CP, esto es que las leyes peruanas nunca permiten la retención estatal de la titularidad del correspondiente sector o sub-sector⁴⁷⁷. Así incluso estas normas habiliten a la organización

⁴⁷⁷ Existe una excepción de discutible constitucionalidad a esta correcta tendencia del legislador peruano. Ésta aparece recogida en el reformado numeral 7.4 de la ley No. 28583, ley de reactivación y promoción de la Marina mercante nacional, por la cual el

administrativa competente con unas intensas potestades administrativas de modulación y control sobre los correspondientes operadores, lo cual como bien indicó BACA ONETO son finalmente muestras de un típico régimen de policía administrativa traducido "*en una actividad de ordenación o constricción, cuando se limita la actividad de los particulares o le imponen ciertas obligaciones*"⁴⁷⁸.

Sin embargo, estas cuestiones reseñadas que pueden mostrarse como comunes y reflejos permanentes de materialización del señalado principio constitucional, conviven con dos excepciones que aparecen escondidas tras nuestras heteróneas normas legales sectoriales, las cuales a veces pasan desapercibidas y escapándose a los linderos constitucionales. Por un lado, el encumbrimiento de opciones de puro mercado tras la nomenclatura del servicio público (transporte urbano) y, en segundo lugar, la aparición de una excepcional pero auténtica *publicatio* que daría lugar a señalar la existencia de un servicio público en estricto que se resiste a desaparecer (el servicio de cabotaje de la Marina de Guerra del Perú). Sobre estas dos opciones puedo señalar que:

- i) En primer lugar, el artículo 2 del vigente Decreto Legislativo No. 651 declaró de manera contradictoria que la "*prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros es de libre acceso, previa autorización de las Municipalidades provinciales y Metropolitana de Lima, siempre que se cumplan los requisitos y características operacionales establecidas en las normas respectiva*". Es más, estos enredos

"transporte de hidrocarburos en tráfico nacional o cabotaje queda reservado hasta en un veinticinco por ciento (25%) para los buques de la Marina de Guerra del Perú, por razones de seguridad y defensa nacional, alto interés público y conveniencia nacional". Así, la entidad administrativa militar al ser titular de esta porción del sub-sector, según indica esta norma de reserva, "*efectuará el tráfico señalado operando directamente sus buques, los cuales no podrán ser fletados o cedidos en cualquier forma a terceros, para realizar estas operaciones de transporte de hidrocarburos*".

⁴⁷⁸ BACA ONETO (2009, p. 369).

de categorías se suceden uno tras otro después de revisar lo que el legislador incluyó en varias partes de la posterior LGTT⁴⁷⁹ tales como la definición de servicio de transporte ligada a la "*actividad económica que provee los medios para realizar el Transporte Terrestre*", presentando además el rol estatal concentrado en un principalísimo fomento de "*la inversión privada en (...) servicios de transporte, en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes*", además de promover "*la libre y leal competencia en el transporte*", cumpliendo intervenciones prestacionales subsidiarias para ciertos ámbitos que "*siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado*".

Las anteriores cuestiones demuestran que a pesar de la aparición del término servicio público, estamos ante un cabal y absolutamente reconocido "mercado del transporte urbano" (al menos de las operaciones vehiculares realizadas sobre vías citadinas), que se basa en el acceso abierto, la concurrencia y la libertad de empresa, entre otros derechos aplicables a los múltiples prestadores privados intervinientes. Este mercado, en una situación excepcional de flaqueza e imposibilidad de satisfacción de necesidades de ciertos usuarios (situación que hasta ahora no ha ocurrido), podría verse complementado por un residual y garantista actuación prestacional pública. De nuevo estamos ante un mercado operado

⁴⁷⁹ Los artículos de estas normas que se citarán aparecen en los artículos 2, 4 y 5 de la LGTT.

íntegramente por privados sumado a una posibilidad pública prestacional⁴⁸⁰, componentes que de ninguna manera encajan en el servicio público en estricto, por ende en la regulación del transporte urbano no debería aplicarse institutos o cuestiones propias de esta última técnica prestacional, aunque nuestro desorden y falta de bases nos siga llevando por otros rumbos⁴⁸¹.

- ii) En segundo lugar, el legislador peruano se resiste a olvidar al servicio público estricto, pero ahora si correctamente presentado mediante sus elementos definitorios, aunque con no pocas dudas de cara al artículo 61 de la CP. Al menos esto puede asumirse cuando aparece una muy estricta *publicatio* que extrae un sub-sector del servicio de cabotaje para ciertas operaciones del "*transporte de hidrocarburos en tráfico nacional*" quedando "*reservado hasta en un veinticinco por ciento (25%) para los buques de la Marina de Guerra del Perú, por razones de seguridad y defensa nacional, alto interés público y conveniencia nacional*". Incluso esta *publicatio* extiende sus efectos y obliga a la gestión directa por parte de la flota

⁴⁸⁰ Para revisar otras cuestiones de la operación del transporte vehicular urbano y su soporte material se puede acceder a los trabajos de VINCES (2011) y VIGNOLO (2014).

⁴⁸¹ En este punto me refiero, entre otras distorsiones existentes, a la utilización de la concesión municipal que se resiste a salir de este mercado (ver el artículo 17 de la LGTT), quedando marcada como el título habilitante que se otorga para ciertas operaciones del transporte vehicular urbano (las desarrolladas en vías saturadas), a pesar que ésta aparece como el medio por excelencia para permitir la gestión privada de prestaciones del servicio público estricto. En cualquier caso la situación del régimen de estos títulos habilitantes se complica aún más cuando para las vías no saturadas se permite la utilización de una autorización municipal (que permite el ingreso del correspondiente operador privado). En estos casos, considero hemos entrado (y no podemos salir) en un fenómeno vicioso bastante recurrente en nuestro Derecho, que permite la intercambiabilidad abierta y por facilidades de otorgamiento entre estos dos institutos aludidos. Sobre esto último, pero desde una visión española, puede revisar a GARCÍA PEREZ (1997).

auxiliar de esta importante entidad administrativa militar, debiendo efectuarse "el tráfico señalado operando directamente sus buques, los cuales no podrán ser fletados o cedidos en cualquier forma a terceros, para realizar estas operaciones de transporte de hidrocarburos". (ver numeral 7.4 de la ley No. 28583).

Esta declaración legislativa, a desmedro de la prohibición constitucional recaída sobre los monopolios y reservas públicas de creación normativa, admite la aparición de una exclusiva titularidad pública sobre una actividad prestacional puntual y planteando la práctica de la gestión directa de este servicio público. Todo esto poco tiene que ver con la tendencia y rasgos comunes que aparecen en las intervenciones prestacionales de nuestras actuales organizaciones administrativas, acercándose más a las etapas pre-liberalizadoras, en los que la subsidiariedad aparecía amenguada detrás del desorden y la falta de expansión de nuestra antigua Constitución de 1979.

En suma, vale la pena entender que tenemos una subsidiariedad horizontal boyante que desde sus variantes diagrama y delimita la participación prestacional pública, sea de manera empresarial o como organización administrativa, aunque sigan existiendo puntuales ámbitos distorsionados en los que la falta de una adecuada categorización (transporte urbano) o la posibilidad escondida y oscura de una *publicatio*, producen la ralentización del avance íntegro de su contenido constitucionalmente reconocido⁴⁸².

⁴⁸² Aunque no es un tema propiamente prestacional, bien vale la pena reconocer que en nuestro ordenamiento positivo el legislador admite otra reserva pública recaída sobre las áreas naturales protegidas, a pesar de la prohibición constitucional general del artículo 61 de la CP y siempre que exista justificación de "*interés social o seguridad nacional*", pudiendo ser dispuesta mediante "*Ley del Congreso de la República*" o por un DS aprobado

Por otro lado, es necesario indicar que el principio también impactó en los grandes marcos, permitiendo y sustentando un innegable proceso de *despublificación* de la vida nacional, a la sazón una salida frente a las incontables reservas de titularidades exclusivas de los poderes públicos de la pre-liberalización que abarcaba todo tipo de actividades y bienes, para pasar luego por disposición constitucional a una devolución de casi todos éstos "*al ámbito del ejercicio de la libertad de empresa, del derecho de propiedad y del conjunto de las libertades económicas –bajo la pertinente regulación alternativa–*"⁴⁸³.

Al respecto, debe quedar claro que la subsidiariedad social permite y otorga cobertura suficiente a distintos institutos de la despublificación que sustentaron la ola liberalizadora, los cuales hasta ahora acompañan el desenvolvimiento de las anteriores intervenciones prestacionales comunes practicadas por nuestras administraciones públicas (y empresas públicas cuando sea constituidas de manera secundaria y bajo el régimen del artículo 60 de la CP). En ese sentido, la subsidiariedad puede permitir el desarrollo abierto de múltiples técnicas y institutos tales como la desmonopolización, el abandono de la gestión directa de prestaciones, la re-implantación de la libre competencia y concurrencia, la desregulación y el ejercicio verdadero de derechos de corte económico sobre diferentes actividades y sectores. En todos los casos señalados, cada opción que pudo ser montada en la liberalización y sea tomada en cuenta en la actualidad, debe obtener un sentido jurídico obligatorio. No hacerlo implicaría un serio revés para la seguridad jurídica y un posible uso descontrolado de las fuentes pertinentes, además de caer en lo que LÓPEZ-MUÑIZ denominó

por el Consejo de Ministros que haya seguido el artículo 54 de este último dispositivo legal. Existe entonces un reserva legal relativa para la extracción de este puntual recurso natural complejo. Sobre lo indicado, el artículo 6 de la LMCIP desarrolla esta imposibilidad constitucional del artículo 61 de la CP indicando con algún término poco técnico que queda "*derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas*".

⁴⁸³ LOPÉZ-MUÑIZ (1999, p. 138).

como "*una laxa inseguridad, caldo de cultivo para el florecimiento de las más diversas manipulaciones y abusos*"⁴⁸⁴.

Por tanto, en los tiempos que corren las tareas prestacionales públicas aunque se han reducido en número de manera significativa (la regla de la suplencia es innegable), todavía subsisten en ámbitos dispares, apareciendo con mucha intensidad en pos de alcanzar la satisfacción de varias necesidades esenciales, colectivas, económicas, sociales y juridificadas en intereses públicos sectoriales específicos; a veces presentadas mediante un innegable rol prioritario, otras tantas compartiendo papeles con los privados (como una evidente raíz articuladora y de concierto)⁴⁸⁵. A esto se agrega un innegable rol público garantizador y de atención permanente en caso desfallezcan, no existan o sean puntualmente insuficientes las posibilidades suministradas por los operadores protagonistas de naturaleza privada.

En suma, el contenido de la subsidiariedad social ha transformado mucho y se erige como el eje del Derecho administrativo prestacional peruano, siendo necesario a continuación tener una categoría que se acomode a sus vertientes y a los regímenes de concurrencia y libertad que imperan en nuestras normas sectoriales. En todos estos casos, así el servicio público se resista a desaparecer, sea por nombres repetidos de forma machacona (que no predicán nada), y algún rezago concreto por hacerlo pervivir en su forma original, no puede ser el instituto que pueda acompañarnos y dar las explicaciones jurídicas debidas para todo lo que existe. Finalmente, sólo quedará considerarlo como una técnica de uso marginal, importado hace

⁴⁸⁴ LOPÉZ-MUÑIZ (1999, p. 133). Estas cuestiones puntuales sobre la liberalización serán revisadas en un próximo acápite de este capítulo.

⁴⁸⁵ Según lo que ya he afirmado antes en este trabajo, lo sostenido en el último párrafo principal obliga a un entendimiento unificador de las relaciones prestacionales existentes entre la iniciativa pública y privada. En la actualidad, nuestro Derecho no acepta -como regla general- la asunción de titularidades públicas exclusivas, ni la contraposición y desconfianza estatal dañina y frontal contra los cuerpos intermedios de la sociedad civil (los agentes empresariales y personas jurídicas no empresariales diversas), ni el descarte del papel decisivo que el agente privado tiene para lograr las cotas de bienestar indispensables para el conjunto de la sociedad. Sobre lo afirmado es necesario revisar a CASSAGNE (1996: pp. 97-99).

mucho pero poco tratado en nuestro medio, sobre el que no debería existir tanta resistencia para apartarlo. Por eso, más "*que llorar su pérdida (de protagonismo) hay que mirar hacia atrás, a nuestra propia historia, y alrededor también, al mundo del que formamos parte. Con ello probablemente nos ahorraremos las lágrimas*"⁴⁸⁶

1.2. LOS SERVICIOS ESENCIALES COMO CATEGORÍA ESTELAR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PRESTACIONAL PERUANO

Un conjunto de posturas con muchos datos similares contenidas en cierta doctrina española y latinoamericana influenciaron decisivamente en la tesis mayoritaria peruana sobre el mantenimiento de una categoría y nomem de servicio público adaptada exclusivamente a presupuestos fácticos económicos con un alto grado de importancia de cara al interés público y separada por completo de los regímenes aplicables a la "*salud, educación, seguridad (...) que constituyen cometidos estatales*"⁴⁸⁷. Es más, tan decisivas fueron estas tesis extranjeras sobre la postura de objetivización y señalamiento de un "nuevo servicio público", que casi todos sus defensores se han apoyado en sus datos de justificación y nomenclaturas⁴⁸⁸. Esta tesis preponderante presenta tres grandes elementos de justificación para catalogar a una actividad o ámbito como servicio público (económico):

- i) Un *criterio material* que se relaciona sólo con la discriminación y señalamiento como objeto de estos servicios públicos a "*actividades económicas*

⁴⁸⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (2003: p. 692).

⁴⁸⁷ DANOS (2008: p. 258). Según lo establecido el caso que más resalta es el de SANTISTEBAN DE NORIEGA, quien considera que existió un "*viejo servicio público*" frente a uno "*nuevo*" adaptado al mercado y la competencia. (2006: pp. 34-36).

⁴⁸⁸ Al respecto se puede revisar, en versión de transformación del servicio público estricto a un nuevo servicio público objetivo y finalista a los importantes trabajos de DE LA CUÉTARA (1997: pp. 67 y ss); CASSAGNE (1996: pp. 100 y ss); ARIÑO ORTIZ (1997: pp. 25 y ss); y MUÑOZ MACHADO (1997: cit., pp. 139 y ss). En oposición, siguiendo una tesis minoritaria compartida por el autor de este trabajo, tenemos, entre otros, a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: pp. 186-189); ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (2012: p. 500); BACA ONETO (2008: pp. 368-371).

*de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador*⁴⁸⁹. Este elemento provendría de una implícita discriminación del listado de cometidos estatales del artículo 58 de la CP.

- ii) Un elemento finalista relacionado con la importancia o esencialidad que tendrían estas actividades económicas para *"para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos"*⁴⁹⁰. En otras palabras, según lo señalado por HUAPAYA: *"la revisión de la mejor doctrina, permite verificar que en nuestro país la calificación de una actividad como servicio público, depende del legislador en base a un fundamento finalista, que es la esencialidad de tales servicios, su relevancia para la colectividad, fundamento que no debe perder de vista las importantes variables económicas que subyacen a la calificación de una actividad como servicio público"*⁴⁹¹.
- iii) Un presupuesto formal ineludible que implica la obligatoria declaración calificadora *"como servicio público de una actividad debe realizarse mediante*

⁴⁸⁹ DANOS (Op. cit, p. 258).

⁴⁹⁰ DANOS (Ibidem, p. 258).

⁴⁹¹ HUAPAYA (2015: p. 386).

*norma con rango legal*⁴⁹². Esta condición previa impide la aparición de servicios públicos con naturaleza de "*inherentes o virtuales o "servicios públicos no declarados como tales por el legislador" en nuestro ordenamiento legal*⁴⁹³.

Esta tesis de sustitución y transformación de posiciones subjetivas a criterios objetivos y meramente formales de la clásica categoría, presenta tres aspectos secundarios adicionales. Por un lado, la idea de una *titularidad estatal* igualada a una garantía pública de la prestación, la cual fue expuesta por DANOS en clave distinta a la *publicatio*, puesto que no sirve "*para apropiarse de la actividad o extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo*⁴⁹⁴, sino como una medida de responsabilidad pública destinada a "*garantizar la prestación de la misma mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo preferentemente a cargo de los operadores privados*⁴⁹⁵. En segundo término, aparece una noción que se acerca a la subsidiariedad horizontal por la que "*el servicio público económico ya no*

⁴⁹² DANOS (Ibidem, p. 258).

⁴⁹³ HUAPAYA (Op. cit, pp. 383-384). Este requisito de reserva ley también ha sido previsto expresamente por el TCP puesto que "*si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto (...) Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares*". Ver STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 37.

⁴⁹⁴ DANOS (2008: p. 23).

⁴⁹⁵ DANOS (Op. cit, p. 23). Vale indicar que el profesor D. ZEGARRA comparte la tesis de la titularidad estatal como exigencia garantista. Aunque la verdad es que su definición sobre ésta se acerca mucho a la tradicional *publicatio*, pues indica claramente que "*la noción de servicio público en el Perú tiene como principal soporte el elemento de la titularidad estatal del servicio, de manera que es el Estado -a través del Legislador- el que tiene la capacidad de determinar si establece una reserva a su favor para la gestión de una determinada actividad*". Ver esta cita en ZEGARRA (2005: p. 350).

será pues una actividad materialmente administrativa o una actividad prestacional, sino que será una actividad económica de base o materialmente privada sujeta a control y regulación estatal en un régimen de derecho público en atención a la esencialidad valorada por el legislador de dicha actividad económica. esto implica además que siendo una actividad económica esencialmente privada, interesa mucho su sometimiento a las reglas de la iniciativa privada y a la competencia"⁴⁹⁶. Finalmente, en tercer lugar este impulso privado prioritario en las prestaciones del servicio público impide que este instituto pueda ser adaptado, ni calce *"bien con los servicios sociales, ya que estos se tratan de auténticas actividades administrativas prestacionales, que tienen origen constitucional expreso, a fin de cumplir con deberes de prestación hacia la colectividad, establecidos por la propia Constitución como de cargo de la Administración Pública"*⁴⁹⁷. En suma, el papel principal del mercado presentado como eje el servicio público no le permite ninguna forma de acercamiento con la educación, salud y otras prestaciones de corte social, siendo además estas últimas prestaciones públicas o estatales por esencia.

Sin embargo, a pesar de que esta postura resulta importante y no se ha discutido abiertamente (salvo por algunas solitarias posiciones que han mostrado su disconformidad por su falta de precisión conceptual)⁴⁹⁸, considero puede existir una alternativa que permita superar un

⁴⁹⁶ HUAPAYA (Op. cit, p. 386). Es necesario contrastar esta postura nacional con la mantenida por G. ARIÑO, encontrándose muchísimas similitudes y comunes elementos diagramadores. Para el profesor español, los servicios públicos de nueva versión son *"un conjunto de actividades que, a la vista de la evolución y circunstancias de la vida de la sociedad, han devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta se apoya necesariamente en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal. La determinación de cuáles sean en concreto estas actividades es una cuestión histórica y contingente, pero en cualquier caso la apreciación de cuando una necesidad se ha colectivizado y constituye una "necesidad pública indispensable" corresponde al estado. esta declaración formal de servicio público, por sus trascendentales efectos (que ya veremos), debe ser adoptada mediante Ley formal (del Parlamento)".* Ver esta cita en ARIÑO (2008: p. 188).

⁴⁹⁷ HUAPAYA (Op. cit, p. 387).

⁴⁹⁸ Ver a ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (2012: p. 500); BACA ONETO (2008: pp. 368-371).

injustificado descarte de actividades por un polémico criterio material-económico, más si muchos de estos ámbitos no cuentan con un régimen prestacional medianamente reconocible en las normas legales de desarrollo (que permitan entender sus formas de despliegue tal como por ejemplo lo he podido demostrar con las imprecisiones aparecidas en la asistencia sanitaria), el valor de las iniciativas privadas y públicas existentes y los principios constitucionales que también entran en juego en cada caso concreto (subsidiariedad, solidaridad, pluralismo económico o responsabilidad pública).

Por lo anterior, es que no asumo una interpretación estricta del artículo 58 de la CP que lleve a una conclusión de separación de actividades en razón de sus naturalezas intrínsecas, puesto que el Constituyente preceptúa un gran deber de promoción prestacional referido a ciertos sectores como la salud, educación, seguridad, servicios públicos, los cuales ni son todos en los que interviene finalmente la iniciativa pública y privada (es una lista referencial en la que importa más los efectos dirigidos a crear una exigencia de garantía prestacional recaída sobre los poderes públicos estatales), ni -como el tiempo y el ordenamiento vigente lo demostraron- muchos de éstos considerados aparentemente fuera de los "servicios públicos económicos" si podían desenvolverse en condiciones de competencia y con ejercicios de libertades económicas (la existencia de un potente mercado de la asistencia sanitaria prueba lo contrario a esta tesis, entre otros ejemplos). Y esto último tiene que ver con otra cuestión proveniente de la primacía de los privados como manifestación esencial de la subsidiariedad (ver el artículo 1 de la CP): su impulso protagónico no encuentra límites por la supuesta naturaleza económica, social o mixta de un espacio determinado. Simplemente existe y siempre que se quiera podrá ser practicado bajo los diversos derechos constitucionales reconocidos por nuestra CP y contando siempre con una legislación que permite el avance del mercado (por la casi extinción de las reservas y monopolios públicos).

Adicionalmente, existe una segunda razón que permite el descarte de esta

diferenciación aparente presentada desde el artículo 58 de la CP, la cual proviene de la interpretación realizada por el el TCP en una famosa sentencia sobre el servicio de transporte urbano. Al respecto, el máximo Tribunal se decantó por estimar que esta norma constitucional tenía un carácter de "*finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado*"⁴⁹⁹. Es decir, en la revisión que se pueda hacer de su contenido normativo, importa más el señalamiento del objetivo (la efectiva exigencia de garantía prestacional), antes que tratar de identificar y plantear argumentos para justificar diferencias aparentemente económicas entre los sectores tipificados en la lista.

Por otro lado, en nuestra doctrina se reconoció un cierto error de imprecisión y falta de claridad conceptual con respecto a las citadas tesis españolas que defendieron la aparición de un "nuevo servicio público" sin publicatio⁵⁰⁰, recaído "*sobre actividades de especial interés público*"⁵⁰¹ y en las que aparecen unas intensas potestades administrativas de control, ordenación y delimitación, además de la correspondiente garantía prestacional de responsabilidad pública⁵⁰². Estas posturas, como adelanté,

⁴⁹⁹ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 29.

⁵⁰⁰ Sobre la necesidad de filtrar nociones en medio de una maraña de técnicas prestacionales que se acercan o que parecen desaparecer en el Derecho administrativo español, debe recordarse las certeras palabras de la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA para quien a "*modo de valoración general (...) del estudio global del sistema conceptual del que se dispone a nivel nacional y comunitario, se puede comprobar que no es infrecuente un manejo indistinto de los conceptos referidos a actividades de carácter esencial sin reparar especialmente que, desde un punto de vista material u objetivo, pueden tener distinto alcance, con lo que ello implica sobre el régimen por cada concepto significado. Es muy importante, por tanto, la depuración conceptual, entre otras cosas, por las repercusiones que ello tiene sobre la determinación y estudio del régimen que cada concepto implica*". Ver esta cita en FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: p. 150).

Considero que esta previsión necesaria para el Derecho español obliga a un forzoso proceso de reflexión frente a la incorporación de cualquier dato de doctrina, fuente o técnica que busca ser aplicado o reconocido en nuestra realidad. Más todavía si este Derecho extranjero en asuntos prestacionales se encuentra fuertemente condicionado por los avances de la comunitarización (y los consecuentes avatares políticos que aparecen detrás de esta consolidada integración supranacional).

⁵⁰¹ BACA ONETO (2008: p. 369).

⁵⁰² En la postura de identificación (innecesaria) de los servicios esenciales con los rasgos del "renovado" servicio público puede revisarse el trabajo de la profesora LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (2000: p. 26), referido a los cambios sucedidos en el sub-sector

resultaron ser un importante fundamento del servicio público económico y objetivo asumido mayoritariamente en Perú. Al respecto, el profesor BACA señaló que estos supuestos intentos de cambio han hecho irreconocible al servicio público (en iguales proporciones a como viene sucediendo en nuestro medio), pues *"esta "redefinición", aunque posible, es innecesaria e inadecuada (...) puede provocar confusión. Es innecesaria, porque hay un concepto que permite identificar la categoría a la que se quiere hacer referencia (el servicio esencial), e inadecuada, porque la técnica del servicio público hace referencia a un régimen jurídico muy concreto, que ha venido decantándose con los años y que en medios académicos tiene un contenido aceptado, completamente distinto del que se predicaría de esta nueva categoría del "servicio público objetivo", pero al que podría acabar influyendo"*⁵⁰³.

En otras palabras, estas tesis foráneas presentan ciertos datos oscuros que terminarían convirtiendo a una figura inicialmente acotada y con un estricto régimen, en un mecanismo elástico que puede abarcar cualquier supuesto prestacional de contenido económico siempre que sea relevante

eléctrico español durante la década pasada: *"uno de los rasgos del nuevo modelo de regulación para la competencia es la transformación del concepto de servicio público, con el que se identificarán, no el sector en su conjunto, sino concretas obligaciones de servicio público y, en particular, prestaciones singulares de servicio universal. En este sentido, frente a la calificación de todas las actividades del sector eléctrico como «servicio esencial» (...) en nuestra opinión, sería más precisa la calificación de «servicio de interés económico general» (término que proviene del artículo 90.2 del Tratado de Roma), con una reducción de su ámbito de aplicación, referido únicamente a las actividades no competitivas (el suministro no liberalizado, las actividades de redes y las actividades de gestión del sistema). Por otra parte, la antigua publicatio del sector se sustituye por la expresa garantía de suministro a todos los consumidores (artículo 10) utilizando la técnica de la regulación específica y la imposición de obligaciones de servicio público (prevista en la Directiva 96/92/CE)".*

⁵⁰³ BACA ONETO (Op. cit, p. 369). En esta misma línea el profesor LÓPEZ-MUÑIZ, desde el reconocimiento autónomo de los servicios esenciales, señala con total claridad que los servicios públicos en *"un sentido técnico-jurídico será útil, además, reservarlos para referirnos sólo a determinada modalidad con la que el Poder público puede o debe a veces ocuparse de ciertos servicios esenciales. Pero es cada vez más evidente que carece de sentido identificar o confundir sin más a todo servicio esencial con un servicio público del Estado o del Poder público, sólo por el hecho de ser esencial para los ciudadanos y, por tanto, para la sociedad, o sólo porque, por serlo, obviamente el Poder público deba asumir alguna función de regulación y supervisión o de garantía especial sobre su efectiva prestación en beneficio de todos"*. Ver esta última cita en el prólogo del libro de FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: p. 29).

para los derechos constitucionales y el interés público⁵⁰⁴. Casi un instituto único de reconocimiento legal, que no admite variantes ni reconoce otras categorías al costado, que puede terminar abarcando cualquier modalidad de intervención prestacional pública o la sometida en exclusiva al propio mercado (como demostré con el servicio de transporte urbano). Sin embargo, esta opción de conceptualización comete un error de saque, que también es predicable a la tesis peruana, el servicio público sólo es una técnica más (inclusive en nuestro Derecho con visos de convertirse en un nombre vacío), que debe ser estimada como "*una de las formas de organizar las actividades esenciales. La garantía de la igualdad, continuidad y regularidad en su prestación, en general, no requiere la publicación de la actividad. Los servicios y actividades esenciales pueden ser organizados bajo regímenes jurídicos muy diversos*"⁵⁰⁵.

Esta cuestión analizada se enlaza con otra que no se puede eludir, la de entender que los *servicios públicos orgánicos*, en su versión única y aceptada desde el común de la doctrina han de ser tomados como casi extintos en nuestro Derecho, liquidados y reducidos a una mínima expresión por la prohibición constitucional del artículo 61 de la CP que impide su constitución desde la actuación legislativa. Las otras prestaciones, cualesquiera sean ellas, que intenten ser contenidas en la nomenclatura constitucional del "servicio público" o incluso fuera de esta posibilidad en el marco del artículo 58 de la CP, tendrán que buscar un camino de explicación distinto a la objetivización del instituto y, claro, adaptada a ciertos principios constitucionales repetidamente indicados.

⁵⁰⁴ En nuestro Derecho la expansión del nombre "servicio público" y de una innecesaria y supuesta publicación no sólo se concentra en ámbitos tradicionalmente económicos. Así, aparece esta denominación (aunque no debería estar incluida en aplicación de la tesis mayoritaria), de manera dudosa y encubriendo a otra (los servicios universales), en la prestación de los servicios educativos básicos según lo contenido por el artículo 12 de la ley general de educación, que obliga a una "*universalización de la educación básica en todo el país como sustento del desarrollo humano, la educación es obligatoria para los estudiantes de los niveles de inicial, primaria y secundaria. El Estado provee los servicios públicos necesarios para lograr este objetivo y garantiza que el tiempo educativo se equipare a los estándares internacionales*". Vale decir que estas prestaciones esenciales son también abiertamente brindadas por operadores privados desde tiempos anteriores a la liberalización, bajo competencia y en operaciones de mercado.

⁵⁰⁵ LAGUNA DE PAZ (p. 1430).

Tratar de forzar un régimen ajeno que no se condice con el nomen constitucional (sobrevalorando el fundamento de la materialidad o la importancia de las prestaciones sin necesidad de publicatio), nos seguirá forzando a vivir en el desorden y la falta de completitud.

En este punto puede traerse a colación las palabras de LÓPEZ-MUÑIZ que son perfectamente aplicables como presupuesto a nuestro Derecho prestacional: *"El servicio público debe seguir entendiéndose, en sentido propio, solamente así. Y es entonces bien evidente que para garantizar adecuadamente, en todos sus aspectos relevantes, los servicios esenciales, no es siempre necesario ni la mejor opción convertirlos en servicios públicos. Es más: la aplicación del régimen del servicio público debe considerarse más bien excepcional –por necesaria que pueda ser a veces–, sólo justificada cuando no baste la regulación, con sus diversas técnicas, para garantizar adecuadamente cuanto exige el Estado social y democrático de Derecho"*⁵⁰⁶.

En el mismo sentido, considero que el "servicio público" del artículo 58 de la CP es una etiqueta nominal *vacía*, es decir un nombre impropio para conceptos prestacionales que en cuanto a sus elementos definitorios reconocidos en nuestro Derecho como la materialidad (económica o no), libertades e impulso prioritario de los privados en la gestión, prohibición de publicatio, libre competencia, importancia directa para los derechos constitucionales y el interés público, garantía pública sobre las efectivas prestaciones o incluso implantación mediante ley; no necesitan pasar o ser contenidos mediante una adaptación del régimen de la vieja técnica. Es más esta supuesta transformación terminaría derivando -realmente- en la construcción de una nueva, tal como se puede observar en las formulaciones planteadas por el TCP: *"es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país.*

⁵⁰⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 148).

Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad.*
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad"⁵⁰⁷.*

El TCP, a pesar de usar tímidamente el nombre del servicio público, ha terminado dando las notas conceptuales de la principal figura que nos acompaña desde la liberalización y la propia promulgación de la CP: los denominados *servicios esenciales*. Es decir, en los intentos por darle un contenido a un supuesto concepto "tradicional" y determinar "*que actividades económicas califiquen dentro del mismo*"⁵⁰⁸, el Alto Tribunal muestra el camino para introducir y justificar una nueva noción adaptada a la esencialidad de su prestación y a la abierta coexistencia del mercado y la iniciativa pública en diversas modulaciones y tonos que pueda ir construyendo el legislador. Al respecto -en clave holística- se señala que "*el mandato constitucional de orientar el desarrollo del país en áreas de especial valoración como son el empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, cobra relevancia en la medida que son sectores esenciales y de necesidad básica para la población y el progreso social de la nación; de manera que no pueden quedar expuestos aisladamente a los riesgos del mercado*"⁵⁰⁹.

Así, en este último punto estoy de acuerdo con la afirmación del profesor BACA, aunque echo de menos una crítica suya más dura a la imprecisión terminológica del Constituyente, en cuanto a "*que no sería constitucionalmente admisible que, en Perú, el Estado recurra a la técnica del "servicio público" para garantizar que se satisfagan los "servicios esenciales", que en tanto realidad objetiva no puede ser desconocida,*

⁵⁰⁷ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 40.

⁵⁰⁸ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 37.

⁵⁰⁹ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 35.

*independientemente de cuáles sean sus técnicas adaptadas para su satisfacción. Y así el concepto de "servicio público" empleado en el artículo 58 de la Constitución no es un concepto "técnico", sino que se refiere más bien al "servicio esencial": de allí que el rol del Estado sea de "promoción", como la propia Constitución lo establece"*⁵¹⁰.

En conclusión, el servicio esencial ha aparecido casi de refilón y sin una ordenada nomenclatura constitucional, legislativa y jurisprudencial⁵¹¹ que lo acompañe y otorgue fortaleza ante los operadores (lo tenemos desperdigado y reconocido tras diversos conceptos jurídicos indeterminados de normas sectoriales que señalan la esencialidad y la importancia colectiva de una actividad prestacional que luego debe reflejarse jurídicamente a lo largo de un régimen)⁵¹². A continuación cabe entregar algunas cuestiones que resultarían importantes para su entendimiento y aplicación en nuestra realidad, asumiendo que esta única categoría puede agrupar y dar cobertura a las distintas modalidades prestacionales reconocidas en el artículo 58 de la CP, no importando si son de raíz económica o no.

1.2.1. Definición y clases de los servicios esenciales peruanos

Los servicios esenciales peruanos aparecidos en casi todos los sectores prestacionales (salvo la excepción del servicio de cabotaje de hidrocarburos a

⁵¹⁰ BACA ONETO (Op. cit, pp. 383-384).

⁵¹¹ Este desorden de términos se puede observar en la expresión "*sectores esenciales y de necesidad básica*" que reconoce el TCP y con el cual intenta agrupar a todo el listado de ámbitos prestacionales y no prestacionales preceptuados en el artículo 58 de la CP. Ver la citada STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 35.

⁵¹² A diferencia de lo que ocurre con el texto de nuestra CP la Constitución española de 1978 si reconoce expresamente a los *servicios esenciales*. Al respecto, la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA indica que su Carta Magna "*recoge en diversos preceptos el concepto de servicio esencial (...) En concreto, a este sintagma aluden el artículo 28, párrafo segundo, de nuestra Carta Magna -para preservar el mantenimiento de los referidos servicios en el ejercicio del derecho de huelga³-, el artículo 37 -para asegurar su funcionamiento en caso de medidas de conflicto colectivo laboral o empresaria¹- y el artículo 128, párrafo segundo -para limitar a ellos la eventual reserva de unas actividades al sector público*". Ver esta cita en FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: pp. 151-152).

cargo de la Marina de Guerra), poco tienen que ver con la publicatio, la naturaleza jurídica del agente prestador, los niveles más altos o bajos de competencia, o las formas de titularidades. El *quid* de esta noción se encuentra en lo que el desaparecido S. MARTIN-RETORTILLO planteó como una garantía de prestación ineludible, en tanto, son "*actividades que, por su significado, es preciso asegurar su mantenimiento*"⁵¹³. Si se quiere, toda declaratoria legislativa sobre la esencialidad o importancia de un ámbito o conjunto de actuaciones de contenido prestacional de cara a los derechos constitucionales y los específicos interés públicos involucrados, implica como correlato la necesaria protección pública de su prestación y satisfacción efectiva a favor de los usuarios, no importando si las operaciones concretas del sector se realizan -preferentemente- en versión del mercado y régimen de competencia, por subsidiaria iniciativa pública o de manera mixta y compartiendo roles entre los privados y las competentes organizaciones administrativas y empresas públicas.

En ese sentido, debe quedar claro que los servicios esenciales se encuentran conceptualizados tras las notas definitorias siguientes, según lo correctamente planteado por la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA, como prestaciones en las que su adjetivo calificativo "*evidencia que (...) en un servicio lleva intrínseca la necesidad y garantía pública en su prestación (elemento teleológico de la noción de servicio esencial): se predica la nota de la esencialidad de un servicio porque las prestaciones que contiene o conlleva (elemento objetivo del concepto) se estiman vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos. Y se evidencia también (...) que los servicios esenciales se definen por los bienes perseguidos*"⁵¹⁴. De igual manera se ha manifestado el profesor LÓPEZ-MUÑIZ quien termina por perfirla como una noción extensa capaz de contener todo tipo de "*actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones*

⁵¹³ S. MARTÍN-RETORTILLO (2002: p. 254).

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: pp. 161-162).

*espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales"*⁵¹⁵.

Resalta en estas dos tesis planteadas la posibilidad abierta de que el interés público sea conformado y salvaguardado por las intervenciones de los privados, no siendo necesario la monopolización de este tipo de responsabilidades y prestaciones indispensables en manos públicos, lo cual elimina de plano cualquier nivel de sobrevaloración de la participación gestora estatal y además plantea la cura para frenar la identificación de la esencialidad de prestaciones con la *publicación* de la vida económica y social del país. Así las organizaciones administrativas deben saber que hacer en los tiempos actuales y siempre partir -en cualquier construcción- por la constitucional primacía de las personas. Como bien indicaba LÓPEZ-MUÑIZ, su vigente papel "*en la economía debe limitarse a promover, facilitar y garantizar al conjunto de la sociedad el libre ejercicio de las libertades económicas, limitando al máximo la intervención pública con el fin de no suplantar a la iniciativa privada*"⁵¹⁶.

Ahora bien, en el país ha sido V. BACA quien planteó la introducción de este concepto español⁵¹⁷ para explicar y tratar de superar las enormes dificultades de definición que aparecen en nuestro Derecho administrativo

⁵¹⁵ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 141).

⁵¹⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (1989: p. 752).

⁵¹⁷ Los SIEG comunitarios analizados puntualmente en el anterior acápite tienen un importante nivel de cercanía con los servicios esenciales, existiendo una relación de especie a género (comparten características básicas). Los servicios esenciales incluyen todo tipo de prestaciones de corte económico, sociales o mixtas mientras sean urgentes y necesarias para satisfacer las necesidades vitales de los ciudadanos, en cambio los SIEG comunitarios sólo se concentran en actividades que puedan brindarse en el mercado con el impulso de las libertades económicas de los agentes pertinentes. En ese sentido, es necesarísimo para entender el alcance de los SIEG, de los propios servicios de interés general y sus relaciones con el concepto que se propone en esta parte del trabajo, acudir a las precisiones que plantea el Libro verde "sobre los servicios de interés general" producido por la Comisión Europea en mayo del 2005 (numerales 15, 16, 17 y 18).

prestacional, además de las imprecisiones que causa la sobrevivencia del "servicio público", sin que en todo esto se pierda de vista nuestro modelo de subsidiariedad horizontal, la propia competencia y la expansión del mercado. Así, indicaba este autor, que los servicios esenciales tendría la ventaja de ser una categoría de naturaleza "*objetiva, por lo que constituye una noción funcional (...) dichos servicios se vinculan a la necesidad de satisfacer unas necesidades esenciales, vinculadas al interés general, pero sin renunciar a las exigencias de una economía de mercado y de la competencia, según las cuales una actividad de interés general no siempre tiene que ser gestionadas por el Estado, ni tampoco al papel del Estado para asegurar dicha satisfacción, mediante la regulación e, incluso, interviniendo cuando el mercado sea incapaz de lograrla, lo que justifica la imposición de unas obligaciones específicas a los encargados de prestar el servicio*"⁵¹⁸.

Como resulta notorio de todo lo planteado, el alcance y objeto específico de los servicios esenciales debe implicar la obligatoria y previa participación del legislador, quien deberá discriminar con razones justificantes, que actividades prestacionales resultarían esenciales para los derechos constitucionales y los intereses públicos. Esto supone una valoración política y de conformación casuística de la realidad, que permita descartar los ámbitos importantes de los esenciales (los que vayan dirigidos directamente a la satisfacción bien común), tratando de identificar aquellas prestaciones económicas o sociales que sistematizadas, deberán tener un régimen propio en el que resalte la garantía pública de la efectiva prestación (con niveles de regularidad, acceso abierto, igualdad, continuidad y dotes de calidad mínimas), además de la correspondiente habilitación de potestades de ordenación, control, delimitación y control puesta en los hombros de las administraciones públicas competentes (tengan o no el carácter de regulatorias).

⁵¹⁸ BACA ONETO (Op. cit, p. 367). Debe reconocerse, aunque sin muchos datos de profundización, que el profesor de Derecho constitucional y antiguo Presidente del TCP LANDA ARROYO también reconoce la inclusión de los servicios esenciales en el Perú, pero sin dejar de lado al término "servicios públicos". Sobre esto último ver su trabajo LANDA ARROYO (2016).

En cualquier caso, a diferencia de la problemática española⁵¹⁹, nuestro legislador se encontraría constitucionalmente prohibido de producir series de *publicatio* a modo de reservas de titularidad o monopolios públicos sobre sectores concretos (ver artículo 61 de la CP), quedando imposibilitada la opción de que los servicios esenciales puedan ser brindados bajo un régimen de servicio público. Esto, en consecuencia, abre el espacio para las más variadas opciones de gestión de estas actividades pero con una constitucional preferencia por el mercado y la iniciativa privada (incluso en espacios insospechados y tradicionalmente ligados a la iniciativa prestacional pública), tal como se ha podido comprobar de un análisis comparado entre la electricidad y el servicio asistencial sanitario. De nuevo, en estos casos, la subsidiariedad horizontal en sus variantes positivas cumple el papel de guía para encuadrar un delicado ámbito de relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos.

En ese sentido, al no tener un concepto estándar de declaración legislativa, estas operaciones de señalamiento de la esencialidad sobre determinados servicios han aparecido plasmadas de manera desordenada y heterógena por parte de nuestro legislador, detrás de las más variadas fórmulas que las identifican, presentando una flexibilidad máxima en su gestión, mostrando su absoluta importancia para el interés público sectorializado y a continuación apareciendo tuteladas por una protección pública garantizadora que permita su desenvolvimiento con características exactas a favor de los ciudadanos. Por ejemplo, desde los más variados sectores, aparecen las siguientes (sin ánimo de ser omnicomprensivo):

⁵¹⁹ En la Constitución española el numeral 128.2 indica que se "*reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*". A partir de esta norma se abrió el espacio para las discusiones diversas a fin de determinar la oportunidad e intensidad de la reserva pública. Para revisar un análisis detallado de estas posturas y además una tesis *estricta* de esta reserva debe examinarse a FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: p. 165 y ss). En una posición contraria y totalmente amplia puede revisarse a SOSA WAGNER, para quien este instituto puede abarcar "*las actividades ya configuradas como servicios públicos (...) aquellas actividades económicas que adquieran, como consecuencia de transformaciones técnicas, sociales, económicas, la condición de servicios públicos*". Ver esta cita en SOSA WAGNER (2008: p. 33).

- i) Un tipo de declaración ordenada como la del artículo VI de la LGS que preceptúa que es "*de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad*".

- ii) A veces se positivizan declaraciones conceptuales y terminológicamente contradictorias, presentando la idea de que las prestaciones (educativas de todo nivel) son un "*servicio público*" pero permitiéndose que estas "*actividades (...) realizadas dentro del territorio nacional*" puedan ser brindadas "*por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras*", pero siempre con adecuados niveles de "*universalización, calidad y equidad*" o incluso ser "*gratuitas*" cuando las provee la iniciativa pública (ver los artículos 1, 4 y 10 de la ley No. 28044).

- iii) En sectores más de naturaleza económica, aparecen declaraciones de esencialidad precisas y directas sostenidas en "*conceptos jurídicos indeterminados*"⁵²⁰, indicando por ejemplo que resulta de "*utilidad pública*" el "*servicio público*" de electricidad (ver el 2 de la LCE), o más

⁵²⁰ Sobre el uso de los conceptos jurídicos indeterminados para declarar la esencialidad de un servicio vale la pena revisar los trabajos de la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA (2003) y (2006). La revisión de estos datos siempre debe tomar en cuenta el contexto constitucional español.

recientemente en un ámbito de fuerte intervención prestacional pública, se ha señalado que la prestación de los distintos servicios de saneamiento⁵²¹ son de "*necesidad pública y de preferente interés nacional*" a fin de alcanzar "*el propósito de promover el acceso universal de la población*" dentro de marcos "*sostenibles y de calidad*" (ver el artículo 3 del decreto legislativo No. 1280).

- iv) Por último, existen cláusulas de señalamiento que se ligan más al reforzamiento de ciertos rasgos puntuales como la abierta y libre competencia a pesar de declararse inicialmente como "servicios públicos", indicándose que "*los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia*" (ver el artículo 6 del TUO de la ley general de telecomunicaciones aprobada por decreto supremo No. 020-2007-MTC). O, como sucede en los servicios liberalizados del transporte terrestre, que se justifican por la posición de los usuarios o destinatarios finales de los servicios, a los cuales en estas operaciones se les deben

⁵²¹ En Perú se denominan servicios de saneamiento, según el propio alcance preceptuado por el legislador, a las siguientes actividades de prestación regular: "*servicios de agua potable, alcantarillado sanitario, tratamiento de aguas residuales para disposición final o reuso y disposición sanitaria de excretas, en los ámbitos urbano y rural*" (ver el artículo del citado decreto legislativo No. 1280).

garantizar sus "*necesidades (...) y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto*" (ver el artículo 3 de la LGTT).

En suma, apoyado en los datos presentados, considero que los servicios esenciales han aparecido reconocidos tras múltiples fórmulas de declaraciones legislativas, colocándose en posición de técnica *estelar* del Derecho administrativo prestacional peruano, a las cuales puede predicarse -desde su naturaleza objetiva- cualquier actividad o ámbito relevante para satisfacer diversas necesidades colectivas, siendo obligatorio que resulte garantizada su prestación por tutela pública⁵²², pero sin titularidades públicas o estatales en medio de su conformación y con exigencias claras de imposición de ciertas obligaciones a los operadores o gestores (en aras de cumplir con diversas características de desenvolvimiento)⁵²³.

Esta noción amplia y objetiva, distinta al servicio público, admite además la división de sub-especies en razón de la aplicación de los principios constitucionales que hemos venido presentando en este trabajo (la subsidiariedad horizontal y la responsabilidad pública), no tanto por *criterios materiales* que resultan hartos arbitrarios y no se condicen con las realidades operativas de los sectores, puesto que el término "social" es una etiqueta que puede encubrir auténticos mercados en múltiples ámbitos, o al revés, a pesar que se le cataloga a un sub-sector como "económico" aparece satisfecho mediante una importante participación empresarial de titularidad pública. Como adelanté, la iniciativa privada siempre encuentra espacios para expandirse (siempre que aparezcan necesidades por cubrir y estas últimas puedan resultar objetos con niveles de rentabilización), mientras que la participación prestacional estatal, aunque racionalizada, sigue siendo parte de nuestra realidad cotidiana.

⁵²² STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 41.

⁵²³ Ver la posición de BACA ONETO (Op. cit, p. 378 y ss).

En todos los casos esta clasificación se basa en determinaciones que se deben hacer a la luz de los datos positivos contenidos en las leyes concretas, por ende es dinámica y debe admitir la constante evolución. Es decir, en un caso concreto y ante la necesidad de identificar su mayor o menor nivel de gestión liberalizada, se puede, a partir de la ponderación de los dos señalados principios constitucionales que diagraman nuestro régimen económico, establecer las siguientes sub-especies:

(i) Los *servicios esenciales de mercado puro*, en los que existe un protagonismo gravitante de la iniciativa empresarial privada y prima la subsidiariedad social en sus versiones positivas, existiendo además en su diagramación legislativa una potente recepción de la prohibición constitucional del artículo 60 de la CP (que impide la aparición de empresas públicas conformadas y en ejercicio)⁵²⁴.

(ii) Los *servicios esenciales de mercado de doble iniciativa*, en los que la subsidiariedad social en versión positiva se aplica, pero por diversos motivos (incluso hasta pre-constitucionales), existe una importante iniciativa empresarial pública que presta los servicios en régimen de competencia⁵²⁵.

⁵²⁴ En esta categoría se encontrarían las operaciones de transporte urbano vehicular y los servicios de taxis, actividades de impulso privado excluyente y con un clarísimo mercado expandido al máximo (incluso por encima de las capacidades materiales de los bienes viarios urbanos que las sostienen). En adición, el caso más paradigmático es el de telecomunicaciones en el que se obligó legislativamente a una desaparición total de la iniciativa pública prestadora (que originalmente se concentraba en monopolios). Sobre esto, debe tomarse en cuenta la potente declaración liberalizadora del artículo 1 de la ley No. 26285 preceptúa que los "*Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán desmonopolizados progresivamente mediante la fijación de un periodo de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia*".

⁵²⁵ En este rubro se encuentran -por ejemplo- casi todas las prestaciones del servicio eléctrico.

(iii) Los *servicios esenciales compartidos*, en el que la responsabilidad pública obliga a una importante participación estatal en pos de satisfacer necesidades de diversa índole (agua potable, residuos sólidos, asistencia sanitaria, prestaciones educativas, etc.), desde la intervención continúa y permanente de organizaciones administrativas y empresas estatales y municipales (estas últimas deberán estar correctamente conformadas a la luz del artículo 60 de la CP), pero en el que aparecen no pocos impulsores prestadores de naturaleza privada (mercados sanitarios, educativos, universitarios, incluyendo la iniciativa particular no empresarial, etc.). En esta última modalidad se aplicaría la variante exacta de la conjunción de sectores de la subsidiariedad social, haciéndose decaer la práctica de las otras formas positivas de este instituto, apareciendo a continuación una evidente supresión de todos los aspectos propios de la *competencia* recaída exclusivamente sobre la prioritaria intervención prestacional pública.

Debe quedar claro que esta clasificación pretende mostrar un nivel de orden sistémico de toda la intervención prestacional de nuestras organizaciones administrativas, en el afán de buscar respuestas de definición para todos los sectores. Sin embargo, a pesar de tener un afán de completitud, necesita siempre de una categoría extra que resulta siendo el complemento ideal para el desarrollo del instituto propuesto porque lo vuelve efectivo en varias de sus características identificatorias. Este instituto, que queda contenido dentro del contenido conceptual de los servicios esenciales, se revisará brevemente en el siguiente acápite y es denominado como el *servicio universal*.

1.2.1. Breves apuntes sobre los servicios universales peruanos

Los servicios universales aunque pueda dársele una mirada como una categoría autónoma, esto con fines básicamente metodológicos y de explicación en nuestro Derecho administrativo prestacional, no puede negarse su carácter de una *técnica complementaria*⁵²⁶ contenida e incrustada dentro de ciertas características y los regímenes propios de los servicios esenciales peruanos. En este punto, considero correcto lo señalado por LÓPEZ-MUÑIZ, en cuanto a que estos "servicios" se presentan tras un uso más certero "*de la universalidad simplemente como una exigencia característica del servicio esencial, junto a otras como las de la regularidad, continuidad, igualdad, etc. Y así podríamos hablar mucho más sencillamente de la obligación, por ejemplo, de universalidad en la prestación de tal o cual servicio esencial, evitando la expresión de obligación de servicio universal, que parece como si quisiera significar que se trata de un tipo especial de servicio*"⁵²⁷.

Es decir, los servicios universales son más una empaquetadura conceptual de naturaleza enteramente utilitarista que pretende resaltar y poner énfasis sobre unas determinadas características recaídas sobre las posiciones de los prestadores, las cuales incluso aparecen reconocidas por el TCP desde los primeros intentos por darle sentido al "servicio público" (continuidad,

⁵²⁶ En el mismo sentido, para la profesora CARLON, estas obligaciones en el sector telecomunicaciones de España "*se identifican como suplementarias a las que se integran en el estatuto básico del operador de comunicaciones electrónicas, de modo que se imponen a uno o varios operadores como medio para responder a los fallos en que pueda incurrir el mercado cuando se trata de garantizar espontáneamente determinadas prestaciones a los ciudadanos*". Ver esta cita en CARLON (2010: p. 109).

⁵²⁷ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 148). Mi postura de respeto y estudio de una categoría propia de servicios universal se aleja un poco de los términos formales del profesor español, puesto que él la considera directamente innecesaria. En el mismo sentido al de LOPEZ-MUÑIZ, puede revisar lo planteado por la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA quien duda de la utilización de este "concepto" indicando que resulta "*acertado o conveniente utilizar una nueva noción que, sin tradición ni contenido propio, puede difuminar. el ya difícil panorama conceptual de estos servicios. Si uno de los grandes problemas que los afectan es la ausencia de un sistema conceptual claro, no creemos que la introducción de una nueva noción contribuya a esa necesaria clarificación. Probablemente, a estas alturas de nuestro trabajo sea innecesario insistir en la conveniencia de un sistema conceptual depurado*". Ver esta cita en FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: p. 427).

naturaleza regular y de calidad y el acceso con condiciones de igualdad)⁵²⁸. Por eso, al menos en nuestro Derecho, su papel es más modesto y sigue el camino de la técnica estelar y matriz, con lo cual, ciertos servicios esenciales podrán gozar de las condiciones de *universalidad*, no siendo posible considerarlos como el "*nuevo paradigma, dentro del actual panorama de la liberalización*"⁵²⁹, o el futuro heredero de "*las funciones del servicio público*"⁵³⁰. En síntesis, aunque exista necesidad de explicarlos, no cabe sobreestimar su valor pues con ellos tampoco se garantiza "*de modo más efectivo la prestación de los servicios esenciales y, ni mucho menos, se produzca «una franca mejoría del denostado servicio público» o «una inflexión dogmática capital», de la misma manera que tampoco estimamos que esta nueva noción tenga que «heredar las funciones del servicio público monopolizado*"⁵³¹.

Ahora bien, el contenido de estos "servicios universales" se centra en una serie de obligaciones que no necesariamente se concretan en el mero acceso⁵³². Éstas van referidas también a reducciones de tarifas, prestaciones adicionales, calidades mínimas exigibles, entre otras consideraciones; encontrando su campo de actuación exclusivo en los sectores que presentan una gestión liberalizada más profunda (en la clasificación propuesta dentro de los servicios esenciales de mercado, los de doble iniciativa y en la parte de mercado de los servicios esenciales compartidos, campos en los que la iniciativa privada aparece profundamente enraizada).

⁵²⁸ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 40.

⁵²⁹ CAIRAMPOMA ARROYO Y SOLAR ÁLVAREZ (2010: p. 261). Aunque no comparto su postura maximalista sobre el servicio universal, esta obra peruana es interesante para revisar los datos acerca de esta técnica secundaria respecto de los servicios de telecomunicaciones.

⁵³⁰ CAIRAMPOMA ARROYO Y SOLAR ÁLVAREZ (Op. cit, p. 261).

⁵³¹ FERNÁNDEZ GARCÍA (2003: p. 428).

⁵³² Como bien indicaba V. BACA, por más que la tendencia latinoamericana sea a considerarlos como mecanismos de ampliación del acceso de servicios liberalizados, lo cierto es que su naturaleza se ha distorsionado, apareciendo más como obligaciones (muchas veces contactuales y sin compensación), en la "*que late una idea de inclusión social y territorial*". Ver esta posición en BACA ONETO (Op. cit, pp. 389-390).

En estos casos indicados anteriormente, la naturaleza exacta de una auténtica obligación de servicio universal y la responsabilidad del prestador (privado) debe ser claramente *discriminada*, basada en las posibilidades de compensación, la garantía de indemnidad patrimonial de la propiedad (ver el artículo 70 de la CP)⁵³³, igualdad de trato y la necesidad de seguridad jurídica elemental a favor de los intervinientes, puesto que debe especificarse lo que resulte singularmente compensable de aquello otro que pertenece a los deberes y riesgos normales que todos los prestadores asumen en un ámbito, existiendo "universalidad" sólo en el primero de los casos. En ese sentido, debe entenderse que la *"efectiva universalidad del servicio puede ser así, en efecto, como ocurre en alguna de nuestras últimas leyes, objeto de una obligación especial de esta naturaleza, que debe ser justamente retribuida por vía pública. Pero otras veces, esa universalidad puede ser perfectamente integrable como obligación común y general exigible a todos los operadores por igual, sin derecho a compensación alguna"*⁵³⁴.

Estas distancias debidas⁵³⁵ permiten expurgar aquellas condiciones contractuales, o modos de ejercicio de un derecho aparecidos en títulos habilitantes o ciertos deberes de conformación de aportes (voluntarios o fijos), entre otras consideraciones obligacionales que provienen de las *"limitaciones o condicionantes naturales de la libertad de empresa que se ejerce en ese campo –dada la naturaleza de la actividad en cuestión–, perfectamente integrables, por ende, en la común gestión de ese servicio sin*

⁵³³ Esta construcción ha sido introducida en el Derecho peruano por ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO (2005: pp. 52-53) y se refiere a la búsqueda de garantizar el resarcimiento y mantenimiento económico integral del patrimonio privado frente a cualquier inmisión pública singular, directa, privativa, dañosa y que en consecuencia resulte compensable. Claro está, salvo ciertas situaciones excepcionales de afectación que -singularmente- tratadas no resulten resarcibles (como el pago de tributos o la participación obligatoria como miembro de las mesas de votación electoral).

⁵³⁴ LÓPEZ-MUÑOZ (1999: p. 151).

⁵³⁵ Aunque reconocen la falta de datos positivos en nuestro Derecho, lo cual resulta parcialmente cierto (puesto que los elementos se encuentran dispersos y necesitan una mirada sistémica), para CAIRAMPOMA ARROYO y SOLAR ÁLVAREZ las diferencias establecidas por el criterio compensatorio tiene un razonamiento que *"resulta valioso, a fin de diferenciar cuándo determinadas obligaciones pueden pertenecer a uno u otro tipo y, por tanto ser indemnizables o no"*. Ver esta cita en CAIRAMPOMA ARROYO y SOLAR ÁLVAREZ (2010: p. 264).

que deje de ser económicamente satisfactoria, son calificables como obligaciones generales de cada servicio esencial, en un marco espaciotemporal determinado"⁵³⁶. Frente a otros supuestos marcados por imposiciones sobre ciertos operadores que suponen limitaciones singulares y deben ser consideradas como objeto de un régimen ablatorio⁵³⁷, en tanto, tienen un componente resarcitorio que reestablece la posición patrimonial afectada del operador, permitiendo afrontar y dar respuesta a "*prestaciones inevitablemente deficitarias o que no se llevarían a cabo con criterios de mercado, y que tampoco puede razonablemente exigirse su integración o absorción en el conjunto de la gestión común del servicio esencial de que se trate, o que han de imponerse o se imponen sólo a unos determinados operadores (o se contratan con ellos) pero no a todos*".

Este criterio de diferenciación nos lleva a asumir que muchas de las "obligaciones de servicio universal" que aparecen en varias de nuestras normas legales de contenido económico o social, no pasarían de ser imposiciones por el giro regular de la actividad que no implican o producen un contenido resarcitorio a favor del prestador involucrado. Así, sin ánimo de ser exhaustivo, puede señalarse a las siguientes:

- (i) A la imposición de la no discriminación (negativa) y acceso abierto a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones del artículo 9 del decreto

⁵³⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (Op. cit, p. 150). En Perú, como adelanté en alguna línea anterior, esta discriminación de los servicios universal por el criterio compensatorio ha sido reconocido expresamente por BACA ONETO (Op. cit, pp. 389-390).

⁵³⁷ Esta naturaleza ablatoria recaída sobre la imposición de ciertas obligaciones de servicio universal aparecen también reconocidas por la autora española CARLON. Así, siempre refiriéndose a las telecomunicaciones liberalizadas de España, indica "*que, asumiendo que la imposición de obligaciones de servicio público implica –a priori– una distorsión del mercado, debe reconstruirse la situación competitiva como si tal distorsión no se hubiera producido, evitando, en todo caso, que se produzca una distorsión de la competencia. Se trata, en definitiva, de compensar al operador u operadores designados para prestar el servicio universal por la carga implícita en la prestación de este servicio, siempre y cuando esa carga se pueda considerar “injustificada” y esa compensación se mantenga como tal, dado que todo exceso respecto de lo que propiamente pueda ser calificado como compensación por la prestación de obligaciones de servicio público, quedará sometido al régimen de las ayudas de Estado*". Ver esta cita en CARLON (2010: p. 120).

supremo No. 020-2007-PCM⁵³⁸, o las obligaciones diversas recaídas los denominados prestadores de servicio privados de telecomunicaciones, en lugares donde no existan los "servicios públicos de telecomunicaciones" referida a *"cursar mensajes de las autoridades o de terceros, cuando sea necesario proteger la vida humana, mantener el orden público, garantizar la seguridad de los recursos naturales y de los bienes públicos o privados"* (ver el artículo 17 del decreto supremo No. 020-2007-PCM), o incluso el famoso FITEL que no pasaría de ser una obligación contractual económica y regular de cualquier concesionario de las telecomunicaciones en pos de lograr *"la provisión de acceso universal, entendiéndose como tal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios de telecomunicaciones esenciales, capaces de transmitir voz y datos"*, siempre con un afán de cohesión social y territorial⁵³⁹ (ver el artículo 240 del decreto supremo No. 020-2007-PCM).

- (ii) Sin embargo, en otros aspectos donde la responsabilidad pública aparece fuertemente

⁵³⁸ Esta norma reglamentaria indica que *"el acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio"*.

⁵³⁹ Ver esta postura en BACA ONETO (Op. cit, pp. 389-390). El FITEL fue creado mediante el decreto supremo No 013-93-TCC, de 6 de Mayo de 1993, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Este fideicomiso -desde siempre- se constituyó como un mecanismo de equidad que financia la provisión de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y territorios considerados de preferente interés social. Posteriormente, la naturaleza jurídica de este fondo adquiere máxima relevancia con la promulgación de la ley No. 28900 por la cual se le otorga la calidad de persona jurídica de derecho público, unificando su manejo y adscribiéndolo directamente al MTC. Para revisar una historia detallada de la normatividad y datos de desarrollo de esta figura debe acudirse a CAIRAMPOMA ARROYO y SOLAR ÁLVAREZ (2010: p. 465 y ss).

incidida, es más correcta la utilización de la palabra "universalización". Por ejemplo como una característica aparecida en la prestación de los servicios educativos (ver el citado artículo 10 de la ley general de educación). En el mismo sentido, que las prestaciones asistenciales sanitarias que aparecen garantizadas y protegidas mediante el aseguramiento univeral en salud, se reconoce la universalización de éstas en el sentido que se prestan sobre "*todas las personas residentes en el Perú*" (ver el numeral 1 del artículo 4 de la ley No. 29344).

Frente a estas consideraciones, creo que una buena definición que permitiría llenar el vacío (ante la falta de una noción normativa), asegurar la agrupación de los elementos expuestos y terminar resultando perfectamente adaptable a nuestro Derecho, es la sostenida por la profesora FERNÁNDEZ GARCÍA, la cual las define como obligaciones "*que se establecen de manera singularizada con la finalidad principal de garantizar la generalidad y la continuidad del servicio correspondiente o el libre juego de la competencia, y que consisten en prestaciones activas o pasivas que los operadores no asumirían, o no lo harían en la misma medida ni en las mismas condiciones, si consideraran su propio interés comercial y financiero*"⁵⁴⁰

Finalmente, quizás un gran campo en el que los "servicios universales" verdaderos y de compensación podrían tener un papel fundamental para el futuro, sea el sector transporte terrestre de personas y mercancía, tanto el ámbito urbano como en el inter-urbano o de larga distancia. Al respecto, ya existió una discusión ante el TCP acerca de la constitucionalidad del artículo 1 de ley No. 26271, norma en la que se establecía que este tipo de servicios esenciales completamente ligados a las operaciones de puro mercado, exista una cantidad de imposiciones de importante calaje económico referido a

⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA (2004: p. 42).

*"pases libres y a pases diferenciados y el derecho a pases" para policías, bomberos y alumnos (universitarios y de institutos superiores), sin que se les pague ningún tipo de resarcimientos a los correspondientes transportistas afectados. Estas obligaciones quedaron constitucionalizadas por el Alto Tribunal debido al "especial interés público que reviste a esta actividad económica y fundamenta el beneficio de pases libres y diferenciados, no resulta ser una medida de gravosidad extrema, que afecte de manera desproporcionada el ejercicio de la libertad de empresa de los transportistas"*⁵⁴¹.

En cualquier caso la solución planteada por el TCP no fue la mejor y, peor todavía, cerro de plano una discusión importante sobre una auténtica universalización en el transporte terrestre peruano, impidiendo una re-examinación sobre las prestaciones efectivas en rutas de poco valor económico pero con muchísimos usuarios involucrados e insatisfechos, o de plantear de manera más técnica la diferenciación en el pago de los pasajes (urbanos) por las condiciones especiales de ciertos usuarios (funcionariales o estudiantiles). Quizás, el prejuicio nacional hacia los subsidios monetarios⁵⁴², una falta de un tratamiento orgánico de las ayudas públicas (en este caso para diferenciarlas de montos de naturaleza compensatoria)⁵⁴³ que se condice con el descuido por el Derecho

⁵⁴¹ STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 71.

⁵⁴² Digo esto porque en Perú es supremamente complicado otorgar subvenciones a personas jurídicas (si se aplicarán en la realidad su operatividad respecto de servicios masivos sería prácticamente imposible). Todo esto en virtud de las importantes restricciones preceptuadas por el legislador en el artículo 60 de la ley No. 28411, en tanto, las *"subvenciones que se otorguen a personas jurídicas, no pertenecientes al Sector Público en los años fiscales correspondientes, deben estar consideradas en anexo de la Ley de Presupuesto del Sector Público, debiendo contar con el financiamiento respectivo y el informe técnico sustentatorio de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la Entidad correspondiente, bajo responsabilidad"*.

⁵⁴³ En Perú, dada la ampliación obligatoria del aparato prestacional que se deberá efectuar para atender diversas necesidades vitales insatisfechas de nuestros ciudadanos (entre ellas las de transporte terrestre urbano), se abrirá el espacio para mirar las realidades comparadas sobre la financiación de actividades prestacionales. Por ejemplo, siempre vale la pena revisar el tratamiento seguido en el Derecho comunitario para los servicios de transporte terrestre, a partir de la jurisprudencia del TJCE basada en la transformación del "criterio de ayuda" por el de "compensación", lo cual ha permitido el surgimiento de los *"términos de mera contraprestación por cargas de servicio público, no puede hablarse de ayuda, pues la idea de compensación excluye la existencia de ventaja"*

administrativo social y económico vistos como un sistema, la incorrecta formulación de los servicios universales que venimos padeciendo, sumado a una visión economicista que nos atosiga, resultaron siendo los ingredientes de una fórmula de olvido que merece ser cambiada radicalmente.

2. ANTECEDENTES Y EL SENTIDO JURÍDICO DE LA LIBERALIZACIÓN PERUANA DE LOS NOVENTAS.

En esta parte de la tesis, es necesario mostrar el marco delimitador y contenido básico de nuestra liberalización promovida en los inicios de los años noventas, a fin de comprender los linderos en los que se desarrolló la transformación prestacional que acabamos de presentar. En cualquier caso, siempre trataremos de mostrar los sentidos jurídicos más visibles frente a un fenómeno que presenta múltiples significados, variantes y capacidad extensa para absorber todo tipo de técnicas e institutos.

En primer término, la liberalización peruana fue esencialmente diseñada como un mecanismo de política económica interventora de carácter progresivo que permitió *despublificar* varios sectores en busca de devolverlos a manos privadas, permitiendo la extirpación de buena parte del protagonismo público imperante antes de la última década del siglo pasado⁵⁴⁴. Este proceso estuvo marcado por un antes y después, contados claramente desde la promulgación de las normas legales eléctricas antes mencionadas en el segundo capítulo, además de otros dispositivos sectoriales puntuales⁵⁴⁵ y la posterior y completa juridificación de varios de

económica alguna a favor de la entidad beneficiaria, extremo éste implícito en aquel concepto y que justifica su prohibición". Ver esta cita en CARLON RUIZ (2012: p. 87).

⁵⁴⁴ Aunque no indica ni construye la raíz despublificadora que acompañó a la liberalización peruana, el profesor TASSANO reconoce que este fenómeno tiene como "*contenido central y medular*" el de "*devolver a los privados la libre iniciativa económica, lo que, antes, en virtud de actos del Estado, estaba reservado a la titularidad y gestión estatal*". Ver esta cita en TASSANO VELAUCHAGA (2016: p. 107).

los institutos probados en estos ámbitos específicos en la CP de 1993⁵⁴⁶. Además, de entenderse como uno de los últimos fenómenos de este estilo aplicados en Sudamérica (realmente empezó luego de que muchos países cercanos la habían aplicado con muchos años de antelación)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Un listado de dispositivos legales pre-constitucionales que permitieron la implantación sectorial de la naciente liberalización, a partir de una habilitación y delegación expresa del Congreso de la República (que luego fue cerrado y disuelto antijurídicamente por el Presidente Fujimori), debe incluir a los decretos legislativos No. 640 (de liberalización operativa del servicio de transporte interprovincial), el No. 642 (que decreta la inclusión de la oferta y demanda en el servicios de transporte terrestre interprovincial), el No. 644 (que liberó de restricciones y obstáculos administrativos y legales el acceso a las rutas y tráfico internacional para las empresas navieras nacionales), el No. 648 (que redujo la participación accionarial estatal en el capital de la antigua empresa pública AEROPERÚ), el No. 651 (que permitió el establecimiento de la libre competencia en las tarifas del transporte urbano, el No. 653 (que promovió la inversión privada en el sector agrario), el No. 655 (que eliminó el monopolio de la empresa estatal Petroperú en la venta de hidrocarburos), el No. 662 (que otorgaba protección y garantías jurídicas a la inversión extranjera), el No. 659 (que declaró la racionalización de las tramitaciones y actuaciones administrativas en la importación, a fin de promover el comercio internacional y la inversión privada en este sub-sector), el No. 668 (que dictó medidas para liberalizar el comercio exterior), el No. 685 (que eliminó la *publicatio* del servicio postal, estableciendo la prohibición de "*toda forma de monopolio, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos*" en estas prestaciones esenciales, para declararse a continuación la garantía prestacional pública a partir de garantizarse la libertad de tránsito postal en el país: el "fomento y control" de este servicio "corresponde al Estado"), el No. 696 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en la renovación urbana), el No. 697 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en los servicios de saneamiento, el No. 702 (que presenta normas para la transformación competitiva y liberalizada del sector telecomunicaciones), la No. 708 (que promueve la inversión privada en minería), el No. 718 (que permitió la creación de un aparato prestacional de asistencia sanitaria de titularidad privada), la No. 750 (que promueve la iniciativa privada en el sector pesquero), entre otras normas.

⁵⁴⁶ Ver los rasgos del concepto de despublicación en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 138).

Por otro lado, debo indicar que no comparto la postura de TASSANO en cuanto a que sólo "*a partir del nuevo marco constitucional, se empezó a aplicar una política de liberalización de la economía que implicó un cambio en el modelo económico estatal. Por consiguiente, en virtud del nuevo rol subsidiario del Estado, ello supuso que este pudiera intervenir como ente regulador en el mercado, abocándose preferentemente a garantizar que los agentes que se desenvuelvan dentro de él no excedan el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas sectoriales aplicables, y que, además, realicen su actividad a la par de un régimen de libre competencia*". Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: p. 106). Al respecto, los datos normativos antes entregados, demuestran que la liberalización peruana empezó desde 1991, a partir del paquete liberalizador pre-constitucional promovido por el Gobierno de Fujimori.

⁵⁴⁷ Debido a la fuerte crisis económica en América del Sur entre los años 1985 y 1990, diversos Estados se vieron obligados a liberalizar sus actividades prestacionales (principalmente conformadas a través de la técnica de los servicios públicos) como una forma de obtener ingresos, otorgando además un marco claro de estabilidad jurídica al inversionista extranjero en determinados sectores. En primer lugar, las privatizaciones comienzan en Chile a mediados de los setenta, luego en Argentina en 1989 que llevó aparejada a una clara desregulación (lo cual supuso la creación de entes y comisiones reguladoras que se entregaron a la tarea de controlar y supervisar los procesos de transferencias de los activos, así como también a la gestión que con posterioridad debían desarrollar los adjudicatarios). Ver estas cuestiones en P. CANALES NETTE y V. LOISSEAU

Aunque, debe reconocerse como antecedentes más remotos, potentes y pre-constitucionales al decreto legislativo No. 674, del 27 de septiembre de 1991, por el cual se aprueba la promoción y participación de la inversión privada de las empresas; el decreto legislativo el No. 701, del 5 de noviembre de 1991, por el que se buscaba eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas que afectaban a la libre competencia; y en tercer lugar, el decreto legislativo No. 757, que ordenaba el crecimiento de la inversión privada, del 8 de noviembre de 1991. A continuación una breve síntesis y las reglas más importantes que se aprobaron en estos dispositivos.

En cuanto a la inicial norma, el segundo de sus considerandos recogió abiertamente una visión *reactiva* que acompañó a este proceso liberalizador tan trascendente (y de la cual ya di cuenta antes):

“Que la Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario; Que deben crearse las condiciones necesarias para el

“La función reguladora del estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, EEUU, España y Argentina” citado por NAVARRO RODRIGUEZ (2008, 44 pie de pagina 27). En el mismo sentido se pronuncia CASSAGNE (1996: p. 108), al manifestar la reforma del Estado Argentino de esa época, que fundamentalmente se apoyó en políticas de liberalización de la economía mediante privatizaciones de muchas empresas públicas. Por último, en Perú recién aparecen datos normativos importantes sobre esta materia, por ejemplo con el tercer párrafo de la parte considerativa del D.L 674, de 27 de setiembre de 1991, LEY DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO (PERÚ), que indicaba que *"resulta indispensable, de un lado, otorgar a los inversionistas privados las garantías de mecanismos claros y seguros de adquisición de acciones y bienes de empresas del Estado, y del otro, al Estado peruano, los instrumentos necesarios para una recuperación económica en el más corto plazo, que le permita contar con recursos para aplicarlos a la seguridad, la salud, la educación y la infraestructura vial, entre otros"*.

desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con objeto de lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo”

A su turno, el artículo 1 del decreto legislativo No. 701 dejó marcado el carácter de medio para la *competencia* entre agentes, señalando claramente que esta debía desplegarse, para lo cual resultaba urgente:

"eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores".

En tercer lugar, el decreto legislativo No. 757 completó el camino de la nueva libre competencia y señaló claramente el primer régimen de la iniciativa privada y libertades económicas aplicables en todos los sectores posibles, y bajo las distintas formas jurídicas permitidas por nuestro Derecho. En ese sentido, vale una prevención, pues no se debe considerar como la gran y única norma liberalizadora⁵⁴⁸, aunque su contenido establece claros elementos de lo que luego se terminaría discutiendo y aprobando en la CP. En cualquier caso esta ley -según su artículo 1- estableció un régimen ordenado de:

"derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o

⁵⁴⁸ Estimo que no puede hacerse mención y uso de esta norma legal pre-constitucional, olvidando el papel y alcance de otros dispositivos producidos en el paquete liberalizador habilitado y delegado por la ley No. 25327. En ese sentido, la revisión de la liberalización peruana sólo puede entenderse mirando el conjunto de todas estas leyes, incluyendo las posteriores construcciones que aparecieron reconocidas en la CP de 1993. En el mismo sentido, de prudencia y revisión integral se encuentra SHIMABUKURO TOKASHIKI (2016: p. 85)

extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel".

En suma, la liberalización tuvo claros objetivos que pueden extraerse del conjunto de dispositivos legales y la propia CP que se han analizado hasta ahora. Estos son los siguientes: (i) Primero, buscaba favorecer la participación de operadores en un mismo ámbito siempre en búsqueda de la competencia. Con ello se estimuló la aparición de impulsos prestacionales nuevos y diversos (privados); en segundo lugar, (ii) se presentó como una liberalización respetuosa de una iniciativa pública racionalizada porque dejó abierta la posibilidad de que fuese el propio Estado, a través de su actividad empresarial y las organizaciones administrativas competentes, el que se haga responsable del manejo de concretas prestaciones (situación que se encuentra hartamente demostrada a lo largo del presente trabajo); y en tercer lugar, (iii) nuestra liberalización buscó la introducción de fórmulas de competencia como mecanismo o medios ideales para optimizar el acceso y alcanzar cuotas de eficiencia y eficacia en la producción de mejores servicios. Por ello se presentó a esta noción como el mejor elemento para el mercado; pues actúa como una "supuesta" fuerza que disciplina a los operadores posibilitando que éstos contribuyan a la maximización del bienestar social (desde la producción de las cantidades correctas de bienes y servicios que los usuarios y consumidores necesitan y siempre al menor precio posible)⁵⁴⁹.

Como se notará, frente a los datos mostrados de la antigua Constitución de 1979, la liberalización supuso un cambio radical pero necesario, forzado por la ineludible obligación de estabilizar y acometer la fuerte crisis económica y el sobre-endeudamiento de los tres anteriores regímenes

⁵⁴⁹ FERNÁNDEZ-BACA (2004: p. 20). Este autor indica que en el caso de la liberalización eléctrica, este proceso no ha arrojado los resultados esperados en cuanto a la disminución de tarifas, situación que probaría un error en el diseño del modelo.

políticos, incluyendo el desorden ocasionado durante la dictadura militar (que llevó a obtener un índice hiperinflacionario jamás alcanzado en una sociedad occidental), sumado a la galopante destrucción de los sectores productivos del país, entre otros problemas que serían largos de enumerar y escapan a los propósitos de este trabajo.

Sin embargo, a pesar de la anterior cuestión, vale resaltar un concreto antecedente de origen que no puede dejar de valorarse al momento de entender el fenómeno. Estos hechos anteriores fueron la enorme deuda externa que manteníamos con el BM, el FMI y otros organismos multilaterales durante el periodo final de los ochentas, lo que forzó al Gobierno de Fujimori a ensayar un proceso de inserción creado y diseñado por mano exógena. Este programa amplio -ya identificado en líneas anteriores- tenía como prioridades la restauración de un mínimo de equilibrio macroeconómico con dotes de transparencia, flexibilidad y credibilidad, la redefinición de la intervención estatal en los sectores (incentivando la inversión privada en todas las esferas de la actividad económica) y la reorganización y racionalización de la estructura de ingresos y gastos del sector público⁵⁵⁰.

Es en medio de este listado de prioridades impulsadas y concretizadas fuera del país⁵⁵¹, que emerge la *despublificación* como el contenido general

⁵⁵⁰ La implementación de este tipo de programas basado en austeridad presupuestaria, liberalización del comercio y privatización, fue aplicado simultáneamente en más de setenta países deudores del tercer mundo y de Europa del Este. Ver este dato en GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA; AMATE FORTES (2007). En el mismo sentido a las explicaciones dadas en el párrafo principal puede revisarse a ROSENTHAL COUTINHO (2003: pp. 123-124), quien señala que "*da aplicações de austeridade econômica que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes incisivamente recomendadas por el tesouro norteamericano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington, daí o Nome)*".

⁵⁵¹ Debe reafirmarse que la ponderación de los hechos obliga a entender que no todos los datos y disposiciones liberalizadoras fueron ensambladas en el país. Las grandes líneas y los conceptos esenciales de corte económico, que debieron ser aplicados de modo progresivo, provinieron del ajuste estructural de los países sudamericanos patrocinado por el FMI y otras organizaciones multilaterales. En Perú, en ese momento tan duro, cumplimos el papel de adaptarnos y darle carta jurídica a estructuras "extrañas" como la

de la *liberalización* en marcha, la cual debe entenderse fue y sigue acompañada de una armonización necesaria surgida de la interpretación del propio entramado de la CP. Esto es, el Estado social, democrático de Derecho al reconocer el protagonismo de las personas, los derechos económicos y su conexión con la expansión del mercado (como espacio económico prioritario y natural), de manera obligatoria deberá tener una referencia y asumirá en cada situación concreta el contenido del interés público. Esta armonización permanente y constitucional no solo implica el inicial establecimiento de los límites de los derechos (económicos) y el mercado, sino es también el punto de partida para la cláusula del *Estado regulador* surgida inmediatamente por los propios efectos liberalizadores⁵⁵².

En adición, no debe perderse de vista que ninguna de las construcciones anteriores pudieron haber sobrevivido en los años venideros, si es que la liberalización no hubiese tenido el soporte de los hombros de la *subsidiariedad*⁵⁵³. Al respecto, es claro que este instituto fue revalorizado por el Constituyente de 1993, a partir de colocarle variantes claras y exactas que permitieron conseguir los efectos devolutivos antes señalados y posteriormente presentar el resguardo protector para la primacía de las personas en la vida del país. Por eso debe dejarse totalmente sentado que la CP se presenta frente a su antecesora como una carta constitucional técnicamente superior en la construcción y señalamiento del régimen económico y social, pues aparece conformada con un rumbo fijo, y, se sostiene internamente con un cierto orden sistémico. Por tanto, en este

gestión indirecta de los servicios (bajo formas de privatización), siempre con el afán último de obtener liquidez para amortizar nuestra cuantiosa deuda externa. Finalmente, y esto nunca ha sido reconocido debidamente, este proceso de recepción, considero es el disparador de nuestro Derecho administrativo moderno, pues exigió la construcción acelerada de categorías, sin tener muchas bases y contando con poquísimas fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

⁵⁵² Ver estos datos en la interesante postura asumida por BETANCOR (2010: pp. 108-127).

⁵⁵³ La subsidiariedad no puede ser estimada como el "*complemento de la liberalización*". Por el contrario, el principio constitucional es el eje central de todo el proceso liberalizador y más todavía la figura de protección continua de varios de los efectos producidos en ese marco. Por eso no es del todo correcto el título sintético brindado por CAIRAMPOMA ARROYO (2012: pp. 318-319).

punto, no puedo estar más de acuerdo con R. HUAPAYA, en cuanto al recojo de una visión equilibrada dentro de la CP pues el actual *"texto constitucional, sabiamente, pondera adecuadamente el respeto de las libertades económicas privadas, junto con ámbitos de intervención estatal, sea mediante regulación, o mediante el ejercicio de la actividad empresarial a cargo del Estado"*⁵⁵⁴.

Ahora bien, la puesta en práctica de esta liberalización de raíz despublicadora se presentó desde varios institutos posibles. Así, siguiendo a LÓPEZ-MUÑIZ, puede reconocerse de manera variopinta que la nuestra tuvo materialización dispersa, en virtud de su descrito contenido general, pues estuvo marcada por la introducción de *"más dosis de libertad (...) por lo que incluye tanto la despublicatio, como la desregulación total o parcial o la neorregulación menos restrictiva de las libertades económicas"*⁵⁵⁵. Es más, no sólo se busco la aparición de estos dos técnicas (desregulación en sentido estricto y la implantación de un nuevo ordenamiento legal que como vimos se empezó a lanzar en fechas anteriores a la promulgación de la CP), se asumió como figura estelar y de mayor impacto político a la privatización de las mermadas empresas públicas, sin que esto implique su colocación como sinónimo de la liberalización peruana, siendo solamente un instituto importante que produjo unos efectos puntuales (el desmantelamiento y liquidación de éstas junto con todo el aparato organizativo secundario construido en los entornos de estas organizaciones económicas).

⁵⁵⁴ HUAPAYA (2013: p. 696). En el mismo orden de ideas al expresado en el párrafo principal, la jurisprudencia del TCP ha seguido mostrando y agregando datos a esta vena equilibrada de la CP. Así, desde el año 2003 admitió abiertamente la conciliación de la actividad privada con el interés general dentro de una economía social de mercado en base a dos aspectos: (i) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que fuerza a una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y la participación activa de los ciudadanos en el quehacer social y público. (ii) La identificación del Estado con los fines de contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, los contextos que justifiquen su intervención activa como su abstención, evitando que su participación se torne en un obstáculo para el desarrollo de la sociedad y los ciudadanos. Por todas, revisar el contenido de las sentencias recaídas en los expedientes N° 0008-2003-AI/TC y N° 00034-2004-PI/TC.

⁵⁵⁵ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 137).

Por lo expresado, es que no puede entenderse a la *liberalización* peruana en un sentido único o sólo basado en el estudio de técnicas solitarias y excluyentes (todas son especies que se pueden asumir en el fenómeno general). Por el contrario fue un proceso *despublificador* intenso, vertebrado en *varios* institutos y que desde la perspectiva jurídica tuvo una "*significación eminentemente relativa*"⁵⁵⁶. Incluso abarcó en posición estelar pero no exclusiva "*a los fenómenos de privatización, por cuanto en la medida en de que hecho las actividades y servicios pasan de alguna manera a manos no públicas (...) pasan del ámbito de la sujeción propio del Poder público al de la libertad –aunque esté muy limitada– que es exclusivo de los sujetos particulares*"⁵⁵⁷.

A sentido contrario, no puede comprenderse a la *liberalización* como la consecuencia o producto de otras figuras, surgida después o a la sombra de frases indeterminadas como el cambio del papel estatal en la economía o, peor todavía, en posición de efecto directo de la desregulación, la privatización, o de la potenciación de las concesiones⁵⁵⁸. El significado jurídico correcto -a mi modo de ver- implica asumir su colocación como una noción marco, genérica y jurídicamente anterior que permite dar cobertura a otras, evitándose así la confusión del paralelismo por supuestas sinonimas y la aminoración de su extenso contenido (a partir que sólo entenderla explicada mediante alguno de sus institutos de desarrollo). Finalmente, la liberalización siempre es el punto de partida y

⁵⁵⁶ LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

⁵⁵⁷ LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

⁵⁵⁸ Al menos implícitamente, en contra de la postura mantenida en el párrafo principal, se encuentra el profesor DANOS quien señala que *en "el Perú -y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros- la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura"*. Ver esta cita en DANOS (p. 60)

los límites para montar cualquier explicación jurídico-administrativa sobre el reacomodo de la intervención estatal ante la sociedad y las personas.

Por otro lado, y como punto de cierre de las explicaciones sobre el sentido jurídico de la figura, es necesario dar cuenta que la liberalización se acompañó de un intento de "huida del derecho público" que de manera inconsciente y harto exagerada (desconociendo el Derecho administrativo que se venía ensamblado), se manifestó en múltiples ámbitos surgidos de manera posterior al retroceso estatal (por ejemplo en la forma de definir los nacientes contratos de concesión⁵⁵⁹, la exagerada amplitud material del naciente arbitraje administrativo⁵⁶⁰ o al tratar de conceptualizar la regulación). Estas situaciones viciosas, con pocos fundamentos y razones de fondo, hasta ahora nos persiguen, y se muestran tanto en casos de presentación de un desprestigio innecesario y falso en contra de esta ciencia jurídica⁵⁶¹ o al tratar de transponer normas privadas a relaciones

⁵⁵⁹ Esto se muestra tras de la idea de *pacto* que reconoce un sector de la doctrina como elemento que define a este tipo de contratos administrativos, utilizando un supuesto acuerdo de partes que reemplazaría a "*las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir -no para ampliar- la discrecionalidad del Estado y sus agentes*". Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 24). Al respecto, y sin ánimo de entrar al detalle de una tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo, habría que indicar que el régimen de formación de estos contratos se sostiene desde el ejercicio de potestades administrativas y en abierta aplicación a una serie de principios públicos, lo cual, de saque, los coloca fuera del pactum y la autonomía de la voluntad de los intervinientes.

⁵⁶⁰ No hace mucho se abrió una discusión por el control de los actos administrativos producidos por las organizaciones regulatorios en sede *arbitral*, como si los primeros se tratarán de objetos posibles de ser revisados en esta jurisdicción privada, sin tomar en cuenta, entre otras razones sustanciales, la obligatoriedad del control contencioso-administrativo recaído sobre las actuaciones administrativas preceptuado por el artículo 148 de la CP. En ese sentido, aparecieron posiciones que indicaban tan temerariamente que "*la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable*". Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 30). Para una adecuada comprensión del arbitraje administrativo y otras técnicas alternativas de solución de conflictos en vía administrativa se puede revisar los fundamentos sostenidos por BACA ONETO (2006: p. 221 y ss).

⁵⁶¹ El año 2015 un conocido y reputado economista calificó a la LPAG como una norma culpable de la *burocratización* de la vida de los peruanos y medio que impide el avance de los mercados. Se puede revisar la columna de opinión del señor R. ABUSADA en el siguiente enlace: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/peru-trabado-roberto-abusada-salah-noticia-1781382> Última revisión: 14/03/2017.

jurídico-administrativas, sin pasar por la necesaria *administrativización* del supuesto extraño o ajeno. Quizás, en este último punto (por las consecuencias jurídicas graves que pueda traer hacia los derechos subjetivos), es siempre necesario que los cambios y transformaciones liberalizadores nunca debieron ni deberán de perder de vista, siguiendo las palabras claras del profesor CLAVERO ARÉVALO, que el "*Derecho administrativo, concebido tantas veces como un Derecho especial, tiene que olvidarse de tales concepciones y configurarse como lo que es, como el Derecho común de la Administración pública , y. por tanto, no limitarse a recibir los conceptos fabricados por el Derecho común privado*"⁵⁶².

En esta última y agotadora tarea principal se encuentra nuestro Derecho administrativo, luego de más de 25 años de iniciada una de las liberalizaciones con mayores resultados beneficiosos que puedan mostrarse y estudiarse en Latinoamérica, pero cuyos efectos siempre necesitarán de dosis elevadas de equilibrio y racionalidad jurídica.

3. LOS INSTITUTOS INCLUIDOS EN LA LIBERALIZACIÓN PERUANA

La liberalización peruana se institucionalizó y produjo efectos visibles mediante la utilización de tres tipos de técnicas: (i) la *desregulación* estricta, (ii) la implantación de una nueva regulación normativa (*neo-regulación*), y, (iii) la *privatización* de un conjunto de empresas de titularidad estatal, sin que esto implique la desaparición de todas las existentes. Sin perjuicio de estas cuestiones, es claro también que la liberalización y el principio de subsidiariedad en su vertiente de supletoriedad (que señala el papel estatal en épocas de mercado e iniciativa privada) plantearon las bases exactas para el *surgimiento* de las organizaciones administrativas regulatorias (de las cuales nos ocuparemos luego en el último capítulo).

⁵⁶² CLAVERO ARÉVALO (1952: p. 63).

Como se puede notar y revisar de los fundamentos de los regímenes de todos estos institutos (que aparentan una naturaleza o discurso más económico), los mismos nunca podrán ser estudiados o entendidos dejando por fuera a la Constitución, no sólo por el principio de subsidiariedad que los acoge y permite su permanencia, sino porque además ninguna fórmula liberalizadora y posteriormente regulatoria puede resultar jurídicamente incontrolable. En consecuencia, ni la liberalización, sus institutos y las propias nociones de la regulación (que involucran directamente a la libre competencia) pueden estar al margen del Derecho, caso contrario, estaríamos -de plano- dentro de las prohibidas actuaciones arbitrarias⁵⁶³.

Por otro lado, estimo que de cada una de estas categorías de la liberalización se puede predicar un sentido y régimen jurídicos propios, no siendo posible que se entremezclen como sinónimos o formen parte de una especie de macro-noción, aunque muchas veces suelen presentarse juntas. Y este último propósito de diferenciación es una las posturas que considero más se debe insistir en nuestro Derecho administrativo (económico), puesto que existe una tendencia a unir desordenadamente estas nociones como si se les pudiera predicar en una sólo raíz conceptual⁵⁶⁴.

Antes de empezar el estudio separado propuesta debo dejar en claro dos advertencias, a fin de encuadrar correctamente el tratamiento de estas figuras. En primer lugar es importante precisar que cualquier justificación de estos institutos y, en general, de toda intervención pública (principalmente de la neo-regulatoria) en aspectos económicos solo puede

⁵⁶³ Ver esta postura en BETANCOR (2010: p. 127).

⁵⁶⁴ Buena parte de esta confusión conceptual y terminológica viene del discurso del Análisis Económico del Derecho practicado en nuestro país. Al respecto, uno de los mayores propulsores de esta corriente indicaba -indistintamente- en un trabajo que: "*No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término "neoliberal" tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como "neoliberal". Se califican comoliberalas. El llamado neoliberalismo es una suerte de "rebautizo" del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de "neonazis", es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría*". Ver esta cita en BULLARD (2002: p. 32).

darse “*para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios (...) y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicios y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación provenientes de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos*”⁵⁶⁵.

En segundo lugar, creo que cualquier construcción de estas técnicas debe quitar del discurso jurídico la palabra de "intervencionismo", en un sentido negativo o de descalificación de los efectos o noción usada en el caso concreto. Al respecto, debe entenderse que más allá de las nomenclaturas usadas, todas son nociones recogidas en el Derecho y como tales suponen incidencia y producción de consecuencias en la realidad (es el resultado normal de la aplicación de las fuentes jurídicas ante supuestos fácticos). Por eso, vale recordar las palabras del gran profesor italiano GIANNINI, en cuanto a que estos institutos al estar dentro de un ordenamiento jurídico se convierten en "*intervencionistas, por lo que diciendo que hay intervención no se dice nada, ni jurídica, ni políticamente*"⁵⁶⁶.

3.1. LA DESREGULACIÓN ESTRICTA

Un puñado de las normas legales promulgadas como parte del paquete liberalizador de 1991 y que fueron habilitadas por el Congreso de la

⁵⁶⁵ CASSAGNE (1996: p. 195).

⁵⁶⁶ GIANNINI (1991: p. 21). Vale agregar que es un tremendo error pretender oponer la cláusula del Estado regulador para supuestamente mejorar y superar a un duro y controlista Estado intervencionista (cercano al Estado social), pues como lo indica BETANCOR no se trata de una alternativa, debiendo entenderse por el contrario que el "*Estado regulador (y la función de regulación) es la suma de unas importantes simplificaciones sobre el Estado, el papel de la Administración y el mercado, sazonado con unos importantes prejuicios ideológicos*". Ver esta cita en BETANCOR (2010: p. 61).

República mediante la ley No. 25327⁵⁶⁷ tuvieron un contenido y naturaleza jurídica de estricta *desregulación*. Es decir, se plantearon como disposiciones cuyos propósitos correctos y últimos era los de eliminar completamente o reducir en sectores materiales identificados y permitidos previamente por el legislador, aquellas "*regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes públicos*"⁵⁶⁸. Si se quiere estas disposiciones legales colocaron el concepto de desregulación como un intento normativo por lograr en genérico "*la disminución de reglamentaciones*"⁵⁶⁹, y, en específico y de manera más detallada, "*la reducción de controles públicos sobre actividades que ya están en el ámbito de la libertad y de los derechos de los ciudadanos y especialmente de los controles previos y de oportunidad*"⁵⁷⁰.

En ese sentido, cabe asumir que esta desregulación tuvo un sentido jurídico correcto (aunque sin asumirlo en sus motivaciones internas, ni plantearlo en muchos nombres y contenidos normativos), puesto que se encontraba acotada sólo a eliminar normas positivas y controles diversos sobre ámbitos de fuerte incidencia económica que ya estaban o se pretendían devolver a manos privadas, siguiendo los mencionados postulados de ajuste y reestructuración presentados por los organismos multilaterales⁵⁷¹. En suma, es un fenómeno que originado legislativamente

⁵⁶⁷ No debe olvidarse que el Congreso de la República mediante el artículo 1 de esta norma legal habilitó al Poder Ejecutivo para legislar por 150 días en materias generales ligadas estrechamente al posterior alumbramiento de la liberalización, a fin de lograr la creación de "*las condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en los diversos sectores productivos (agrario, minero, pesquero, industrial, infraestructura), con especial atención a la actividad exportadora; (...) Perfeccionar los mecanismos de interacción de mercados en el nivel subregional e internacional en general, buscando el mayor beneficio de las exportaciones nacionales; (...) Eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción de bienes y prestación de servicios, permitiendo que la libertad de empresa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios; (...) Defender limpieza y corrección en las operaciones de comercio exterior*". En conclusión, estos datos demuestran que este Parlamento tuvo un papel en la generación del ordenamiento positivo pre-constitucional que permitió el nacimiento de la liberalización despublicadora, aunque claro, su intervención y rol fueron harto secundarios.

⁵⁶⁸ LÓPEZ-MUÑIZ (1991: 137).

⁵⁶⁹ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: p. 195).

⁵⁷⁰ LÓPEZ-MUÑIZ (1997: p. 195).

⁵⁷¹ En referencia al origen, y como había tratado anteriormente, las recientes desregulaciones peruana y española comparten un nacimiento impulsado por mano

y con un inicial espíritu exógeno⁵⁷², buscó impactar en pos de lograr un mejor desenvolvimiento de las libertades y derechos de los ciudadanos, tratando de instaurar algunos niveles de flexibilidad y respeto por la primacía de los privados que se venía gestando (la cual finalmente terminó siendo constitucionalizada en su máxima intensidad).

Sin embargo, y eso algo que debe extraerse de limitación para el presente, esta desregulación no supuso una especie de "libertad" impropia de las administraciones públicas de esa época (y del resto de organizaciones del Poder Público) para eximirse del control y las limitaciones aparecidas desde el principio de legalidad. Desregular no es oponerse al Estado de derecho sino afirmarlo en su versión más personalista, sin eximir la necesidad de siempre respetar unas concretas fronteras que van desde el respeto por la materialidad permitida por la Constitución o el legislador (en el caso de legislación delegada a favor del Poder Ejecutivo), pasando por la imposibilidad de afectar derechos de terceros con el proceso de concreta expurgación normativa, hasta asumir una mecánica correcta en la derogación legislativa y reglamentaria (que respete la transitoriedad y las reglas de temporalidad de normas). Por eso, y eso estoy de acuerdo con

extranjera. La primera por los mandatos multilaterales y como un mecanismo pensado en acentuar la eficacia del paquete de ajuste; mientras que la segunda estuvo concentrada en ayudar y eliminar toda restricción para la expansión del mercado interior europeo, teniendo, entre otros dispositivos comunitarios, a la señalada Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo o simplemente "Directiva de servicios" la cual se convirtió en un importante medio en medio del enorme proceso para lograr la *"aprobación de las reformas estructurales que posibiliten la consolidación de un auténtico mercado único de servicios. La reforma de las estructuras administrativas, económicas y sociales pasa por ser un factor esencial de la estrategia denominada «Europa 2020», que se resume en el lema según el cual debe crearse un mercado único y abierto de servicios sobre la base de la Directiva de servicios"*. Ver esta cita en FERNÁNDEZ TORRES (2011: p. 86).

⁵⁷² Pareciera que los fenómenos de desregulación más potentes en nuestro Derecho siempre vienen estimulados por procesos extranjeros o de soberanía compartida, tal como hasta ahora van venido ocurriendo con los tratados de libre comercio suscritos bilateral o multilateralmente con otros Estados (desde inicio de la década pasada). También, puede esperarse el mismo fenómeno desregulador fomentado por la creciente y prometedora Alianza del Pacífico (la unión económica de México, Perú, Chile y Colombia), que hasta ahora viene avanzando y promoviendo el gran objetivo de *"liberalizar el intercambio comercial de bienes y servicios, con miras a consolidar una zona de libre comercio entre las partes"* (ver el literal a) del numeral 2 del Acuerdo marco de la Alianza del Pacífico). Este citado instrumento puede ser descargado en el siguiente enlace:

<https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4464> Última revisión 15/03/2016.

SORIANO GARCÍA, tanto para el fenómeno estudiado como en el presente, en cuanto a que la desregulación "*no es ofrecer un espacio libre de actuación al Poder Ejecutivo, el cual no tendría que exigir habilitaciones permanentes del Parlamento ni someterse al control judicial, en gran medida*"⁵⁷³.

Ahora bien, debe entenderse que los dispositivos puntuales de este grupo normativo liberalizador pueden agruparse al menos tres tipos siguiendo un *criterio material*, y entendiendo que la habilitación de la antigua ley No. 25327 no tenía muchas cortapisas (involucraba todo lo que tenía que ver con aspectos de mercado según las nomenclaturas de "bienes y servicios" o "sectores productivos" planteados expresamente por el legislador):

- (i) En primer término, existió un conjunto de normas legales que tenían una clara vocación de eliminación de una anómala burocratización procedimental recaída sobre la vida económica y social del país a finales del siglo pasado, en el sentido de presentar la prescindencia de procedimientos de diversos objetos, sin eficacia, o que resultarán contrarios al anti-formalismo, además de plantear la desaparición de específicas cargas, instrucciones de fases y diligencias que resultaban innecesarias y gravosas. Dentro de éstos puede revisarse, entre otras, las llamadas "*medidas de simplificación administrativa*" aplicables a las tramitaciones de las concesiones mineras (ver los artículos 28 a 46 del decreto legislativo No. 708)⁵⁷⁴, o el

⁵⁷³ SORIANO GARCÍA (2011: p. 202).

⁵⁷⁴ Estos mecanismos normativos de desregulación deben entenderse situados fuera del ámbito de una verdadera ley de procedimiento común, puesto que la primera que tuvo el país recién se promulgaría once años después del comienzo de la ola desreguladora de 1991. En cualquier caso, a pesar de esta profunda afectación de la legalidad y eficacia

régimen instaurado por el artículo 3 del decreto legislativo No. 644 por el que se instaura la supresión de "*todas las restricciones y obstáculos administrativos y legales que impidan el libre acceso a las rutas y tráficos internacionales, para las empresas navieras nacionales*", o la creación del "*Regimen único simplificado*" para "*personas naturales y sucesiones indivisas domiciliadas en el país que desarrollen actividades generadoras de rentas de tercera categoría de acuerdo con la Ley del Impuesto a la Renta*" (ver el artículo 1 del decreto legislativo No. 777).

- (ii) En segundo lugar, se puede identificar disposiciones legales que buscaron la derogación directa de leyes y reglamentos en varios aspectos sectoriales por considerarlas contrarias a la liberalización despublicadora que se intentaba plantear. Al respecto, puede examinarse al decreto legislativo No. 711 que derogó el decreto ley No. 18177, permitiendo un más dinámico ejercicio de la libertad profesional en todo el territorio nacional, o el decreto legislativo No. 689 que derogó por completa la antigua ley de migración y contratación laboral de extranjeros (que restringía el ingreso y trabajo de estas personas en el país).
- (iii) Por último, existió un grupo puntual de decretos legislativos referidos a la supresión de

procedimental que se muestran en los considerandos de estos decretos legislativos de desburocratización, no debe olvidarse que Perú contaba con una rimbombante ley de simplificación administrativa de 1989 que recogía algunos principios generales de procedimiento y puntuales reglas anti-formalistas. Parece que muchas de estas últimas no fueron aplicadas en la realidad de finales de los ochentas, quedando claramente materializado el título de la obra del profesor M. CROZIER: "No se cambia la sociedad por decreto".

organizaciones administrativas que intervenían en forma contraria a la corriente liberalizadora, presentada principalmente en el decreto legislativo No. 660 que declaró la disolución de la Comisión Controladora del Trabajo Marítimo y el decreto legislativo No. 669 que decretó la extinción de la Comisión reguladora de tarifas de transporte.

3.2. LA NEO-REGULACIÓN

La mayoría de los decretos legislativos de 1991 estuvieron claramente pensados como una nueva regulación normativa, en el sentido menos anglosajón de la palabra. Es decir aparecieron como los productos de ejercicios legislativos delegados a favor del Poder Ejecutivo de la época "*en virtud de los cuales se establecen las reglas que ha de sujetarse un sujeto o una actividad. La regulación da lugar a normas, que se integran en el ordenamiento jurídico. Es por ello que se reserva al legislador y al Gobierno, cuya legitimación democrática y posición institucional les permite tomar en cuenta los plurales intereses y, en su caso, decidir la primacía de unos sobre otros*"⁵⁷⁵. Es más, se presentaron como un conjunto de dispositivos de completa innovación, dándole soporte y fuerza a la ola liberalizadora, pues por primera vez en Perú se introducía legislativamente y de manera orgánica los conceptos alrededor de las libertades económicas, el libre mercado, la libre competencia, la defensa de los consumidores, la propia regulación (que luego fue desordenadamente ampliada), el impulso de la iniciativa de los particulares y la eliminación de los monopolios, los controles de todo tipo y las reservas.

Lo interesante de este proceso es que casi sin indicarlo claramente en los

⁵⁷⁵ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 31). En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ-MUÑIZ, para quien en muchos "*procesos de privatización y de despublificación no hay, propiamente hablando, desregulación o sólo la hay parcial. Sí puede que haya un cambio en la regulación, y cabría hablar en tal sentido de neorregulación o de rerregulación*". Ver esta cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 137).

contenidos normativos, muchos de éstos empezaron el lento camino de aminoración de los *servicios públicos* al ser una técnica prestacional que no se adaptaba a los señalados efectos devolutivos queridos por la liberalización, situación que claramente puede verse reflejada en los subsectores del transporte, en los que por ejemplo se decretó la fijación de precios en el transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga, siguiendo el "*comportamiento de la oferta y la demanda*" (ver el artículo 1 del decreto legislativo No. 642), o se permitió abiertamente la "*libertad total de rutas y permisos de operación en el transporte marítimo internacional*" (ver el artículo 3 del decreto legislativo No. 644), o se eliminó cualquier reserva de actividades portuarias por razones del sujeto, al autorizarse que cualesquiera cooperativas y empresas no importando "*su modalidad queden facultadas para realizar las labores (...) en los Puertos Marítimos, Fluviales o Lacustres, en las faenas de embarque, desembarque, transbordo y movilización de carga en naves mercantes, de muelle a nave o viceversa y en bahía*" (ver el artículo 1 del decreto legislativo No. 645).

En adición, las normas que directamente pulverizaron el elemento central de la *publicatio* aparecieron en las decisión legales de eliminar "*toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas*"⁵⁷⁶ (ver el artículo 6 del decreto legislativo No. 757) y en la obligatoriedad implícita de que las empresas públicas y administraciones públicas que participaban en actividades económicas no pudieran generar monopolios públicos, pues éstos limitaban y distorsionaban "*la libre competencia*", produciendo a continuación posibles "*perjuicios para el interés económico general (..) en el territorio nacional*" (ver el artículo 3 del decreto legislativo No. 701).

En cualquier caso, estos cambios sustanciales respecto al tratamiento de los

⁵⁷⁶ Debe entenderse que en la época de la promulgación de este decreto legislativo No. 757, estaba todavía vigente la Constitución de 1979, la cual si permitía las reservas y monopolios públicos, por eso es que el propio artículo 6 de este dispositivo dejó espacio para el uso de estas técnicas, permitiendo que procedan "*mediante Ley del Congreso de la República*" y justificadas estrictamente "*por causa de interés social o seguridad nacional*".

servicios públicos, que llevaron a su lento apartamiento, deben considerarse como el eje central de la neo-regulación de la liberalización, junto con la delimitación legal del contenido de la *libre iniciativa privada*, en espacios de libertades económicas y competencia, como un derecho capaz de permitir que toda persona pueda "*dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes*" (ver el artículo 3 del decreto legislativo No. 757⁵⁷⁷). Debe entenderse que esta última neo-regulación de despublificación que permitía la conexión legal de la primacía de las personas en la realidad (que también existía en la Constitución de 1979), con las actividades económicas que cada cual quisiera hacer a su cuenta y riesgo, marcaron una cierta base para que el mercado comience a ampliarse en múltiples ámbitos, sin limitaciones generales de inicio y permitiendo que la principal manifestación de la subsidiariedad deje de ser una mera declaración constitucional vacía.

En ese sentido afirmo también que la neo-regulación cuyo objeto tocó implícitamente a los servicios públicos, pero de manera directa despublificó a no pocas actividades prestacionales, contituyeron verdaderas reglas nuevas, quedando enmarcadas -sin lugar a dudas- en el contenido de esta inicial técnica de la liberalización (por eso, a contrario sensu, no pueden entenderse como muestra de la desregulación estricta). Al respecto, como bien señalaba LÓPEZ-MUÑIZ, estamos ante reglas positivas que cambian unas por otras, puesto que "*implicando el régimen de servicio público un cierto tipo de regulación –aunque enraizada en la asunción de su titularidad por una Administración pública–, no hay verdadera razón para no poder hablar en tales casos, efectivamente, de nueva regulación o de*

⁵⁷⁷ Tal como se puede inferir de todo lo expresado, el decreto legislativo No. 757 estableció las bases para la protección real de la propiedad privada y la libertad empresarial, permitiendo además la aparición de los convenios de estabilidad jurídica, de un nuevo marco tributario y la eliminación de restricciones administrativas a la inversión. Ver estas cuestiones en ZEGARRA VALDIVIA (2005: p. 318).

neorregulación, en cuanto término que goza de una cierta densidad significativa nueva"⁵⁷⁸.

Para terminar este breve acápite, y siguiendo un criterio de clasificación finalista (por los propósitos buscados en su aplicación), debo señalar que la mayoría de los dispositivos legales neo-reguladores se pueden incluir en cualquiera de los siguientes tres tipos:

- (i) Los que, amparados en las amplísimas posibilidades otorgadas por la antigua Constitución y la ley de habilitación, buscaban *introducir* distintos institutos innovadores y bastante desconocidos para nuestra realidad, sumándoles unos contenidos sustanciales con regímenes exactos. De este estilo son los gravitantes decretos legislativos No 701, No. 716 y No. 757 que presentaron respectivamente las ordenaciones primigeneas sobre eliminación de prácticas controlistas y monopólicas, de tutela jurídica sobre la libre iniciativa y las inversiones privadas y la de protección de los consumidores.

- (ii) Los decretos legislativos que tenían un propósito de *homogeneización* de actuaciones procedimentales respecto de los ingresos o desenvolvimientos de operadores en sectores de fuerte incidencia económica. Dentro de este rubro puede contarse al régimen de requisitos similares para actividades del transporte acuático (ver el artículo 2 del

⁵⁷⁸ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 137).

decreto legislativo No. 644), o la autorización municipal única para el acceso a "los servicios públicos" de transporte urbano de pasajeros (ver el artículo 2 del decreto legislativo No. 651), y la esencial instauración de la autorización municipal de funcionamiento como técnica de control previo y estándar para el desarrollo de cualquier actividad económica en locales (ver el decreto legislativo No. 720).

- (iii) En tercer lugar, existieron los dispositivos liberalizadores que buscaron acabar - implícitamente- con la técnica de los servicios públicos y asegurar el ingreso efectivo de la iniciativa privada en múltiples campos económicos y sociales. En el primer rubro de manera directa se ubican los citados y estelares decretos legislativos 701 y 757. En el segundo grupo se pueden contar a todos los decretos legislativos que potenciaron el impulso privado en ámbitos diversos (no todos necesariamente prestacionales) tales como las renovaciones urbanas, sistemas asistenciales sanitarios, pesca, transportes, comercio exterior y exportación, los servicios eléctricos, servicios postales, actividad ferroviaria, servicios de saneamiento, actividades educativas, telecomunicaciones, pensiones, entre otros⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Este listado largo de actividades tratadas en la neo-regulación de los noventa prueban tres cuestiones, las cuales se enlazan con varias partes expuestas hasta ahora en este trabajo: (i) El conocimiento del servicio público era totalmente marginal en los albores de la liberalización, pues casi ni se le menciona, menos se aprecia un tratamiento jurídico en las normas de neo-regulación; (ii) El criterio económico no es exactamente el que guió la

3.3. LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS DE ESTATALES

En 1991 existían 186 empresas estatales de las cuales 135 tenían por objeto social diversos ámbitos no financieros (principalmente industriales, prestacionales, centradas en recursos naturales y de provisión de infraestructura y afines). El resto permanecían ligadas al sistema financiero, apareciendo así un potente aparato bancario y de seguros de titularidad pública que incluso hasta se desplegaba en las micro-finanzas a través de las todavía existentes y exitosas Cajas municipales de ahorro y crédito⁵⁸⁰. El conjunto de sus resultados económicos movían casi el 20%

despublicación de actividades y sectores, pues en el lista aparecen sometidas al ingreso de la libre iniciativa privada varios ámbitos que podrían considerarse a priori como "sociales" (incluyendo las pensiones). Por eso, y ante este decisivo antecedente, nunca puede dejar de mirarse a los regímenes prestacionales como un todo, descartando cualquier perspectiva material para discriminar; (iii) El efecto devolutivo de las nuevas reglas legales de esa época aparece marcado por una visión holística permitiéndose que la iniciativa privada se expanda en todos los campos donde libremente quiera. Esto último se conecta con las posibilidades reales que aparecen inmediatamente a favor de la subsidiariedad social a partir que la primacía de las personas, siendo ambos decisivos fundamentos para lograr el anterior cometido.

⁵⁸⁰Las cajas municipales de ahorro y crédito son empresas públicas de titularidad municipal (las municipalidades propietarias son las provinciales y la Metropolitana de Lima con mayores recursos presupuestarios), cuyos objetos sociales se encuentran relacionados al micro-crédito. La primera fue creada en 1981 en la ciudad de Piura, siguiendo el modelo alemán de las cajas de ahorro. Vale decir que desde siempre contaron con una amplia autonomía, visión descentralista y despartidarización política características reflejadas en la primera norma legal habilitante (el decreto ley No. 23029), aunque sea necesario estudiar su cercanía o no respecto de la subsidiariedad social en versión negativa (el artículo 60 de la CP), más si se tratan de organizaciones económicas pre-constitucionales que pasaron directamente al nuevo esquema liberalizador sin mucho sobresalto y examen profundo (junto con otras como SILSA, ESVGSA, la Caja militar y policial que aún mantienen un déficit de análisis jurídico-administrativo).

En la actualidad, su régimen no cuenta con un único dispositivo que regule todas sus funciones y aspectos principales. Dicha dispersión se puede comprobar con las remisiones planteadas por el artículo 286 y la quinta disposición final y complementaria de la ley No 26702, normas que dejan en manos de la legislación especial a la implantación de la ordenación aplicable a estos sujetos, salvo en la realización de ciertas operaciones financieras y *“lo relativo a los factores de ponderación de riesgos, capitales mínimos, patrimonios efectivos, límites y niveles de provisiones, establecidos (...) en garantía de los ahorros del público, y la exigencia de su conversión a sociedades anónimas sin el requisito de la pluralidad de accionistas”*. Por otro lado, sobre las operaciones financieras que podrían gestionar las cajas municipales de ahorro y crédito, el inciso 4 del artículo 282 de la ley No. 26702 indica claramente que estos sujetos podrán captar *“recursos del público”* para realizar el *“financiamiento, preferentemente a las pequeñas y micro empresas”*. El mismo dispositivo legal, en su artículo 286 (modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1028), plantea otras posibles operaciones y servicios que podrían gestionar estas empresas financieras municipales. A lo dicho, cabe agregar que el artículo 72 de la ley No. 27972 prohíbe que las cajas puedan *“concertar créditos con (...) las municipalidades del país”*. En el mismo sentido, y como muestra de las normas disímiles que las regulan, el artículo 5 del decreto supremo No. 157-90-EF reconoce una serie de actividades de intermediación financiera que podrían ser gestionadas por estos sujetos, las cuales

del exiguo PBI peruano de aquella época, aunque mantenían una serie de tropiezos y taras de todo estilo que resultaban difíciles de ocultar y propiciaron su casi extinción al inicio de la liberalización (partidarización política, ingentes pérdidas económicas, calidad de prestaciones muy bajas, una galopante corrupción, entre otras). Tan profunda fue la desazón de la sociedad peruana de ese momento respecto de estas organizaciones económicas, que una parte de la opinión pública y cierto sector del naciente Derecho administrativo propugnaron la desaparición por completo de esta *técnica*, presentando una inicial visión reactiva que luego apareció recogida en las discusiones de la Asamblea Constituyente en los años 1992 y 1993, según se ha podido comprobar en las primeras partes de este trabajo⁵⁸¹.

En ese sentido nunca en el país se discutió sobre la empresa pública, ni antes ni ahora, su acomodo y justificación de cara al interés público, menos se planteó su utilidad como un poderoso medio de acción pública para fines no necesaria y directamente medibles en aspectos monetarios (como la innovación e investigación tecnológica o el desarrollo de zonas

coinciden (casi literalmente) con las operaciones financieras reconocidas en las reglas legales antes expuestas.

Por otro lado, y ya propiamente sobre su núcleo jurídico-público, las relaciones de las cajas con los regímenes de presupuesto público y contrataciones estatales han sido tratadas hace algún tiempo atrás mediante la ley No. 29523. Esta norma plantea en su artículo 1, a fin de mejorar su eficiencia y nivel de competitividad de cara a otros operadores del sector financiero, que las cajas en *“la toma de decisiones en aspectos relativos a personal, presupuesto y adquisiciones y contrataciones”* sean excluidas de las *“normas y reglamentos del Sistema Nacional de Presupuesto y de la Ley de Contrataciones del Estado”*. Dicho esto, queda claro que estas empresas públicas deberán someterse -en las citadas materias- a regímenes jurídicos flexibles, tal como por ejemplo aparece expresamente recogido en el artículo 3 de la Ley 29523, indicándose que el *“directorio de cada caja municipal de ahorro y crédito aprobará por mayoría simple su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones. Dicho reglamento contará con la opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS)”*.

Finalmente, otra cuestión regulada aisladamente es la conformación y elección de los miembros del directorio de estas empresas municipales, que aparece recogida en la norma reglamentaria aprobada por la Resolución SBS No. 5788-2015. En este dispositivo infra-legal se manda a una composición de este órgano societario políticamente plural y multi-institucional, los requisitos de los integrantes respectivos, el procedimiento para designar a estos directores y otras situaciones jurídicas propias del cargo (impedimentos, responsabilidad, duración, etc.)

⁵⁸¹ Para entender estos datos y prejuicios sobre las empresas estatales, además de otras cuestiones jurídicas relevantes de esta técnica debe revisarse la obra del desaparecido profesor peruano CÉSPEDES ZAVALA (2010).

territoriales abandonadas por los operadores económicos), o las posibilidades reales que cada sujeto presentaba para asumir el encargo u objeto social y las respectivas tareas encargadas, siempre caso por caso⁵⁸². Simplemente, en ese momento de crisis lacerante, el debate se tiñó de economía⁵⁸³, ineficiencia casi absoluta (y comprobable) y destrucción del expansionismo público (características que no deberían seguir siendo planteadas de manera monocorde en los tiempos actuales). Y esto llevó a la des-juridificación del discurso y un tratamiento reduccionista de las empresas públicas (ambos rasgos hasta ahora se mantienen)⁵⁸⁴.

Pero quisiera volver a la privatización de las empresas estatales. Este proceso contó con dos soportes legales fuertes dentro del paquete liberalizador. Por un lado, el decreto legislativo No. 662, que buscó atraer capitales privados para diversos emprendimientos económicos, marcando un hito histórico ya que sienta las bases generales para la puesta en manos privadas extranjeras del control y propiedad de estos sujetos⁵⁸⁵. A

⁵⁸² Ver estas notas de discusión sobre las empresas públicas en el libro de ARIÑO ORTIZ (1993: pp. 182-198).

⁵⁸³ Buena parte de estas discusiones, como adelanté, giraron en torno al endeudamiento externo mantenido por el país y la necesidad de reducir el aparato empresarial público (para evitar -en parte- el incremento de ésta y cancelar lo debido a los organismos multilaterales acreedores), situación que como señala PIÑAR MAÑAS fue también tratada en muchos países de Europa y América. Al respecto, indica el profesor español que esta *"actitud no es por lo demás, exclusiva de España. Muy por el contrario, se apela a las privatizaciones en los más variados sistemas y utilizando los más diferentes argumentos (...) Desde Gran Bretaña o Estados Unidos, como paradigmas de la nueva corriente (...) hasta Méjico o Argentina, en donde las privatizaciones se justifican en base a la propia subsistencia del Estado, ahogado literalmente en la deuda externa y el inconmensurable déficit público"*. Ver esta cita en PIÑAR MAÑAS (1994: pp. 21-22).

⁵⁸⁴ En general, y aunque hayan existido estos específicos antecedentes nacionales, las privatizaciones de empresas públicas han aparecido por cuatro tipos de causas bien definidas: (i) razones económicas (debido a las carencias y falta de eficiencia en la mayoría de empresas públicas), (ii) razones financieras, (ii) razones políticas, y, (iv) razones jurídicas (por ejemplo el caso concreto de la UE que la implantó para permitir la formación del mercado único y la libre competencia). Ver estas cuestiones en NAVARRO RODRIGUEZ (2008: p. 35).

⁵⁸⁵ Este dispositivo en consonancia con otros del grupo normativo liberalizador (como los decretos legislativos 701 y 757) introducen rasgos y elementos básicos para lograr la privatización de buena parte del aparato empresarial estatal tales como: la libre iniciativa privada (ver el artículo 2), la libre competencia (ver el artículo 4) y el repliegue o abstención del Estado en la prestación de los "servicios públicos" (ver el artículo 6), decantándose además por una de las perspectivas de la subsidiariedad horizontal (protagonismo de los

esta primera norma legal le seguiría otro dispositivo especial: el decreto legislativo No. 674, que buscaba promocionar el ingreso de la iniciativa privada en el "ámbito" de estas empresas de titularidad pública. Por último el recuento de las fuentes legales de la privatización debe tomar en cuenta otras leyes sectoriales (por ejemplo en los ámbitos eléctrico y de telecomunicaciones ver -respectivamente- la LCE, ley de telecomunicaciones de 1991 y los decretos leyes No. 26095 y No. 26096)⁵⁸⁶.

Es necesario aclarar, dado el objeto del presente trabajo, que la privatización peruana de empresas estatales en sentido estricto, contando con un criterio organizativo y una clara tendencia sustancial, sólo se produjo en energía eléctrica, telecomunicaciones y respecto de importantes conglomerados de prestadoras de servicios de transporte, venta de gas en bombonas, industriales y de extracción de recursos naturales, no siendo posible considerar que las concesiones y otros contratos de "fomento de la inversión privada" de bienes e infraestructuras aeroportuarias, carreteras y puertos marítimos, o incluso de actividad prestacional, sean parte y objetos de esta técnica, por no involucrar el cambio de la titularidad (solo son modificaciones en los modos de gestión a favor de privados, aunque en varios objetos concesionales se presten ciertos servicios)⁵⁸⁷. Sobre esto

privados y el mercado, mientras que la participación pública activa en aspectos empresariales siempre debía darse por defecto a la intervención del privado).

⁵⁸⁶ La privatización en el Perú tuvo dos etapas. De 1992 a 1996 y desde año hasta el 2000. En total se transfirió o permitió la influencia dominante privada sobre un total de 228 empresas por un valor pagado de 9.221 millones de dólares, de los cuales sólo 6.993 millones ingresaron realmente al tesoro público. Ver estos datos, con cierta prudencia, en la página 24 del informe parlamentario de la Comisión investigadora de delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001 cuyo acceso es el siguiente: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/oscuga/informecideffinal.pdf> Última revisión 16/03/2017.

⁵⁸⁷ Entonces, siguiendo el criterio de la transferencia de titularidad, también quedarían fuera de la privatización estricta y sustancial el otorgamiento de los contratos referidos a la "prestación de servicios, arrendamiento, gerencia (...) y otros similares con personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero" preceptuados en el literal c) del artículo 2 del decreto legislativo No. 674, que debían recaer sobre las empresas estatales, para permitir un cambio de gestión y otras formas de administración. Estos supuestos contractuales constituyen una *privatización impropia*, siendo más correcto llevar su estudio a los regímenes de contratación pública, antes que tratar de empaquetarlos dentro de una noción que nos les corresponde.

En cualquier caso, la introducción de los contratos administrativos de concesión

último, es urgente filtrar el uso de la privatización para referirse sólo y propiamente al cambio de la propiedad y el control de estas organizaciones económicas a manos privadas, descartándose que pueda servir para referirse a toda gestión indirecta (u otros fenómenos contractuales)⁵⁸⁸, la cual "no es sino una colaboración con la Administración titular de éste, en clara posición de subordinación, y sin la libertad de quien ejerce una actividad que le corresponde como propia, como expresión de un derecho incluso fundamental que le pertenece a radice"⁵⁸⁹.

Tampoco puede entenderse como parte de la privatización de empresas públicas a la transferencia de bienes muebles, inmuebles y otras figuras desmaterializadas pero de evidente valor patrimonial-empresarial (marcas, patentes de invención, títulos habilitantes, etc.), a partir de la aplicación de los procesos de liquidación o disolución de estas organizaciones económicas. Esta modalidad considerada como de *última ratio* por parte del literal d) artículo 2 del decreto legislativo No. 674 se aplicaba cuando era económicamente inviable cualquier forma de transferencia de la titularidad a la iniciativa privada (no existía posibilidad alguna de remuneración a sus posibles adquirientes)⁵⁹⁰, abriéndose el camino a la "*disposición o venta de sus activos*" (concepto económico último que podía abarcar múltiples elementos materiales e inmateriales de la compañía). En estos casos,

en estos sistemas normativos de fomento de la inversión privada por parte del paquete liberalizador abrieron paso a un lento y tortuoso camino de la separación anti-técnica de nuestra contratación pública, entre contratos de gestión patrimonial (la contratación estatal) y los contratos prestacionales (concesión y la técnica de la asociación público-privada). Además, se produjo un *contaminante* uso del Derecho privado en las fases de formación y ejecución de éstos, sin dejar de mencionar el irrespeto y falta de limitación que muestran frente a los principios generales de contratación pública. Todo esto hasta ahora se mantiene y nos cuesta mucho (como sociedad), según los datos recientes que viene surgiendo de la frontal lucha anticorrupción que ha emprendido nuestro sistema de justicia y el propio Gobierno del Presidente Kuczynski.

⁵⁸⁸ En este punto me estoy refiriendo a determinados contratos de externalización firmados por empresas estatales (y también por una administración pública), para trasladar la gestión de ciertas actividad secundarias propias bajo la responsabilidad de determinados privados, tales como la limpieza, seguridad, manutención alimentaria, etc. En estos casos, nos encontramos, como indica ARIÑO, fuera de una "*privatización en sentido estricto*". Ver esta cita y precisiones en ARIÑO ORTIZ (1993: pp. 243-244).

⁵⁸⁹ LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 136).

⁵⁹⁰ ARIÑO ORTIZ (Op. cit, p. 244).

aunque se practicó un mal denominado procedimiento de "*promoción de la inversión privada*", en realidad se terminó utilizado distintos regímenes sectoriales referidos al objeto a ser traspasado a los interesados (los de bienes estatales, propiedad industrial, marcario, etc.)⁵⁹¹.

Sin embargo, si puede servir la privatización en un sentido jurídico correcto para referirse al cambio de propiedad de específicas unidades productivas o de negocio. Es decir, la venta de determinados "activos" complementarios o fragmentados de un gran conglomerado empresarial de titularidad estatal (como refinerías, gasolineras, supermercados, ductos de transporte, etc.), al constituir -por si mismos- una serie de verdaderas organizaciones económicas capaces de colocar bienes y servicios en el mercado. En consecuencia, lo realizado al inicio de la liberalización mediante la aplicación del literal a) del artículo 2 del decreto legislativo No. 674⁵⁹² en cuanto a las transferencias de su titularidad, sea por mecanismos propiamente bursátiles u otros, si entrarían dentro del marco conceptual estricto de esta técnica.

Ahora bien, debe entenderse que en nuestro Derecho la única manera de dejar de considerar a una empresa pública se encuentra fuera de la titularidad estatal y, por ende, bajo una propiedad o influencia dominante privada, es asumiendo de manera previa la perspectiva funcional sobre el control y dependencia pública⁵⁹³ que indubitablemente recae sobre éstas. Es decir, las modalidades de privatización para ser tales deberán pulverizar cualquier rasgo de ese *control público*, no debiendo olvidarse que éste

⁵⁹¹ Un ejemplo concreto de este mecanismo fue la venta utilizada por la extinta Empresa Nacional de Transporte Urbano del Perú S.A. (ENATRU PERÚ) recaída sobre sus ómnibus en servicio y otros enseres rescatables. Estas unidades vehiculares fueron vendidas a los antiguos trabajadores, mientras el resto de bienes muebles e inmuebles terminaron siendo rematados a través de sucesivas subastas públicas.

⁵⁹² Esta norma indicaba que se podía transferir "*al sector privado (...) una parte de las acciones o de los activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado*".

⁵⁹³ En esta visión funcional sobre las empresas públicas nos acercamos muchísimo al Derecho español y comunitario. Para una revisión detallada sobre el control público aplicado en estas organizaciones económicas ver a MARTÍN MATEO (1985: p. 372) y TENA PIAZUELO (1999: p. 913). .

ejercitado por una determinada administración pública, es siempre dúctil y puede manifestarse de diversas maneras: sea sobre la organización (órganos de gobierno societario, acciones, etc.), la gestión, actividades, la toma de decisiones específicas en la empresa (cláusula oro), entre otros, pudiendo ser incluso reflejadas mediante un control directo o indirecto⁵⁹⁴.

Es claro que estas formulaciones sobre el control público no aparecieron en las normas esenciales de la privatización (el régimen de fomento de la iniciativa privada), apareciendo así una visión deformada de los modalidades y mecanismos que supuestamente permitían la transformación de la naturaleza del "objeto privatizable" y la correspondiente transferencia de su titularidad a los privados. Al respecto, se nota mucho un criterio *utilitarista* de aminoración a ultranza del sector empresarial estatal, que también se manifiesta en las confusiones respecto a la posibilidad de asimilar la concesión en estos aspectos. Finalmente lo que importaba era el ingreso de la iniciativa privada a toda costa, a fin de que pueda hacerse cargo de múltiples empresas públicas, no importando su posición jurídica definitiva respecto de ésta (si como titular o mero gestor de determinados aspectos), o incluso lograr que pueda cumplir otros cometidos (como la aportación de recursos a partir de la venta de bienes).

En suma la ola liberalizadora nos mostró una privatización jurídicamente *impropia*, que al amparo del concepto jurídico indeterminado de la "*promoción de la inversión privada*" (ver el artículo 1 del decreto legislativo

⁵⁹⁴ En relación a lo indicado en el párrafo principal, no debe olvidarse que siempre para definir si estamos ante una empresa pública es necesario dejar "*de lado el dato meramente cuantativo para ir a contemplar la realidad de las cosas, que en el campo jurídico-mercantil nos indica que el control efectivo de la sociedad no se obtiene única y exclusivamente por la participación mayoritaria en el capital, sino que en ocasiones es perfectamente posible desde una posición estratégica de accionista minoritario con capacidad de dirección o de condicionamiento permanente de la vida societaria (minoría mayoritaria)*". Ver esta cita en TENA PIAZUELO (1999: p. 919). Adicionalmente el entendimiento comunitario sobre el control público de estas organizaciones económicas ha ido ampliándose rápidamente, a razón de buscar la aplicación efectiva de los principios de contratación pública y la propia protección del mercado interior. Así este elemento se configura como "*una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes*" de la correspondiente sociedad analizada. Véase este fragmento en la sentencia del TJCE, 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-0000, apartado 65.

No. 674), mezclaba datos de verdaderas transferencias de la titularidad de empresas estatales con otras técnicas ligadas más bien a las contrataciones públicas, bienes públicos, externalización de servicios, la utilización no necesariamente instrumental del Derecho civil y mercantil, Derechos administrativos especiales y hasta aspectos de re-organización del propio sector público de la época. Siendo posible su catalogación como un conjunto amplio de institutos dispares que buscaba recolocar en una posición distinta no sólo a las empresas estatales, sino a las propias organizaciones administrativas, a fin de reducir sus actividades, ampliar sus límites y dinamizar una mayor participación de los particulares, fenómeno que por último terminaría de expresarse en la "*tendencia a hacer uso cada vez con mayor insistencia de técnicas jurídico-privadas en el ámbito de actuación de los entes públicos*"⁵⁹⁵. Por lo dicho, creo que es más correcto y técnico el uso general de procedimientos de despublificación⁵⁹⁶,

⁵⁹⁵ PIÑAR MAÑAS (1994: p. 31). La aparición formidable del Derecho privado en este proceso de la liberalización puede revisarse en los regímenes extrapolados para aplicar los métodos básicos y de práctica de la "privatización" peruana (los que eran usados indistintamente en los sub-regímenes que se señalarán a continuación). En todos ellos el Derecho mercantil y bursátil fueron los ejes básicos. Los mecanismos en cuestión fueron los siguientes:

- a) Oferta pública de acciones.
- b) Venta privada de acciones.
- c) Venta de activos del gobierno o de una empresa estatal
- d) Fragmentación.
- e) Nueva inversión privada en una empresa estatal.

En el mismo sentido, el derecho privado aparece mezclado con el Derecho administrativo del endeudamiento público en el régimen del método del *pago por canje de deuda externa*. Este mecanismo establece la factibilidad de realizar el pago de una parte del precio de las empresas privatizadas mediante títulos de la deuda externa peruana o canje de deuda. Así la antigua Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) señalaba los casos en los cuales se podrá utilizar este sistema de pago, fijando también los montos máximos que podían ser cubiertos por las obligaciones. En ningún caso el pago al contado debía ser menor del diez por ciento del total del precio base. También, aparece el Derecho privado de manera más concentrada en el denominado programa de promoción empresarial, sistema que fue diseñado por la COPRI para permitir que el postor ganador pueda cancelar un mínimo del veinte por ciento del precio ofertado al contado y la diferencia pueda ser financiada hasta en ocho años con cuotas semestrales a un interés LIBOR de dos puntos. A cambio de esto, el adjudicatario tenía que entregar tres tipos de garantía: (i) una carta fianza por un porcentaje del saldo del precio (ii) Una garantía hipotecaria del negocio propio del adjudicatario, (iii) la garantía hipotecaria respecto del bien adjudicado. El administrador de este mecanismo, una vez que desapareció el CEPRI, era la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) que a su vez le encarga a un banco local la administración de los pagos por el saldo del precio.

⁵⁹⁶ Al respecto, el profesor LÓPEZ-MUÑIZ señala que estas pseudoprivatizaciones, como algunas de las señaladas en este acápite, se refieren básicamente "*a la aplicación de*

antes que señalar que todas las actuaciones alrededor del decreto legislativo No. 674 son "privatizaciones". Y esta última precisión conceptual y terminológica, incluso empataría mejor con la propia vena de la liberalización de los noventas.

Descendiendo en el análisis debo indicar que el artículo 2 del decreto legislativo No. 674 estipuló cuatro sub-regímenes de "privatización", sin asumir un criterio de transferencia de la titularidad, ni nada de lo anteriormente esgrimido, lo cual obliga a un obligatorio análisis de diferenciación. Así se podía privatizar una empresa estatal por la transferencia total o parcial de acciones, mediante venta en la Bolsa de valores de Lima o subasta pública. En segundo lugar, a través del aumento de capital mediante aportes efectuados por personas naturales o personas jurídicas constituidas en el país o en el extranjero. También se podía lograr el mismo propósito mediante la aplicación de contratos de asociación en participación, joint venture, otorgamiento de concesiones, prestación de servicios, contratos de gerencia, entre otras fórmulas. En cuarto lugar, el legislador englobó en esta técnica a la venta de activos fijos por disolución y liquidación de las organizaciones que económicamente eran inviables de privatizarse.

En cualquier caso los dos primeros sub-regímenes de la privatización, con determinadas condiciones de aplicación, si eran los naturalmente *aptos* para permitir la transferencia de titularidad o la influencia dominante de los privados interesados sobre las empresas estatales privatizadas, trayendo consigo la eliminación de cualquier forma del inicial control público. La cuarta modalidad -sólo- de manera restringida podía ser idónea para permitir la privatización de un específico "activo" de una empresa estatal inviable y a ser extinguida (dependía de la naturaleza del objeto

normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos que venían sujetándose a normas de Derecho público, incluidos los procesos de transvase de actuaciones de los Poderes públicos a organizaciones creadas y controladas por ellos que adoptan formas de personificación o/y actuación de Derecho privado. Es el fenómeno de la «huida del Derecho administrativo» que ha sido tan analizado y fustigado entre nosotros en los últimos años, y generalmente con razón". Ver esta cita en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 135).

privatizable). Por último, no existe forma jurídica-administrativa de considerar que el tercer sub-régimen de conformación propiamente contractual (mercantil) más el contrato concesión, podían ser consideradas como parte de la técnicas de la privatización en sentido estricto, siendo más bien intentos por flexibilizar la gestión u operatividad económica de las empresas estatales, sin que esto implique la pérdida de la titularidad estatal.

Por último, nunca puede terminar de darse una visión exacta de la privatización de empresas estatales peruanas, si al menos no se recogen ciertos datos de las dos principales ámbitos prestacionales en los que impactó decisivamente esta técnica: las telecomunicaciones y los servicios eléctricos. En ambos casos, debe reconocerse que estamos ante los referentes o buques insignia de este proceso de reforma liberalizadora que pretendió ampliar el sector privado y promover las inversiones en el país, mereciendo un estudio por separado (que por cierto escapa a las posibilidades modestas de este trabajo).

En primer lugar, respecto al sector de las telecomunicaciones, el Estado peruano vendió tanto la Compañía peruana de teléfonos (CPT), que brindaba servicios de telefonía básica en Lima Metropolitana, así como la Empresa nacional de telecomunicaciones (ENTEL), que era el proveedor exclusivo del servicio de larga distancia nacional e internacional y el operador local para el resto de provincias del país. Es así que contando con una nueva CP promulgada en el año 1994 se realizó una subasta pública para ofertar el 35% de las acciones comunes de ambas empresas públicas, utilizando para esto el mecanismo de mayor oferta en sobre cerrado. La ganadora de este proceso fue la empresa española Telefónica que pagó \$ 2,004 millones de dólares. Poco después este adquiriente fusionó ambas empresas para crear Telefónica del Perú S.A, la cual hasta ahora continúa siendo el operador principal de las telecomunicaciones peruanas⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ TORERO; PASCÓ FONT (2000: p. 7).

En segundo lugar respecto a la energía eléctrica a inicios de los noventa se crearon tres comités especiales de privatización para la venta individual de las empresas de generación, transmisión y distribución denominadas de manera respectiva como Electro-Perú⁵⁹⁸, Electro Lima⁵⁹⁹ y Etevensa. Posteriormente entre 1994 y 1997 el Gobierno continuó con la privatización de otras 10 empresas estatales de generación y distribución por un valor de 1,433.1 millones de dólares⁶⁰⁰. El proceso terminó con privatización de las cuatro últimas empresas regionales de distribución de electricidad ubicadas en el norte y centro del país denominadas Electro sur medio, Electro norte medio, Electro norte, Electro noroeste y Electro-centro. Lo interesante de estas privatizaciones son las labores de pre-organización y el cambio de la regulación en aras de atraer inversionistas privados. Estas actividades incluyeron que el Estado asumiera las deudas de largo plazo de Electro Perú¹¹⁴ y, en paralelo, impulsará una reforma integral del ordenamiento eléctrico, que se centró en la expedición del reglamento de la ley de concesiones eléctricas, la creación en diciembre de 1996 de la comisión reguladora del sector energético denominada OSINERG, y, finalmente, en las expediciones de la norma técnica de calidad de los servicios eléctricos y la ley antimonopolio y anti-oligopolio⁶⁰¹.

CAPÍTULO V. EL SURGIMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN REGULATORIA EN PERÚ

⁵⁹⁸ La empresa estatal Electro-Perú, organización verticalmente integrada, fue desmembrada y luego estos "activos" fueron privatizados por separado (me refiero a las empresas desintegradas Egenor, Cahua, Etevensa y la Empresa Eléctrica Piura).

⁵⁹⁹ La empresa monopólica Electro-lima fue dividida en cinco empresas más pequeñas y desintegradas.

⁶⁰⁰ TORERO; PASCO-FONT (2000: p. 7). En esta misma época aparecen las organizaciones regulatorias del servicio eléctrico, por un lado la Oficina de supervisión de la inversión en energía (OSINERG) y, en fechas posteriores, la Comisión de tarifas de energía (CTE), la cual más adelante pasaría a formar parte de la primera.

⁶⁰¹ TORERO; PASCÓ FONT (Ibidem, pp. 18-21).

1. NOTA INTRODUCTORIA

La puesta en marcha de los organismos reguladores peruanos permite cerrar el estudio del proceso de liberalización tratado con cierto detalle en el anterior capítulo. Estas nuevas administraciones públicas fueron asumidas por muchos Estados sudamericanos siguiendo el modelo de las agencias reguladoras norteamericanas, en un marco temporal similar al nacimiento de las Comisiones reguladoras independientes españolas⁶⁰². En el caso peruano su origen tiene un dato específico, se produjo bajo una importante cobertura de la subsidiariedad social en el sentido que este principio permitió justificar para ciertos ámbitos complejos, la necesidad de contar con nuevas entidades administrativas que, desde datos organizativos y funcionales diferentes y con un régimen propio, pudieran afrontar las disfuncionalidades de las libertades (económicas) y el mantenimiento de un nuevo orden entre agentes y participantes de diversas naturalezas (usuarios, prestadores e intervinientes diversos)⁶⁰³.

En síntesis la liberalización ha producido no sólo cambios prestacionales normativos en sectores, sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa⁶⁰⁴, que sirva y se acomode a ciertas características de las "novedosas" potestades regulatorias⁶⁰⁵, las cuales - desde una versión más estricta y ejecutiva- comportan, incluso con algunas innovaciones de más reciente data, "*la utilización de poderes de distinta naturaleza: normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores*"⁶⁰⁶.

⁶⁰² VÍRGALA FORURIA (2004).

⁶⁰³ La relación entre ciertos derechos económicos, la subsidiariedad y otros principios rectores de la economía es muy estrecha. Así, el profesor BETANCOR reconoce que muchos de estos últimos son "*derechos fundamentales que incorporan en su contenido los principios rectores de la política social y económica: ejemplo de la integración armónica*". Ver esta cita en BETANCOR (2010: p. 126).

⁶⁰⁴ ARAGON REYES (2009: p. 45).

⁶⁰⁵ Ver estas cuestiones iniciales sobre las organizaciones regulatorias en BETANCOR (2010: p. 313).

⁶⁰⁶ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 33).

En ese sentido estas organizaciones administrativas son creadas por el legislador peruano⁶⁰⁷ como una modalidad apartada de las verdaderas AAI, destinadas a desenvolverse principalmente en sectores de fuerte incidencia económica, siempre con una característica fundamental que las identifica: su relativa y variada *autonomía* (de la que daremos cuenta luego)⁶⁰⁸, condición de protección organizativa que le permite responder de mejor manera a dos propósitos de interés público principales. Por un lado garantizar la prestación o suministro efectivo de los diversos servicios que están bajo su competencia por parte de los operadores (con características de habitualidad, continuidad, universalidad y calidad en la cobertura a favor del conjunto de los ciudadanos)⁶⁰⁹. En segundo término afrontar el objetivo de revisar y resolver los reclamos de los usuarios del servicio por prestaciones defectuosas o incumplimiento de contratos de concesión (o surgidos de los títulos habilitantes de los prestadores).

En cualquier caso son entidades administrativas que desde siempre aparecieron conformadas como separadas de manera relativa del Gobierno, los políticos y otras fórmulas diversas de sujeción, por lo tanto, aisladas y protegidas frente a la partidización y cualquier elemento propio de la jerarquía o *rectoría*⁶¹⁰ respecto de otras administraciones públicas.

⁶⁰⁷ VÍRGALA FORURIA (2004).

⁶⁰⁸ BETANCOR (2010: p. 314).

⁶⁰⁹ FERNANDEZ GARCIA (2004: p. 70).

⁶¹⁰ El concepto de *rectoría* que aparece reconocido en varias normas de organización administrativas peruanas debe ser entendido como una competencia de dirección y ordenación muy extensa recaída sobre un determinado sector de actuación a favor de una administración pública específica. En cualquier caso esta potestad administrativa debe respetar la división territorial del poder instrumentalizada mediante la descentralización preceptuada por nuestra Constitución. Ahora bien, la rectoría incluiría principalmente en cabeza de una organización administrativa, las siguientes funciones: (i) la capacidad de reglamentar con alcance nacional, (ii) de colocar bases de actuación y de práctica de potestades parajudiciales para eliminar controversias y presentar criterios uniformes sobre materias controvertidas (a partir de un órgano decisor, pero que siempre quedaría sometido a la presunción *ius tamen de legalidad* aplicable a sus respectivos actos administrativos), (iii) el ejercicio de ciertas potestades ejecutivas (para formular políticas públicas únicas pero con un cierto margen de adaptabilidad y adecuadas a la citada autonomía de determinadas entidades que comparten roles en la materia) y (iv) finalmente de preparación y formulación de los correspondientes procedimientos que instrumentalizarán las potestades de todas las administraciones públicas intervinientes en la materia

Lo anterior no debe confundirse con la figura organizativa de la *adscripción* que el legislador peruano siempre recoge y reconoce como concepto en las respectivas normas de creación de estos reguladores, a fin de unirlos por afinidad funcional a un Ministerio y al propio Consejo de Ministros⁶¹¹. Tampoco puede confundirse con una pérdida de autonomía de esta administración pública, si es que aparece en una determinada materia o sector de actuación, compartiendo potestades con otras que no gozan de sus presupuestos de protección, pues como bien lo afirmó BETANCOR la pérdida de este presupuesto "*no quiere decir que el regulador tenga el monopolio de la ordenación de un mercado o sector económico determinado. El regulador independiente está inserto en un sistema de regulación de dicho sector en el que las potestades administrativas de intervención, control o supervisión están compartidas con otras autoridades administrativas que no responden a esa característica organizativa*"⁶¹²

Por otro lado es necesario precisar que estos “entes administrativos” utilizaron varias denominaciones en diferentes países⁶¹³, no existiendo

correspondiente. Como se notará es un concepto macro, muy de origen peruano, aunque tiene algunos rasgos cercanos a la Constitución Mexicana pero entendido en otra perspectiva organizativa, económica y adaptable al federalismo imperante en ese último país (ver el artículo 25 de la Constitución Mexicana).

⁶¹¹ La *adscripción* es un mecanismo o técnica de medida que trata de afirmar la responsabilidad política ante el Congreso de la República de un Ministro respecto de organizaciones administrativas diversas y sobre las que existe una afinidad material y competencial con el Ministerio bajo su mando (por eso la *adscripción* se refiere a un sector de actuación). No es una noción de jerarquía, ni de vinculación subjetiva de una entidad administrativa frente a otra. En el derecho peruano, el Presidente del Consejo de Ministros responde generalmente por diversos organismos funcionalmente heterogéneos pero adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, mientras los demás Ministros responden de manera más homogénea por entidades funcionalmente más cercanas al correspondiente Ministerio al que le correspondiente mandar. Debe entenderse que la administración pública peruana del Estado se ha venido organizando en sus relaciones con el Parlamento mediante este instituto introducido al país desde 1963 con la antigua Ley del Presupuesto Funcional, no existiendo mayores datos para temer o alegar una posible afectación de la autonomía relativa de los reguladores, a partir de su aplicación efectiva y frecuente.

Finalmente, este elemento aparece actualmente reconocido de manera única para todos los organismos reguladores, indicándose que quedan adscritos a la Presidencia del consejo de ministros (ver el artículo 32 de la LOPE).

⁶¹² BETANCOR (2010: p. 314).

⁶¹³ ARAGÓN REYES (2009: p. 45).

hasta la fecha un consenso sobre su *nomen iuris*. Así por ejemplo se denominan *agencias* en el mundo anglosajón⁶¹⁴, *autoridades administrativas* en Italia y/o *autoridades administrativas independientes* en Francia y España, u *organismos reguladores* en nuestro país. Frente a esta terminología tan heterogénea he considerado conveniente utilizar el nombre de *organismos reguladores*, dejando de lado al término ajeno de A.A.I⁶¹⁵ u otros. En cualquier caso esta denominación considero es posible de ser generalizada en el Derecho peruano y su aplicación paritaria debe darse ante la desordenada legislación sectorial, a partir del reconocimiento actual hecho por el legislador peruano (según se explicará a continuación).

Sin embargo, a pesar de disparidad en las nomenclaturas en varias realidades, lo cierto es que la característica común de este tipo de administraciones públicas es que nacen a la par de acontecimientos económicos, políticos y jurídicos propios de la liberalización⁶¹⁶. Por ejemplo en España, esta organización administrativa aparece en 1994 con la ley de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN) ley 40/1994 que crea la primera Comisión reguladora española en la electricidad (CSEN), lo que más adelante sería la Comisión Nacional de la Energía (CNE)⁶¹⁷. Luego, continúa en 1996 con la expedición del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de

⁶¹⁴En sentidos terminológico y organizativo, utilizar las palabras Comisión y Agencia es lo mismo, teniendo ambas un claro origen norteamericano.

⁶¹⁵ Las administraciones públicas independientes, según definición que es perfectamente trasladable a nuestro Derecho, son "*organizaciones administrativas de carácter institucional no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder ejecutivo*". Ver esta cita en el interesante libro de MAGIDE HERRERO (2000: p. 33). Esta categoría es asumida en el Derecho peruano por el profesor ABRUÑA indicando que sólo quedan incluidas en esta clasificación el "*Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva en el ejercicio de sus funciones específicas y la Superintendencia de Bancas y Seguros*". Ver esta cita en ABRUÑA (2010: p. 186).

⁶¹⁶ Ver reflexión preliminar de FERNANDEZ ORDOÑEZ (1999: p. 5) en la obra de LASHERAS (1999).

⁶¹⁷ La CNE nació por Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos, y luego fue desarrollado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento.

junio de Liberalización de las Telecomunicaciones, que creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

A su turno, en Perú se originaron a partir de 1991 en medio de la denominada “*Reforma y modernización del Estado*”⁶¹⁸, proceso amplio que implicó la reducción estatal a una mínima expresión y la implantación -en general- de muchísima flexibilidad en la gestión de las organizaciones administrativas (incluso con la introducción poco técnica del Derecho privado). Esta reducción y retirada del Estado abrió paso a la entrada y competencia de nuevos operadores en varios sectores (despublicados)⁶¹⁹ y el correspondiente reacomodo de las nacientes administraciones públicas bajo la cláusula del *Estado regulador*⁶²⁰.

En suma, es claro que la inclusión del Estado regulador permitió buena parte de la adaptación pública en los años iniciales de nuestra liberalización, a partir de las potestades que se habilitaron a las nuevas

⁶¹⁸ Esta expresión normativa presentada en el párrafo principal identificó a varios procesos de reforma administrativa iniciados por distintos gobiernos peruanos. El primero de ellos fue establecido por el ex-Presidente Fujimori durante su primer periodo de gestión. Entre los distintos lineamientos que guiaron este proceso resaltaron: a) el establecimiento de un programa de renuncias voluntarias de empleados públicos y personal de empresas estatales, bajo incentivos económicos; b) la reorganización y creación de entidades cuyas funciones resultaban importantes para el éxito del programa económico del gobierno. Bajo este lineamiento apareció la administración tributaria y aduanera (SUNAT), el primer regulador denominado OSIPTEL (1991), el famoso INDECOPI (1992) y el segundo regulador denominado SUNASS (1992) y; por último, c) la reorganización de la administración pública en general.

Posteriormente aparece un segundo intento hacia 1995 bajo el mismo gobierno fujimorista. En este periodo se creó el tercer regulador denominado OSINERG (1996) y dos años después aparece el cuarto regulador llamado OSITRAN (1998).

Un tercer momento fue la llamada modernización del Estado peruano planteada mediante la ley No. 27658, norma que a lo largo de sus 4 capítulos y 15 artículos buscaba la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y una participación más directa de la Presidencia del Consejo de Ministros en este proceso.

Para una revisión profunda de estos procesos de reforma puede revisarse -desde las ciencias de la administración- la importante obra de RAMIÓ MATAS (2008: pp. 60-63).

⁶¹⁹ Ver la obra de MALARET GARCIA (2003: p. 757).

⁶²⁰ Desde las ciencias de la administración el profesor RAMIÓ MATAS (2008) señalaba que estos procesos de implantación del Estado regulador parten “*de la base de un proceso de reingeniería organizativa orientando a mejorar la eficiencia y eficacia de los aparatos públicos convencionales, con eficiencia y eficacia orientados a obtener una moderna gestión pública; Y por otra parte, de la necesidad de regular con eficiencia y neutralidad política (es decir con autonomía e independencia) numerosos sectores económicos y sociales generándose un proceso de centralidad combinada entre los agentes públicos y el mercado*”.

entidades regulatorias, siempre en la búsqueda de los dos propósitos antes mencionados y de corregir ineficiencias, desventajas y limitar asimetrías informativas. Sin perjuicio de esto el Estado regulador también aseguró que estos nuevos desempeños administrativos se efectuaran de manera más acorde a los mercados abiertos (pero sin que los últimos -a veces- dejen de ser intensamente intervenidos), en el que se permita la inclusión, participación y entrada de más operadores y agentes económicos. En suma, la *cláusula del Estado regulador* aunque pareciera ser una novedad de la liberalización no renovó nuestra "arquitectura administrativa"⁶²¹ (aunque si permitió el alumbramiento de un Derecho administrativo peruano mucho más serio y científico), siendo correcto afirmar que fue un ajuste de los viejos paradigmas con ciertas nuevas fórmulas de intervención administrativa⁶²².

2. ANTECEDENTES Y NACIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PERUANOS

Además del propio proceso de liberalización de los noventa, lo cierto es que las transiciones políticas en América Latina ayudaron mucho al nacimiento de las organizaciones regulatorias en esta parte del mundo occidental⁶²³ pues dieron el marco perfecto para cumplir con las exigencias ciudadanas de creación de entes neutrales, permitir y asegurar el ingreso y participación de operadores económicos privados (inversión extranjera directa) y además originar un sistema mínimo de institucionalidad y gobernanza. En ese sentido, este antecedente histórico también resulto decisivo para nuestro país, no sólo para permitir un retroceso de la

⁶²¹ Ver esta gráfica frase en la obra de LAGUNA DE PAZ (2016: p. 34).

⁶²² MUÑOZ MACHADO (2009: p. 18). Ver estos rasgos aparecidos en España con la implantación del Estado regulador en la obra de LINDE PANIAGUA (2005: pp. 44-45).

⁶²³ La primera transición democrática frente al largo periodo de dictaduras vivido por Latinoamérica comenzó en República Dominicana (1978) y fue seguida luego por Ecuador (1979), Bolivia (1982), Argentina (1983), Nicaragua (1984), Brasil y Uruguay (1985), Guatemala (1986), Chile (1990), El Salvador (1992), Honduras y Panamá (1994).

presencia estatal en los sectores productivos y de servicios, sino porque frenó los largos procesos de nacionalizaciones confiscatorias⁶²⁴ que llevó adelante la dictadura militar anterior a la Constitución de 1979 y que tuvo no pocos intentos y reflejos en la segunda parte de la década de los ochentas.

Este panorama sombrío cambió en los primeros años de los noventa, a partir que el Perú se embarcara en un programa de estabilización económica e inserción en escenarios internacionales aunado a una reforma estructural que incluía el citado y desordenado programa de privatización de empresas estatales. De este modo se eliminaron las restricciones a la inversión extranjera, impulsó la desregulación, la neo-regulación y la lucha frontal contra el estatismo imparente en las épocas iniciales de la liberalización⁶²⁵.

El contexto del nacimiento de los llamados organismos reguladores en el Perú se da en medio de estos procesos, incluso con anterioridad desmonopolización y pulverización de la iniciativa estatal en las telecomunicaciones, pero siempre al amparo de la liberalización emprendida antes de la promulgación de la CP⁶²⁶. Así pueden establecerse

⁶²⁴ El largo periodo de la dictadura militar (1968-1980) es una época a ser estudiada por el actual Derecho administrativo peruano, pues mucho de lo realizado en esa etapa impactó en varios de los contenidos de los institutos que hasta ahora utilizamos. Por ejemplo la expropiación forzosa y varias de sus deficiencias, tienen que ver con las anómalas construcciones que se usaron en esa época. En este periodo las nacionalizaciones de diversos bienes y servicios no tenían una compensación real, inmediata y efectiva a favor de los privados. Al menos, esto puede predicarse de la entrega de los llamados "bonos de la deuda agraria", tanto que éstos fueron considerados por el actual TCP como un elemento "no cancelatorio" por su propia entrega o tenencia (entonces fueron medios que atentaron contra la garantía patrimonial de los afectados). Ver, entre muchas otras, la STCP, recaída en el Exp. 0022-1996-PI/TC, 16 de julio del 2013, F.J. 14.

⁶²⁵ ALCAZAR; POLLAROLO (2000: p. 15), BONIFAZ; URRUNAGA (2006: p. 7).

⁶²⁶ Durante esta época inicial de la liberalización ocurre también la creación del INDECOPI mediante ley No. 25868 de noviembre del 1992, apareciendo configurado como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Esta figura organizativa (de plena originalidad del legislador de la época) hasta ahora se sigue reconociendo como una especie de nuestra "descentralización funcional", que permite a la entidad "descentralizada" algunos niveles de autonomía y su creación legislativa mediante el uso de la técnica fundacional. Ver estas cuestiones en CABALLERO ORTIZ (1981: p. 7).

Por otro lado, el INDECOPI nació para promover el desarrollo de las libertades en

tres etapas claramente marcadas: (i) la primera iniciada a mediados de 1991 hasta 1998 que aparece normativamente dispersa y con menos dosis de autonomía para los recién creados; (ii) una segunda a partir del año 2000 hasta el 2005, época en la que se consolida el desarrollo de estas entidades administrativas (a partir de la promulgación de la ley No. 27332) y en la que también aparecen otras organizaciones administrativas que tienen componentes organizacionales y funcionales cercanos a los iniciales reguladores. Esta etapa puede considerarse como la de reforzamiento institucional, paridad de tratamiento y eliminación de la dispersión con la que surgieron al inicio de la ola liberalizadora, y; finalmente (iii) el tercer periodo entre el año 2007 y el 2009 que estuvo marcada por la expedición de la LOPE, la cual ha fijado mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores, aunque muchas veces se les reconozca con otros nombres (principalmente con la denominación de Superintendencias y bajo la sub-categoría de "Organismos técnicos especializados").

En este capítulo me ocuparé principalmente de la primera parte, tal como indica el título de este capítulo, sin embargo dado que se tratan de hechos separados sólo por la evolución legislativa aplicable a estas entidades administrativas, en algunas explicaciones introduciré las explicaciones sobre la segunda y tercera fase (esta última con datos más restringidos).

En primer término, como bien afirma DANOS, para el caso peruano no puede considerarse que estas organizaciones administrativas se concentraron sólo en espacios prestacionales, su irrupción se dió también en ciertos aspectos concesionales con otras justificaciones de corte económico y para controlar ejecuciones contractuales, puesto que la creación de los "*organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos,*

la economía peruana, la leal y honesta competencia, así como para garantizar que los diversos mercados funcionen adecuadamente mediante libre competencia y protección de los consumidores, haciendo una suerte de árbitro general, aunque sin los niveles de autonomía con los que nacieron los organismos reguladores.

*carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras"*⁶²⁷.

En el mismo sentido, también cabe reconocer que las cuatro iniciales organizaciones regulatorias no fueron planificadas en sus creaciones con un sólo *criterio* (de anterioridad o posterioridad a la aplicación de la correspondiente técnica aparecida en la liberalización). Por ejemplo el primer ámbito donde aparecieron (el OSIPTEL para el sector de telecomunicaciones) ocurrió en noviembre del año 1991 antes de la venta de la compañía peruana de teléfonos (CPT) que prestaba el servicio para la ciudad de Lima Metropolitana y de la propia empresa nacional de telecomunicaciones (ENTEL) que operaba en el resto del territorio peruano⁶²⁸. Los otros tres aparecieron después de manera desordenada⁶²⁹, incluso

⁶²⁷ DANOS (2000: p. 60).

⁶²⁸ El texto original del artículo 79 del decreto legislativo No. 702, norma dada dentro del paquete liberalizador y que debe ser catalogada como un instrumento más de neo-regulación, preceptuaba el origen del primer regulador peruano en los siguientes términos: "*La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones, que en adelante se denominará "Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones", se encargará de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas"*.

⁶²⁹ Los otros dispositivos de creación de los tres organismos reguladores iniciales de la liberalización surgieron fuera del paquete normativo de 1991. Al respecto, en diciembre de 1992, en medio del régimen del auto-golpe se creó el regulador con las dosis de protección organizativa más tenues y con un ordenamiento sumamente disperso, la denominada SUNASS encargada de proponer "*las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reuso de aguas servidas y limpieza pública, fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga"* (ver el artículo 1 del decreto ley No. 25965). Posteriormente, el artículo 1 de la ley No. 26734 de 1996 creó el OSINERG (ahora llamado OSINERGMIN) como "*organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería"*. Finalmente, unos años después en 1998, el legislador mediante los artículos 2 y 3 de la ley No. 26917 ordenó la creación del OSITRAN para intervenir en la infraestructura nacional de transporte de uso público y "*regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y*

fuera de la privatización o como parte de de los procesos de reforma estatal emprendidos por el Gobierno Fujimorista⁶³⁰. Así el OSITRAN surge "*en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público. En cambio, OSINERG fue creado años después del inicio del proceso de transferencia de la propiedad de empresas estatales y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector. El caso de SUNASS es especial porque se trata de un organismo que fue creado en el marco del proceso de reestructuración del sector, saneamiento desarrollado durante los primeros años de la década pasada, por el cual los servicios de agua potable y alcantarillado que eran de responsabilidad de una empresa estatal nacional (SENAPA) fueron transferidos a las municipalidades provinciales y distritales, con excepción de la empresa de saneamiento de Lima - Callao (SEDAPAL) que mantiene su calidad de empresa del gobierno nacional*"⁶³¹.

Es claro que estos dos ámbitos objetivos enlazados al ingreso de los privados en ciertos desmonopolizados servicios (con la anterior o consecuente privatización de las correspondientes empresas estatales que dejaron estos sectores) y, en segundo lugar, la inclusión de nuevas iniciativas en las infraestructuras en red del transporte terrestre, aéreo, marítimo, ferrocarrilero y fluvial; marcaron el inicio del modelo de competencia y de un incipiente régimen de fallos de mercado (por una asignación ineficiente de recursos mediante precios) que intento adaptar las ideas económicas de la *public choice* y de ciertos datos de la *regulation* norteamericana⁶³², bajo las cuales el "*Estado debe regular para corregir este*

objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios"

⁶³⁰ La SUNASS es el ejemplo más claro de la inclusión de una organización cuasi-regulatoria en un proceso de reforma estatal, sin que necesariamente existan espacios de privatización reales (la privatización de empresas estatales no es un presupuesto para su surgimiento). Esto es fácilmente demostrable pues en 1998 la naciente SUNASS había reconocido en su sector a 145 Empresas prestadoras de saneamiento (EPS) incluyendo a la poderosa empresa estatal SEDAPAL. El resto de estos operadores eran de propiedad de una serie de Municipalidades.

⁶³¹ DANOS (2000: pp. 61).

⁶³² Se nota mucho la influencia de la escuela económica de Chicago en una serie de documentos sobre la regulación y el papel de los organismos reguladores peruanos. Por

fallo (...) el mercado puede recuperar su lógica natural y alcanzar, por consiguiente, el óptimo paretiano"⁶³³.

Es decir en este inicial nuevo marco regulatorio el Estado debe eliminar todas aquellas restricciones y barreras burocráticas que tienden a aumentar los costes de transacción, para lograr que los monopolios naturales puedan operar eficientemente sin que se deteriore la calidad del servicio o se generen precios que impliquen un abuso de posición de dominio de ciertos operadores. Esto luego decantara en la necesidad de ejercitar un supuesto nuevo cúmulo de poderes de la "regulación" mediante formas organizativas independientes, transparentes y eficientes, pero siempre ligadas a ámbitos de fuerte contenido *económico* (con posibilidades de rentabilización empresarial), los cuales marcarán una tendencia de origen -no justificada- de reducción de sus papeles en la realidad actual⁶³⁴.

Lo anterior es el punto de partida de los "entes" reguladores peruanos, alejándose así del influjo gubernamental y la política, mostrando razonada autonomía, brindando a los inversores en ciertos sectores liberalizados o

todos se pueden revisarse las ideas vertidas en el siguiente enlace:

https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/MMartinez_Chiclayo.pdf

Última revisión: 22/03/2017.

⁶³³ BETANACOR (2010: p. 103). Debe aclararse que en el pasado las fallas del mercado constituyeron un argumento que ha servido para que el Estado proveyera directamente todos los bienes y servicios posibles, creándose la idea extendida en el país del Estado productor.

⁶³⁴ Creo firmemente, tal como pude adelantar en anteriores partes de este trabajo, que si existen en nuestra realidad actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente "sociales" (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, mercados y nociones económicas, podrán existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades "regulatorias" para evitar daños a terceros, asegurar que estas actuaciones prestacionales "sociales" interanalicen los costes que generan y, por último, puedan tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos. Ver estas ideas en LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35). Por eso, estimo es posible la creación y funcionamiento de organismos reguladores para servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa sobre todo), siempre que el legislador los permita, generando -en paralelo- la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades de las administraciones públicas del Estado (y el propio gobierno).

En cualquier caso en la actualidad muchas de estas consideraciones aparecen reflejadas en los "organismos reguladores en la sombra", organizaciones instrumentales que sin tener la denominación y algunos rasgos, se acerca y casi son estas entidades administrativas distintas. Del estatuto de algunas de estas entidades administrativas me ocuparé en la última parte de este capítulo.

de nuevas infraestructuras en red, dosis de transparencia, velando al mismo tiempo por un trato imparcial frente a éstos que permita dirimir controversias e incertidumbres. Finalmente garantizando el acceso y los derechos de los usuarios del servicio o el emprendimiento correspondiente. En suma la finalidad última "*de la creación de los organismos anteriormente mencionados, fue la de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*"⁶³⁵.

2.1. UNA CATEGORÍA PARA LOS ORGANISMOS REGULADORES

Más allá de la heterógena denominación utilizada casuísticamente y que puede llevar a confusiones (entre Superintendencia y Organismos), el ordenamiento peruano reconoce que los Organismos reguladores pueden quedar calzados como administraciones públicas instrumentales, los cuales evidentemente nacen por un mandato fundacional del legislador, con personería jurídica-pública propia y otorgada directamente por norma legal, con un nivel dependencia a una de las tres administraciones públicas territoriales (la estatal), pero sin las dotaciones de independencia intensa y que particularmente la CP (y también la antigua Constitución) sólo otorga y reserva para las verdaderas *administraciones públicas independientes* (especie de organización administrativa institucional que como adelanté sólo puede ser predicada para el Jurado Nacional de Elecciones, la SBS y el BCR).

Al respecto el profesor ABRUÑA ha sido bastante claro en clasificar a este tipo de entidades administrativas, siendo jurídicamente posible que la

⁶³⁵ TASSANO VELAOCHAGA (2006: p. 246).

siguiente definición que citaré pueda ser trasladable a su aparición e incluso resulte aplicable en las actuales circunstancias (dada la falta de cambio legislativo o constitucional sobre la independencia). Los Organismos reguladores fueron y son *organizaciones instrumentales*, en tanto, aparecen configurados por el legislador con una "*cierta autonomía relativa con respecto a una organización pública superior, corporativa o estrictamente institucional, de la que dependen y a la que sirven. Son manifestaciones del uso de la técnica de descentralización, pero encierran en sí un fenómeno complejo en el que con una base común, personalidad jurídica y cierta autonomía, los fines, medios, dependencias y sujeción al Derecho Público pueden ser muy diversos. Son creadas para gestionar una actividad propia de la Administración Pública de la que dependen, de ahí que se les denomine instrumentales*"⁶³⁶.

Es más, en concordancia con esta anterior categoría que desmitifica la supuesta independencia de los organismos reguladores respecto del gobierno y el conjunto del Poder ejecutivo, estas entidades administrativas de la liberalización surgieron como fenómenos organizativos de una desconocida *descentralización por servicios o funcional*, concepto que sin embargo aparecía reconocido expresamente en el antiguo decreto legislativo No. 560. En esta norma se permitía la creación de entidades administrativas dependientes del Presidente del Consejo de Ministros dedicadas a diversas actuaciones, pero con algún nivel de autonomía administrativa (ver los artículos 55, 56 y 57 del citado dispositivo). En años posteriores del presente siglo, esta misma noción de descentralización funcional quedó reconocida en la actual LOPE a través de las denominadas entidades del Poder ejecutivo que quedaron adscritas a un específico Ministerio. Estas últimas pueden ser de dos tipos: (i) los organismos públicos ejecutores y (ii) los organismos públicos especializados (ver los artículos 28 y 29 de la ley No. 29158). Justamente dentro de esta última sub-categoría se ha reconocido a los *Organismos reguladores* como entidades de intervención básicamente economicista, puesto que actúan "*en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el*

⁶³⁶ ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional" (ver el artículo 32 de la citada ley No. 29158).

En suma, aunque la actual normatividad de organización de la administración del Estado presenta un nivel más alto de autonomía a favor del desenvolvimiento de los organismos reguladores, en virtud de la abierta eliminación de una serie de antiguas y expresas declaraciones de dependencia o pertenencia que se pueden revisar en las normas legales de creación de estas entidades⁶³⁷, lo cierto es que antes y ahora puede catalogárseles como *administraciones institucionales instrumentales* capaces de tener un ámbito de protección con niveles intensos de autonomía que deben ser sostenidos desde formas diversas (principalmente en la selección de sus directivos y otros mecanismos que permitan aislar su desempeño competencial). Sin embargo, dada su manifestada categorización siempre serán entidades administrativas necesitadas de que el legislador apruebe y extienda ciertos modos de lejanía y no intervención sujeta por parte del Gobierno y las propias administraciones ministeriales.

Así los organismos reguladores son depositarios y claras muestras organizativas de la descentralización funcional que imperó y hasta ahora subsiste en nuestro Derecho administrativo de la organización, apareciendo la última como una noción centrada en dotar al sujeto creado de una personalidad jurídica-pública distinta y propia, además de una serie de medios materiales, humanos y competenciales, pero siempre con algún grado de dependencia respecto de la organización administrativa fundadora, dato de origen que permite el nacimiento de múltiples opciones organizativas con

⁶³⁷ Por ejemplo, resultaba bastante claro el original artículo 80 del decreto legislativo No. 702 que señalaba al OSIPTEL como "*un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera*". En el mismo sentido aparece el artículo 1 de la ley No. 26734 que aunque declara al inicial OSINERG como entidad con "personería jurídica de Derecho Público Interno" y con un nivel alto "de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera", aparecía configurado finalmente con un nivel de "pertenencia" al Ministerio de Energía y Minas. Más gráfica resultó la expresión contenida en el artículo 1 del decreto ley No. 25965 por la que se declaró que la SUNASS es "*una Institución Pública Descentralizada*" y autónoma, pero "*perteneciente*" al desaparecido Ministerio de la Presidencia.

más o menos niveles de autonomía administrativa, funcional, económica-financiera, de personal⁶³⁸. En particular, y como una muestra concreta de la amplitud de supuestos que recoge la descentralización funcional peruana, los Organismos reguladores se ubicaron y mantienen una posición de tutela y protección distinta incluso respecto de otras integradas en el conjunto de entidades instrumentales del Poder ejecutivo⁶³⁹, dado su papel y la necesidad de muestras o manifestaciones concretas de *despolitización* que exigía el inicio de la liberalización⁶⁴⁰, aunque siempre aparecerán rasgos de su vinculación de dependencia o cierto nivel de subordinación con el gobierno y ministerios⁶⁴¹.

⁶³⁸ Ver sobre los conceptos de la administración institucionales y la descentralización funcional en CABALLERO ORTIZ (1981) y ARIÑO ORTIZ (1974).

⁶³⁹ Una muestra incompleta y por pulirse de esta protección diferenciada es el régimen de los órganos de gobierno de estos Organismos reguladores. El legislador indica que estas entidades administrativas se encuentran dirigidas "*por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese*" (ver numeral 6 del artículo 32 de la ley No. 29158). Al respecto creo que la única de construir un régimen de directivos de los Organismos reguladores alejado de los políticos es configurarlo como un componente o escalera final de una especial *carrera profesional y pública del personal regulatorio*, en la que existan posibilidades de concursos internos de ascenso entre los funcionarios que desde siempre han trabajado en el ejercicio de potestades y actuaciones de sectores regulados. No creo que el actual esquema de concursos públicos y designación con remoción por causales tasadas dirigidos por la Presidencia del Consejo de Ministros sea del todo malo respecto de la protección de la autonomía de la organización regulatoria, sin embargo nunca podrá ser comparable con un sistema de carrera que permita elegir a los mejores dentro del grupo de funcionarios concursados (que no le deben el puesto a nadie más que a sus capacidades y méritos personales). Vale decir, que el legislador peruano podría construir, a razón de la ley del servicio civil y la irrupción de un modelo de carrera vertical y horizontal, un sistema especial y distinto para este personal administrativo tan particular, incluyendo en la capa superior a sus respectivos directivos y gerentes.

⁶⁴⁰ La preocupación por la obligatoriedad de la despolitización de los reguladores se ha mostrado en diferentes países occidentales. Así, un importante autor hace algunos años atrás consideraba que parte de las comisiones reguladoras de los servicios de red españoles habían sido copados: "*Los partidos políticos las han invadido, sus decisiones y las votaciones en su seno han estado cada vez más «alineadas», según las posiciones políticas de quienes nombran a sus miembros, con o sin instrucciones; las injerencias políticas en ellas han sido crecientes, y ello alcanzó su clímax cuando hace ya más de dos años (abril de 2007) el presidente de la CNMV decidió dimitir ante el intervencionismo gubernamental en la OPA sobre Endesa de Enel y Acciona*". Ver este comentario crítico del profesor G. ARIÑO, G en el siguiente enlace:

<http://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/1247861372.html>

Última revisión: 23/03/2017.

⁶⁴¹ Una muestra actual de esta dependencia o subordinación específica y controlada de los Organismos reguladores peruanos es que estas entidades deberán determinar "*su política*

Incluso esta mencionadas extensión y diversidad subsisten hasta el día de hoy. Al respecto dadas las similitudes entre las sub-categorías de Organismos públicos del Poder Ejecutivo y el dato de la independencia competencial "*con arreglo a su Ley de creación*" que otorga el legislador al barrido para los Organismos reguladores y otra modalidad de entidad instrumental (ver el artículo 31 de la LOPE), es que en el seno de nuestra descentralización funcional se viene produciendo un fenómeno extraño de intercambiabilidad y relativización de las denominaciones aplicadas al conjunto de estas puntuales organizaciones administrativas, bajo el cual se puede indicar normativamente una nomenclatura y supuestas diferencias funcionales u organizativas, pero en la realidad terminan apareciendo más cercanías que diferencias entre las administraciones públicas comparadas. Por tanto, a pesar que el legislador pretenda plantear distancias entre los denominados organismos reguladores y los organismos técnicos especializados, algunas de las entidades administrativas creadas dentro de la última sub-categoría aparecen ejercitando labores propias y conformadas con la estructura propia de un Organismo regulador, aunque con protecciones y garantías más tenues (a pesar de la independencia funcional general preceptuada por la propia LOPE)⁶⁴².

Por último el TCP aunque no ha construido nociones organizativas aplicables a los Organismos reguladores, lo cierto en algunas sentencias de la década pasada ha intentado reforzar el valor de la *autonomía* de estas entidades administrativas, comprendiendo que esta característica otorgada por el legislador es muy valiosa para recubrir el correcto ejercicio de las potestades regulatorias y su propio funcionamiento de cara al interés público. Así, el Alto tribunal ha indicado que la "*supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos*

de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno" (ver el numeral 1 del artículo 32 de la señalada LOPE).

⁶⁴² En suma, dada su falta de sistemática y coherencia, el legislador peruano superó hace buen tiempo el listado "cerrado" de Organismos reguladores establecido en el artículo 1 de la ley No. 27332.

creados por Ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable"⁶⁴³. Además, el TCP intuye la necesidad de componentes organizacionales distintos de estas entidades señalando que el "*Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible*"⁶⁴⁴.

3. LOS ORGANISMOS REGULADORES NACIERON Y CONTINÚAN COMO CUASI-INDEPENDIENTES

Considero que un dato distinto y novedoso de los Organismos reguladores creados al inicio de la liberalización peruana es el relativo nivel de *cuasi-independencia* con la que aparecieron, debiendo entenderse que este dato organizativo es consecuencia de las distintas formas de autonomía reconocidas legislativamente (casi siempre relacionadas con aspectos administrativos, económicos-financiero y de gestión) y que no quitan ni aportan nada respecto de su categorización como entidad instrumental, aunque si abren el espacio para construir su régimen especial de organización. En suma se tratan de administraciones públicas surgidas con un amplio manejo técnico, funcional y capacidad para auto-organizarse y auto-administrarse (siempre con ciertos límites), pero sin la posibilidad de ser *independientes*, en tanto, separadas política y completamente del Gobierno y la administración del Estado. Si se quiere surgieron para tener un "*ámbito de libre determinación, y la consiguiente relegación de la Administración gubernativa a un control esencialmente defensivo, es decir, más centrado en evitar que la entidad lesione intereses generales en el*

⁶⁴³ STCP, recaída en el Exp. 005-2003-AI, 03 de octubre del 2003, F.J 10.

⁶⁴⁴ STCP, recaída en el Exp. 00034-2004-PI/TC, 15 de febrero de 2005, F.J 39.

proceso de satisfacción de los intereses colectivos sobre los que se estructura, que en guiarla en el servicio de estos últimos"⁶⁴⁵

Sobre esto último, aunque la autonomía (y su producto específico: la cuasi-independencia) y la independencia puedan plantear la posibilidad de una diferencia de grado o intensidad, que no sólo se manifiesta en las distintas categorizaciones de entidad administrativa instrumental y administraciones independientes, considero que en el caso de los iniciales Organismos reguladores es mejor diferenciar a estas nociones en clave cualitativa puesto que la independencia siempre supone el rompimiento "*de la relación de instrumentalidad. Ruptura que no va dirigida a hacer posible la autoadministración, sino la neutralización política de una determinada actividad administrativa*"⁶⁴⁶.

A partir de la distancia conceptual planteada, es evidente que la completa neutralización política del Gobierno nunca fue ni será predicable para nuestros Organismos reguladores (entendido este concepto en un sentido jurídico de nula posibilidad de dirección del políticamente elegido o designado por éste dentro del Poder ejecutivo⁶⁴⁷), aunque tengan reconocidos por el legislador un gran espacio y márgenes de maniobra para servir de manera mucho más neutral y objetiva a los intereses públicos sectoriales aparecidos en ámbitos prestacionales o de infraestructura en red. En suma el término *cuasi-independencia*, dada la posibilidad terminológica que existe en nuestro Derecho, abre el espacio para mostrarse como una denominación sintética que resume y junta a las diferentes autonomías reconocidas expresamente por el legislador respecto de estas específicas entidades instrumentales (tanto antes como en la actualidad).

En adición, aunque se trate de una cuestión adaptada a la tercera etapa y a

⁶⁴⁵ MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

⁶⁴⁶ MAGIDE HERRERO (Ibidem, p. 58).

⁶⁴⁷ ABRUÑA (2010: p. 185).

las vigentes reglas implantadas por la LOPE, bien vale la pena entender que la cuasi-independencia es la interpretación correcta de la genérica y actual calificación legal dada a los Organismos reguladores como entidades administrativas con "*independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación*" (ver el artículo 31 de la LOPE). El contenido de esta protección funcional esta emparentado a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominó *autonomía de gestión*, noción que siempre resulta "*limitada en todo caso (...) aquellos organismos dependen de una Administración territorial (a través de un Ministerio en el caso del Estado)*"⁶⁴⁸.

Pero regresemos a los inicios. Ahora bien esta característica esencial mostrada en la primera legislación de creación de los Organismos reguladores se basa en dos pilares fácilmente discernibles y de permanente aparición positiva (incluso en las etapas posteriores al término de ola liberalizadora), a saber los aspectos propios respecto de "*las autoridades que integran su máximo órgano colegiado, además de su presidente, que no pueden ser cesados libremente por el Gobierno*"⁶⁴⁹. En segundo la existencia de "*una prohibición de impartición de órdenes e instrucciones por parte de éste que lo aleje de la función asignada*"⁶⁵⁰.

En ese sentido estos fundamentos diagraman los tipos de cuasi-independencia de los reguladores (o notas cercana a ella) las cuales deben aparecer efectivamente para ser considerados como tales (más allá del mero reconocimiento normativo). Existiendo así la *orgánica* y la *funcional*, ambas siempre respecto del Gobierno de turno. La primera está referida al nombramiento, remoción y cese de sus directivos y los mecanismos que se usan para tales fines (el estatuto personal de estos máximos funcionarios públicos). La segunda se encuentra planteada con respecto a la existencia de una relación de jerarquía, tutela o control del mismo Gobierno respecto de estas entidades manifestada en el dictado de instrucciones o directrices

⁶⁴⁸ SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 409).

⁶⁴⁹ BETANCOR (2010: p. 314).

⁶⁵⁰ BETANCOR (2010: p. 314).

de obligado o vinculante cumplimiento, o, mediante la posibilidad de modificar actos resolutivos o decisiones regulatorias mediante algún tipo de recurso administrativo o mecanismo propio del ejercicio de potestades gubernativas (el encuadre organizativo y funcional del Gobierno antes estas nuevas entidades administrativas).

Vale decir que a partir de la influencia anglosajona con la que se fundaron nuestras organizaciones regulatorias, la cuasi-independencia fue intentada de ser asumida como un “*supuesto aislamiento*” de la influencia del poder encarnado en el Poder Ejecutivo, buscando separar la política y la administración, a partir de una intensa autonomía organizativa y la imposibilidad de intervención, participación conjunta o revisión de roles por parte de los Gobiernos y otras administraciones públicas. Sin embargo esta última posición extrema y ya entrada en años, no encuentra encaje constitucional actual y supone el desconocimiento de una serie de razones técnicas, de gestión y jurídicas que han ido por un camino más cercano a la conjunción de esfuerzos administrativos, a fin de afrontar mercados ordenados no sólo por las primeras entidades administrativas (tal como actualmente viene sucediendo con el Organismo de Fiscalización Ambiental y su espacio competencial compartido con los Organismos reguladores clásicos creados al inicio de la ola liberalizadora)⁶⁵¹.

A partir de esta cuasi-independencia de doble modalidad se puede construir una serie de adicionales consideraciones definitorias de estas entidades instrumentales. La más importante es la *especialidad* de esta organización administrativa con la que apareció para afrontar la transformación de los sectores despublificados, con el propósito de asumir el papel de garante, supervisor y vigilante de las prestaciones brindadas por terceros, además del competente para el ejercicio de potestades de “*asignación de medios escasos o a la imposición de obligaciones adicionales de servicio*”⁶⁵². En ese sentido, como bien ha afirmado el profesor

⁶⁵¹ BETANCOR (2010: p. 327).

⁶⁵² SCHMIDT-ASSMANN (2003: p. 257).

BETANCOR, deben convertirse en organizaciones administrativas con algún nivel de independencia cuya *especialización* afecta a "*la función y a la organización. Esta es una organización especial para desarrollar una función especial. La especialidad de la organización tiene por finalidad facilitar la especialización adecuada para el óptimo desarrollo de la intervención regulatoria en el contexto de las singulares circunstancias del mercado. La regulación precisa reguladores y éstos deben ser tan especiales como la regulación que han de desenvolver que, a su vez, será tan especial como el mercado sobre el que se va a proyectar dicha intervención*"⁶⁵³. Es decir son especiales en tanto "*organismos únicos y establecidos ad hoc, a los que se tiende a atribuir en bloque funciones de regulación referentes a actividades o sectores de interés general*"⁶⁵⁴.

Por otro lado aparejadas a las dos anteriores aparece la *imparcialidad* que también resulto muy resaltada en el régimen de creación de estas organizaciones administrativas⁶⁵⁵, característica que aparece pensada para reforzar la neutralidad y objetividad técnica con la que deben desolverse en los sectores liberalizados, principalmente en el desempeño de las llamadas potestades administrativas parajudiciales (de resolución de conflictos e incertidumbres mediante impugnaciones), las cuales, como bien afirmó ABRUÑA (para todas las administraciones públicas incluyendo las regulatorias) no representan "*expresión de potestad judicial (...) pues sus actos son realizados en virtud de una potestad administrativa que se encuentra revestida de la presunción iuris tantum de legalidad, a diferencia de la presunción iuris et de iure de legalidad de la que están dotados los actos realizados en virtud de potestad judicial*"⁶⁵⁶.

⁶⁵³ BETANCOR (2010: pp. 317-318).

⁶⁵⁴ BACIGALUPO SAGESSE (2008: p. 17).

⁶⁵⁵ Ver esta característica implícitamente recogida en el original artículo 79 del decreto legislativo No. 702 tras el ámbito objetivo del OSIPTEL como entidad administrativa encargada en el servicio de telecomunicaciones de "*garantizar la calidad y eficiencia (...) brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas*".

⁶⁵⁶ ABRUÑA (2010: p. 113).

Para cerrar las relaciones conceptuales de la cuasi-independencia vale indicar que aunque no aparecen expresamente reconocidas en los dispositivos iniciales, existen dos características adicionales que se enlazan con esta noción y aparecen implícitas en estos textos legislativos. Estas nociones han sido muy bien planteados por BETANCOR y han servido para otorgar la cobertura suficiente: (i) al nacimiento de mecanismos para solucionar los conflictos de interés aparecidos en supuestos concretos (monopolios naturales y los servicios en red); y, (ii) para crear instrumentos y actuaciones que permitan tener cierta de credibilidad ante los sujetos del mercado liberalizado⁶⁵⁷. Ambas no han tenido desarrollo en las actuales circunstancias, aunque aparecen pensados en ciertas políticas de comunicación institucional y datos del empleo público practicados por estas organizaciones regulatorias.

Como última cuestión es necesario indicar que la cuasi-independencia aparecida durante el surgimiento de las organizaciones regulatorias, al estar basada en la autonomía y otros datos organizativos planteados por el legislador en cada norma de creación (esencialmente los niveles de dependencia o vinculación subjetiva), no siempre pudo (y podrá) atribuirse de igual manera a los Organismos reguladores iniciales (ni tampoco a los nuevos que se han creado a partir de la segunda etapa antes mencionada). Esta cuestión de disparidad en el tratamiento determina la necesidad de revisar casuísticamente sus regímenes de autonomía, bajo la idea de una manifiesta diversificación organizativa regulatoria⁶⁵⁸.

Así, puede establecerse un primer grupo de reguladores en los que la cuasi-independencia se configuró con múltiples ámbitos de auto-organización y auto-administración, básicamente en aspectos administrativos, económicos, financieros y en los que aparecieron finalmente reflejados en una lenta construcción de la selección y remoción diferenciada de directivos y menos niveles de sujeción respecto del propio Presidente de la República

⁶⁵⁷ BETANCOR (2010: p. 331-334).

⁶⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 407).

o de una concreta entidad ministerial (cuestiones que sobre todo se afianzaron durante la segunda etapa a partir de la promulgación de la ley No. 27332). En este grupo puede considerarse al OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN, todas entidades regulatorias en las que se puede revisar unos iniciales datos de fuerte y estricta dependencia⁶⁵⁹ pero con dosis altas de autonomía funcional, que terminaron por ensamblar una ordenación propia y equilibrada con potestades protegidas.

El segundo grupo está conformado en solitario por la SUNASS, entidad instrumental que, como adelanté al inicio de este capítulo, no surgió como una directa consecuencia o necesidad de respuesta regulatoria en el subsector saneamiento (sino como producto del proceso de reforma y disminución del aparato de la administración estatal), apareciendo en sus orígenes con una dependencia directa a una extinta organización ministerial (el Ministerio de la Presidencia), "*con personería de derecho público*" y "*patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa*" (ver el artículo 1 del decreto ley No. 25965). El dato diferenciador en este regulador se encontraba en el señalamiento como único órgano de gobierno al correspondiente Superintendente, sin que ningún Consejo Directivo aparezca en esta posición máxima, situación que en la práctica aminoró las posibilidades reales de autonomía funcional de esta organización regulatoria, puesto que la designación de este órgano unipersonal correspondía "*al Presidente de la República, a propuesta del Ministro de la Presidencia, mediante Resolución Suprema*" (ver el artículo 16 de la ley No. 26284)⁶⁶⁰.

Debe indicarse que la evolución legislativa y reglamentaria colaboró mucho en fortalecer una cuasi-independencia más vertebrada y real de ambos

⁶⁵⁹ Por todos, puede revisarse el texto original del artículo 80 del decreto legislativo No. 702 que preceptuaba que el "*Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera*".

⁶⁶⁰ También puede revisarse esta diferencia organizativa de la naciente SUNASS en en DANOS (2000: p. 67).

grupos durante la segunda etapa de la historia de los Organismos reguladores, demostrada -en concreto- con la introducción de un esencial y estándar régimen de acceso y remoción regulada del conjunto de directivos de estas entidades. En ese sentido, nunca debe dejar de tomarse en cuenta a la ley No. 27332 como la reductora del margen de las remociones⁶⁶¹ y, en fechas posteriores, a la esencial reforma de origen reglamentario que permitió la primera aplicación de concursos públicos⁶⁶² como técnica de salvaguarda de las designaciones del Presidente y miembros en los respectivos Consejos Directivos, permitiéndose así algún grado de aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En suma en la etapa de la unificación normativa se produjo un reforzamiento muy importante de la cuasi-independencia *orgánica*, aunque algunos datos de esta época reflejan también la disminución de la intensidad de la dependencia al eliminarse este término de la definición contenida en el artículo 1 de la ley No. 27332. Quedando los Organismos reguladores reforzados en su ámbito competencial y autonomía funcional (al eliminarse cualquier forma de práctica de potestades de dirección activa y directa), pero nunca desligados de una vinculación y control de protección por parte del Gobierno (esencialmente para evitar cualquier lesión de intereses públicos y otras cuestiones puntuales de política general

⁶⁶¹ El reformado numeral 6.4 de esta ley reducía las causales de remoción de miembros sólo a los casos "*de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos, de conformidad con lo que se señale en sus respectivos reglamentos*".

⁶⁶² A pesar que la ley No. 27332 sólo presentaba un régimen de acceso mediante designaciones, la posterior norma reglamentaria contenida en el decreto supremo No. 014-2008-PCM en sus artículos 2 y 9 admitió por primera vez el ingreso de directivos de Organismos reguladores mediante concursos públicos, abiertos y mediante la actuación de una Comisión valuadora integrada por cuatro integrantes de corte técnico (que representaban a los Ministerios impactados por la actividad regulada). En este esquema de selección que se mantiene hasta la actualidad, una vez terminado el concurso, la Comisión selecciona una terna de candidatos que era dada a conocer al Presidente del Consejo de Ministros y éste, a su vez, lo presentaba al Presidente de la República. Finalmente es el Presidente de la República quien designa -de manera discrecional asumiendo cualquiera de las tres opciones- mediante resolución suprema a los miembros o miembro que integrarán el Consejo Directivo del regulador. En conclusión esta norma reglamentaria creó un sistema de acceso mixto o intermedio para la alta burocracia de los Organismos reguladores (en el que se mezclan las fórmulas de concurso público y el sistema de libre designación política).

que no podían dejar de ser asumidas por el gobierno)⁶⁶³.

Todos estos avances terminaron configurando las entidades administrativas que ahora conocemos y que se sostienen sobre la base de un régimen de apariencia estatutaria⁶⁶⁴ compuesto por una garantía legal y reglamentaria de "*especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político*"⁶⁶⁵. La superación de la dependencia y control positivo que previó el legislador en los primeros años de la liberalización y que se extendió hasta terminar la primera década del siglo pasado terminó transformándose completamente, permitiendo luego un segundo periodo de configuración como entidades administrativas con un importante cuasi-independencia protegida, pero que siguen manteniendo la incardinación y el valor de su instrumentalidad dentro del conjunto administraciones públicas estatales ubicadas en el Poder ejecutivo.

4. EL PRIMER ORDEN COMPETENCIAL DE LOS REGULADORES

El surgimiento de este tipo de entidades administrativas estuvo marcado por un orden competencial disímil⁶⁶⁶, en razón de la dispersa normatividad

⁶⁶³ MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

⁶⁶⁴ Indico la condición de "apariencia estatutaria" pues aparece como un régimen de reglas cerradas e imposibles de ser ampliadas en cuanto a los destinatarios (ver la lista de *numerus clausus* del artículo 1 de la ley No. 27332), debido a la singularidades funcionales y organizativas de los Organismos reguladores, pero que sin embargo, dado el desorden de nuestra descentralización funcional y la falta de un adecuado Derecho de la organización, ha llevado al acercamiento muy estrecho de algunas entidades instrumentales de reciente creación para situarse en la posición de auténticos reguladores en la sombra, a pesar de denominarse y asimilarse a la sub-categoría legislativa de "organismos técnicos especializados" (ver el artículo 31 de la LOPE). En el acápite final de este capítulo trataré brevemente sobre esta cuestión tan actual, pero necesitada de contrastar respecto a los inicios de la liberalización.

⁶⁶⁵ DANOS (2000: p. 63).

⁶⁶⁶ Existieron un total de cinco leyes que habilitaron de diferentes potestades a los nacientes organismos reguladores, a saber: el decreto legislativo No. 702 (artículos 80, 81 y 82) para el OSIPTEL, la ley No. 26284 (artículos 10 al 15) y el decreto ley No. 25965 (artículo 1) para la SUNASS, la ley No. 26734 (artículo 5) para el OSINERG y por último la ley No. 26917 (artículos 4 al 8) para el OSITRAN. Posteriormente, el legislador ha tenido un intento fallido por intentar uniformizar el orden competencial mediante la implantación de un solo régimen de potestades (ver los artículos 3, 4 y 5 de la ley No. 27332), sin embargo

que acompañó y otorgó cobertura a sus sucesivas creaciones, característica última manifestada con la promulgación de alguna norma legal extra que se necesitó para terminar de completar el proceso de habilitación de potestades administrativas a favor de estas nuevas organizaciones instrumentales. A pesar de este inicio algo caótico lo cierto es que si es posible encontrar un núcleo de potestades básicamente centradas y de cobertura en el régimen de policía administrativa (el grupo de funciones más importante y representativo), potestades regulatorias no limitatorias, sumadas a potestades reglamentarias, auto-organizativas y de corte interno y parajudiciales, las cuales -más allá y salvo denominaciones disímiles aparecidas con las atribuciones dispersas- se han mantenido hasta la actualidad (ver los vigentes artículos 3, 4 y 5 de la ley No. 27332).

El primer conjunto son potestades que resultan completamente explicables y contenidas en la clásicas técnicas de la policía administrativa⁶⁶⁷, salvo algunos agregados más recientes y bastante escasos de entidad conceptual⁶⁶⁸.

Pudiendo clasificarse en: (i) potestades de ordenación y control⁶⁶⁹ regulatorio destinadas a mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los operadores (allí donde el sector lo permita) o de mantenimiento de estándares de calidad y eficiencia en las actuaciones prestacionales o correspondientes ejecuciones contractuales de las

al dejar vigentes todas las normas de creación (con una derogación diferida y supeditada a la producción de los nuevo regímenes, los cuales en muchos casos nunca se crearon, salvo alguna excepción), permitió la coexistencia de un orden competencial único y las potestades específicas y propias habilitadas durante la primera fase de creación. Es decir, mezcló el orden con la dispersión funcional, situación que demuestra la falta de sistémica y política normativa que nos acompaña en múltiples ámbitos de actuación.

⁶⁶⁷ Creo en el concepto de policía administrativa entendida en como una categoría institucional sentido estricto y manifestada en diversas potestades destinadas a limitar y delimitar derechos y libertades, a fin de mantener el orden público acotado y entendido "*como ha estado constituido, y debe seguir estándolo, por un mínimo juzgado imprescindible para la convivencia en comunidad*". Ver esta cita en REBOLLO PUIG (1999: p. 281).

⁶⁶⁸ Tal como lo ha podido demostrar el profesor LAGUNA DE PAZ (2016: pp. 33-34).

⁶⁶⁹ DANOS (2000: p. 73). En la actualidad, es claro que estos mecanismos de control ha tenido avances hacia técnicas más flexibles, aunque no con los nombres comunitarios, que por sobre todo buscan el cumplimiento de "*deberes de información y transparencia, actividades comunicadas y declaraciones responsables (...) procedimientos de evaluación y auditoría (...) que eliminan trabas burocráticas a las empresas*". Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 644).

concesiones de la infraestructura del transporte y servicios (manifestada principalmente en la posibilidad de imponer órdenes, mandatos prohibitivos, y medidas correctivas), (ii) potestades de supervisión y fiscalización⁶⁷⁰ referidas principalmente al contraste material, revisión del cumplimiento de diversas obligaciones normativas, contractuales y técnicas por parte de los correspondientes operadores y agentes regulados, todas las cuales quedarían enmarcadas en una gran competencia inspectiva⁶⁷¹, (iii) potestades de delimitación del contenido de los derechos de los regulados (iv) potestades de investigación preliminar y de indagación de medios indiciarios, que puede aparecer en paralelo o juntas con las anteriores, (v) potestades sancionadoras en contra de conductas tipificadas y cometidas por los sujetos regulados (lo cual incluía las sub-potestades de inicio, procesamiento, imposición de punición y ejecución de la misma).

En segundo lugar las potestades regulatorias no limitatorias estaban principalmente compuestas por: (i) Competencias diversas de promoción, información y sostenimiento de la competencia leal en el sector regulado, además de "*determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes*"⁶⁷², (ii) Potestades tarifarias que permitieron establecer la remuneración de ciertos concesionarios de naturaleza privada⁶⁷³, (iii)

⁶⁷⁰ La fiscalización y supervisión por el estricto y necesario funcionamiento del sector para el cual han sido creados, y el diseño de mecanismos que permitan mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios o infraestructuras bajo su competencia, han sido de las cuestiones que más ha resaltado el TCP para los Organismos reguladores. Ver al respecto la STCP, recaída en el Exp. 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre del 2003, F.J 38, 39, 40 y 41.

⁶⁷¹ LAGUNA DE PAZ (2010: pp. 262-263).

⁶⁷² DANOS (2000: p. 73).

⁶⁷³ Al respecto, debe entenderse que la tarifa "*debería reservarse a la remuneración exigida por la prestación de un servicio a través de concesionario o de entidad que actúa en régimen de derecho privado. La tarifa no es un ingreso de derecho público y no es manifestación de la potestad tributaria. La tarifa es ejercicio de la potestad tarifaria que nace con la conversión de una actividad de contenido económico en servicio público. En este sentido su fijación es fruto de una resolución sometida al Derecho administrativo, pero esta resolución no debe adecuarse a la normativa tributaria. La determinación de la tarifa responde a la financiación del servicio y, en el caso del concesionario, se vincula a la formalización del contrato concesional. No es fruto de un acuerdo, pero queda anudada a la vida del contrato en virtud del principio del equilibrio financiero*". Ver esta cita perfectamente adaptable a

potestades de fijación de precios manifiesta principalmente en las actuaciones del OSITRAN respecto a mercados relativamente competitivos en los que no existían cláusulas tarifarias y con relación a "otros cobros"⁶⁷⁴ y (iv) potestades de colaboración y asistencia con las entidades ministeriales competentes y cercanas al sector regulado.

Tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro Organismos reguladores antes mencionados, conformaron la esencia de la primera *cláusula del Estado regulador* de origen legal, que restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatatismo y devolvió el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal). Este orden competencial exacto adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva que los Organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores que sucesivamente fueron liberalizados.

Pero el recuento de las potestades definitorias e iniciales de los organismos reguladores no estaría completo si es que no se muestran algunas notas importantes sobre las potestades reglamentarias y parajudiciales, siendo ambas fundamentales para completar el mantenimiento de las condiciones adecuadas para superar y encontrar respuestas ante las disputas o incertidumbres de los participantes y, en adición, un marco de estabilidad jurídica apropiado que permite el despliegue de *"la confianza en el respeto a las reglas de juego, favorece la seguridad jurídica, y con ello, el*

nuestro Derecho de las concesiones de servicios en TORNOS MAS (1994: p. 87).

⁶⁷⁴ Este tipo de precios distintos a las tarifas aparecen cuando existen "mercados que no funcionan en régimen de competencia efectiva (...) Con frecuencia, este es el caso de los sectores verticalmente integrados, en los que la prestación de servicios requiere la utilización de infraestructuras difícilmente repicables". Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (2010: p. 258).

desarrollo de la actividad económica"⁶⁷⁵.

En primer término, las potestades reglamentarias fueron instrumentalizadas para ejecutar y desarrollar las incompletas y parcas normas legales de creación y funcionamiento de los Organismos reguladores, esto a través del único tipo de reglamento que se conoce en nuestro Derecho: el *ejecutivo*. Aunque muchas veces estas entidades administrativas buscaron plantear intentos o muestras efectivas de sobrepasarlo (mediante versiones de reglamentos independientes o, peor aún, a través de dispositivos infra-legales *contra legem*)⁶⁷⁶. Por lo dicho es que los dispositivos reglamentarios regulatorios (no importando la jerarquía del órgano productor o su variada nomenclatura de empaquetadura como Directiva, Resolución del Consejo Directivo, Resolución de Presidencia del Consejo Directivo, etc.) siempre debieron ser considerados (y hasta ahora lo son) como "*los que desarrollan y complementan una ley porque la ley misma lo ha previsto mediante llamamiento expreso. Por ser una norma subordinada y de colaboración con la ley, el reglamento ejecutivo ni puede contradecir la ley que desarrolla, ni puede regular aspectos esenciales de la materia porque supondría invadir la esfera material de reserva legal*"⁶⁷⁷.

Finalmente las potestades administrativas parajudiciales aparecieron en el causi-estatuto de los Organismos reguladores -fundamentalmente- para ejecutar y viabilizar la *función arbitral*, la cual desde siempre los presentaba perfilados como entidades administrativas con algún grado de singularidad⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ LAGUNA DE PAZ (2010: p. 267-268).

⁶⁷⁶ Quizás la muestra más clamorosa de *reglamentos contra legem* sean las primeras normas de los Organismos reguladores que crearon los regímenes sancionadores regulatorios, los cuales aparecieron sin tipos infractores, sanciones y un procedimiento pre-establecidos en las leyes de creación y funcionamiento de estas entidades. Esto supuso una violación abierta de varios principios de Derecho sancionador, pero adicionalmente una importante desconfiguración de la potestad reglamentaria regulatoria y del propio principio de reserva de ley. Por todas, ver el primer régimen sancionador de telecomunicaciones recogido en la Resolución del Consejo Directivo N° 001-96-CD/OSIPTel.

⁶⁷⁷ PARADA VÁSQUEZ (2008: p. 57).

⁶⁷⁸ LAGUNA DE PAZ (2010: 33). En la doctrina peruana TASSANO ha indicado que la función arbitral se aplica sobre el sector regulado con el propósito de buscar "*el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado*. Por

En ese sentido, como bien lo ha reconocido el profesor ABRUÑA estas últimas son potestades administrativas comunes dotadas de la típica condición jurídico-formal *iuris tantum de legalidad* (similar a cualquier otra practicada por las organizaciones administrativas) y cuyos actos administrativos producidos en sus respectivos ejercicios siempre se encuentran sometidos al posterior control judicial. Sin embargo, estas competencias *materialmente* presentan aspectos de resolución de conflictos o disputas y eliminación de incertidumbres diversas entre privados intervinientes en los sectores regulados que reflejarían una cercanía a la potestad jurisdiccional, pero sin que esto determine confusiones o una fórmula de cercanía con las agencias norteamericanas (sólo tienen un contenido *materialmente* cercano a esta distinta función pública desempeñada por los Jueces de la República)⁶⁷⁹. Por último, debe indicarse que las potestades parajudiciales de los Organismos reguladores se expresaron principalmente en la resolución de distintos recursos administrativos referidos tanto a la solución de reclamos de usuarios y a la solución de controversias propiamente de los prestadores⁶⁸⁰.

5. A MODO DE CIERRE: UN EJEMPLO DE ORGANISMO REGULADOR EN LA SOMBRA

Tal como había indicado, la evidente situación de diversidad organizativa continúa en el Derecho administrativo actual, dada la cercanía de los Organismos reguladores con algunas organizaciones administrativas de clara intervención regulatoria en ámbitos prestacionales pero clasificadas legislativamente dentro de la categoría alternativa de *organismos técnicos especializados* (ver el artículo 31 de la LOPE).

ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo". Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: pp. 111).

⁶⁷⁹ ABRUÑA (2010: p. 109).

⁶⁸⁰ DANOS (2000: pp. 76-93).

En este acápite final intentaré sacar a la luz y explicar el fenómeno de intercambiabilidad y relativización de la supuesta lista legal cerrada de los cuatro Organismos reguladores (ver el artículo 1 de la ley No. 27332), que en la actualidad se presenta de manera muy potente generando más semejanzas y cercanías organizativas y funcionales entre las comparadas, pues en suma todas comparten la naturaleza de entidades instrumentales con autonomía relativa, niveles de dependencia y vinculación efectiva con el Poder Ejecutivo⁶⁸¹. En cualquier caso en esta parte sólo me referiré brevemente a una de las entidades nuevas creadas al amparo del mega proceso de aseguramiento universal en salud (la SUSALUD), siendo un ejemplo suficiente para mostrar la naturaleza cuasi-estatutaria del régimen organizativo regulatorio y, claro está, la posible ampliación del número actual de entidades regulatorias (más allá de las denominaciones institucionales y ciertas posiciones de *congelamiento* de la citada ordenación)⁶⁸².

En los últimos años, a partir del 2009 y con la LOPE en plena vigencia, con denominaciones más o menos paritarias, el legislador ha venido creando ciertas entidades instrumentales para desempeñar funciones casi idénticas a los Organismos reguladores (potestades de limitación regulatoria, parajudiciales, reglamentarias, determinación de precios, etc.). Así primero apareció la SUTRAN en el sector del servicio del transporte terrestre; luego la SUSALUD para cuidar y velar por la asistencia sanitaria pública y privada, además del desenvolvimiento del propio proceso del aseguramiento universal en salud; y, más recientemente, la SUNEDU para regular al conjunto de universidades públicas y privadas en las prestaciones del denominado "servicio educativo universitario". En todas estas entidades los datos organizativos que presenta el legislador los concretizan con alta dosis de autonomía funcional (manifestada en aspectos administrativos, técnicos,

⁶⁸¹ ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

⁶⁸² En la postura contraria, a pesar que no lo indican expresamente, sin embargo tampoco admiten la posible ampliación del régimen organizativo regulatorio a las nuevas Superintendencias dedicadas a aspectos prestacionales, puede revisarse a DANOS (2000: pp. 62-74) y TASSANO VELAOCHAGA (2016: pp. 110-118)-

económicos-presupuestarios, etc.), otorgamiento de personería jurídica-pública propia y potentes capacidades de gestión enmarcadas en una dependencia de corte negativo. Es más, al ser parte de los organismos públicos especializados (al igual que los reguladores), actúan siempre con la protección de la independencia funcional "*con arreglo a su Ley de creación*" (preceptuada en el artículo 31 de la LOPE). Todo esto podrá ser comprobado cuando se revise el régimen de la SUSALUD en las siguientes líneas.

Por otro lado este señalado fenómeno podría encontrar causas de explicación en la falta de claridad sobre los conceptos de entidad instrumental y los propios institutos de la descentralización funcional que aparecen recogidos expresamente en la LOPE, además de la propia omisión del legislador para plantear una clasificación general de la administración pública peruana. En la actualidad, todas estas causas juntas han terminado por pulverizar la supuesta naturaleza estatutaria del ordenamiento organizativo regulatorio, presentado de manera agregada la cercanía de las sub-especies de "los Organismos públicos especializados" prevista en el artículo 31 de la LOPE (que divide a los organismos reguladores y los técnicos especializados), al menos respecto de las posiciones actuales de las tres entidades administrativas señaladas anteriormente.

En adición también parece que las respuestas diferenciadoras por la "entidad económica" y de "mercado" de los cuatro organismos reguladores iniciales, tampoco presentan datos de solución frente al fenómeno organizativo mostrado. Al respecto, como he revisado en diversas partes de este trabajo, existen actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente "sociales" (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, espacios de mercados y nociones económicas, donde vale añadir podrían existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades

"regulatorias" que busquen evitar daños a terceros en la actividad de los operadores, asegurar que estas actuaciones prestacionales "sociales" internalicen los costes que generan y, por último, sean capaces de tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos⁶⁸³.

Por eso, aunque se busque generar un discurso exclusivamente "económico" para explicar la posición actual y singularidad de los Organismos reguladores, estimo que éste es posible de ser superado largamente a partir de la creación y funcionamiento de nuevos Organismos dedicados a la regulación de servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa en particular), siempre que el legislador permita y los dote de condiciones organizativas y funcionales singulares (como ha sucedido con la SUTRAN, SUNEDU y SUSALUD), generando -en paralelo- la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades propias de las administraciones públicas del Estado (y del propio Gobierno).

En cualquier caso, todo lo dicho necesita ser comprobado a partir de revisar el régimen organizativo y funcionamiento de algunas de estas nuevas entidades instrumentales que se han presentado como los "reguladores no tipificados legislativamente". Así el artículo 9 de la LMAUS planteó la creación de la SUSALUD (antes llamada SUNASA)⁶⁸⁴, como una entidad administrativa adscrita al Ministerio de salud e instaurada con fuertes dosis de "*autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera*", y que además, dada su catalogación legal como *organismo público técnico especializado*, podría sintetizar estas autonomías en la protección de la cuasi-independencia funcional "*con arreglo a su Ley de creación*" (ver el citado artículo 31 de la LOPE).

⁶⁸³ LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35).

⁶⁸⁴ Lo interesante de la creación de esta entidad instrumental es que, a fin de evitar el despilfarro de fondos públicos y la duplicidad de órdenes competenciales, la antigua SUNASA (hoy SUSALUD) se crea sobre las cenizas y restos de la desaparecida superintendencia de entidades prestadoras de salud (antigua entidad de intervención dedicada a la ordenación del sistema sanitario de los prestadores privados de salud creada al amparo del derogado decreto legislativo No. 887).

Al menos, de los datos funcionales presentados, es claro que surge una cercanía indudable con cualquier regulador. Es más, como veremos luego en la esencia funcional también la SUSALUD comparte otro problema típico de estas formas organizativas singulares. Así extrañamente el legislador a sabiendas que la asistencia sanitaria es un sector sensible socialmente y propenso a la volatilidad e inmadurez de los políticos de turno, ha olvidado la implantación de algún mecanismo de reacción propio destinado a proteger la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD, que le permita hacer frente a cualquier ataque o amenaza atentatoria de su contenido (piénsese en que esta organización actualmente controla y supervisa instituciones o establecimientos prestadores hospitalarios y de financiamiento pertenecientes al Ministerio de salud, Gobiernos Regionales y Municipalidades). Por tanto aunque hubiese sido deseable algún mecanismo instrumentalizado mediante un procedimiento administrativo o incluso uno de corte judicial (fundamentalmente de dirimencia técnico-sanitario para paliar conflictos funcionales), lo cierto es que si aparecieran problemas de este tipo, esta entidad instrumental deberá recurrir a los existentes y comunes (atacar la actuación administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa o acudir a la sede del TCP para proteger sus potestades públicas mediante el proceso competencial regulado por el Código Procesal Constitucional).

Por tanto considero que otorgar autonomías sin medios para protegerlas puede ser altamente peligroso para separar y darle virtualidad a la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD frente a los intentos de injerencia política y de dirección directa que pretendieron y hasta ahora aparecen por parte de los órganos administrativos de la administración estatal sanitaria⁶⁸⁵.

Es así, que aunque pareciese una entidad administrativa alejada de los

⁶⁸⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2009: p. 168). En ese sentido muchos de estos problemas tienen que ver con una interpretación maximalista de la dependencia de la SUSALUD con el Ministerio de salud. Así dada su condición de Organismo técnico especializado se sujeta "a los *lineamientos técnicos* del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias" (ver el artículo 33 de la LOPE). En este punto, es claro que la cuasi-independencia funcional de esta entidad tiene un contenido de autonomía técnica inferior a la de los organismos reguladores creados durante la liberalización.

problemas de la captura del regulador, tiene una evidente cercanía con estas complicaciones, las cuales dificultan el cumplimiento estable de sus fines de interés público⁶⁸⁶.

Por otro lado, a pesar que existe una apariencia de cuidado por el elemento orgánico dentro de la LMAUS, pues se ha escogido que su máximo órgano de gobierno sea un Consejo Directivo integrado por cinco representantes (ver el artículo 18 del decreto legislativo No, 1158), órgano colegiado que sería gestionado -en principio- por miembros con competencias profesionales, experiencias y capacidades directivas, con topes mínimos de temporalidad debidamente demostrados y recogerían a la mayoría de actores principales involucrados en este proceso; lo cierto es que aparecen datos que demuestran flaquezas en el régimen de acceso de estos directivos.

En concordancia con lo antes indicado, el gran diferencial de la SUSALUD respecto a la cuasi-independencia orgánica mantenida por los organismos reguladores tradicionales, no está tanto en la permanencia de los integrantes en su Consejo Directivo, que podría estar asegurada de los cambios y humores políticos en virtud del *auténtico régimen estatutario* que impediría su libre remoción del cargo, pudiendo sólo ser afectados de recaer en las causales tasadas legislativamente (ver el artículo 22 del decreto legislativo No. 1158). Por el contrario, las designaciones de estos miembros si tienen una gran distancia con las practicadas actualmente en el régimen de las entidades regulatorias, pues no tienen ningún nivel de selectividad y

⁶⁸⁶Los fines que deberá velar la SUNASA, según el artículo 9 de la LMAUS son los siguientes: a) Fortalecimiento y promoción aseguramiento universal en salud. b) Uso eficiente y oportuno de los fondos destinados a dicho proceso. c) La garantía y protección para asegurar la calidad, puntualidad, eficiencia y eficacia de la provisión de las prestaciones. d) La instauración de reglamentación referida a la recolección, transferencia y difusión de la información por parte de los agentes vinculados al proceso de aseguramiento universal. e) El establecimiento, promoción y potenciación de mecanismos de conciliación y arbitraje entre los usuarios y las instituciones prestadoras y financiadoras. f) La transparencia y accesibilidad de la información en resguardo de los derechos de los asegurados. g) Otras que podrían ser planteadas por el legislador en virtud del avance de la supervisión (regulación) recaída sobre el proceso de salud pública explicado.

se presentan como completamente ligadas a la forma típica de la designación política por parte del Presidente de la República (ver el artículo 18 del decreto legislativo No. 1158).

Por tanto, respecto de la *cuasi-independencia orgánica* de la SUSALUD, ésta se presenta manifestada como en la primera etapa de los Organismos reguladores durante la implantación de la liberalización, con posibilidades muy amenguadas en el acceso selectivo, competitivo y público de sus directivos, pero con dosis de protección respecto de la permanencia y retiro de éstos.

Finalmente dada la necesidad de comprobar el fenómeno de la intercambiabilidad y la relativización del listado legal de los Organismos reguladores, el dato que terminaría por comprobar la naturaleza regulatoria de la SUSALUD, estaría en los bloques de potestades habilitadas por el legislador, las cuales pueden agruparse de la siguiente manera:

- i) Las potestades provenientes de la actividad de *policía administrativa*, siendo las que en mayor número y superior atención pueden reconocerse en la LMAUS y sus modificatorias. Entre ellas podemos identificar la potestad de control sobre la ejecución contractual, la función para imponer órdenes, para otorgar autorizaciones y otros títulos habilitantes necesarios para las diferentes actividades reguladas, la poderosa potestad inspectiva, la función para solicitar y exigir diversas comunicaciones obligatorias, la función de inscribir en registros administrativos actuaciones de los regulados referidas a la renovación y cancelación de su inscripción

como “agentes vinculados al Aseguramiento Universal en Salud”, y, finalmente, como no podía obviarse, las diversas potestades sancionadoras y de ejecución coactiva.

- ii) Las potestades *reglamentaria* y de *planificación general* (esta última mediante normas e instrumentos diversos).
- iii) Las potestades *regulatorias no limitantes* como la promoción de la competencia y acceso universal de las prestaciones asistenciales y las funciones consultivas y asistencia técnica.
- iv) Otras funciones referidas a potestades *parajudiciales* necesarias para dirimir administrativamente conflictos entre agentes y usuarios del proceso, las necesarias competencias decisorias para resolver recursos dentro de su ámbito de actuación funcional, entre otras. Además cuentan con las potestades para impulsar la solución de pleitos entre los privados mediante métodos alternativos de solución de conflictos (conciliación y arbitraje instalado en un centro propio y montado institucionalmente).

Como se habrá notado el orden competencial presentado se acerca de sobremanera a las habilitaciones de potestades de cualquier Organismo regulador, al menos en las esencias y grandes tipos de estas funciones supuestamente distintas. En suma, a partir de los datos elaborados y mostrados en esta parte, me permito afirmar que la SUSALUD es una

entidad administrativa con un régimen de cuasi independencia orgánica y funcional con muchísimas dosis de cercanía a las asimiladas para los Organismos reguladores tradicionalmente reconocidos en nuestro Derecho; lo cual obliga a pensar que estamos al frente de un régimen unificado de estas entidades administrativas, que no necesariamente se guía por datos de singularidad o económicos, sino por los cambios propios orquestados por el legislador en la interna de la descentralización funcional (en la LOPE), siendo posible que existan muchos más reguladores, aunque con nombres distintos y ciertas variantes orgánicas o funcionales puntuales, cambios -por cierto- no sustanciales que no les hacen perder la esencia y el similar papel de aquellas importantes entidades administrativas nacidas al inicio de la liberalización en 1991.

CONCLUSIONES

Llegado a este punto, resulta necesario dejar constancia de las conclusiones a las que se han llegado tras el estudio realizado. Son las siguientes:

1. En el Derecho Peruano, el principio de subsidiariedad en su vertiente horizontal tiene un patrón conceptual común conformado por las distintas variantes constitucionalmente recogidas, a saber: la *sustancial* y propiamente positiva (referida a la primacía de las personas y señalamiento de su rol protagónico de éstas en la realidad del país), la propiamente *prohibitiva* ante el ejercicio inmediato y directo de la actividad empresarial pública (estatal) y las *positivas complementarias* centradas en el tratamiento jurídicamente paritario entre las iniciativas pública y privada, y en el acompañamiento y cobertura de varias libertades y derechos de contenido económico.
2. En segundo lugar, existe una variante de la subsidiariedad horizontal implícitamente reconocida en nuestra CP y que ha tenido un profundo desarrollo legal, esto es la progresiva *confluencia* de las iniciativas públicas y privadas de manera abierta en pos de conformar un determinado sector de actuación y el correspondiente interés público. En ese sentido, este trabajo ha permitido comprobar que esta modalidad de la subsidiariedad social desconocida por muchos en nuestro país, aparece como un gran elemento de configuración de múltiples ámbitos (principalmente prestacionales), con una intensidad muy fuerte y derribando cualquier mito sobre espacios estancos o de diferenciación sólo por la naturaleza económico o social. Así, en regímenes tan disímiles como el sub-sector eléctrico y la asistencia sanitaria aparece la concurrencia de iniciativas públicas y privadas, aunque claro debido a otros principios y la configuración específica de los ámbitos, el protagonismo de cada una de éstas nunca puede ser similar.
3. La subsidiariedad horizontal fue incluida y desarrollada en nuestro Derecho bajo una doble naturaleza, a saber: (i) como principio general de

derecho y, en segundo término, (ii) en posición de un evidente principio rector de los ámbitos económicos y sociales. La combinación de ambos caracteres la hacen una figura tutelar y esencial en el continuo relacionamiento entre las personas, la sociedad y los poderes públicos del Estado. En cualquier caso una síntesis de la subsidiariedad social determina que sus efectos recaigan principalmente en las relaciones entre las personas y todos los poderes públicos del Estado, apareciendo el deber recaído sobre estos últimos de ser lo más respetuosos y vigilantes del protagonismo que tiene la iniciativa privada en la vida política, económica y social del país, no siendo jurídicamente posible que los primeros puedan suplantarla, anteponerse o competir innecesariamente con la segunda. Por el contrario deben más bien fomentarla, corregirla y complementarla, buscando aplicar los medios que más favorezcan a la libertad.

4. En nuestro Derecho, el reconocimiento constitucional del principio subsidiariedad social u horizontal apareció mucho antes de la corriente neoliberal de los noventa del siglo pasado quedando establecida como una figura propia de la Constitución de 1979. Al menos, la variante sustancial del instituto referida a la primacía y preponderancia de las personas en la realidad tendría más de tres décadas de tradición. Sin embargo es indispensable reconocer que su inclusión original sufrió de una total falta de consistencia y desarrollo merced a un errático y desordenado texto del régimen económico, que terminó siendo cambiado casi íntegramente en la Asamblea Constituyente de finales del año 1992.

5. La actual subsidiariedad social tuvo un carácter expansivo, demostrado en los efectos directos y cobertura para la implantación de la liberalización de sectores y la creación de la cláusula del Estado regulador de inicios de los años noventa, incluso en fechas anteriores a la promulgación de la actual CP. En ese sentido, ambos fenómenos encuentran un primer punto de soporte en la vertiente sustancial de la subsidiariedad, a partir de la devolución de diversos ámbitos a manos privadas, con el consecuente retroceso estatal y la des-publificación de la realidad nacional ocurrida en esos pasados años.

6. En mirada comparada, y como medio para asumir de manera correcta y reflexiva ciertos conceptos propios que necesitan ser importados, debe concluirse que la liberalización española de sectores se desarrolló por la profunda influencia comunitaria, proceso último formidable y correctamente asumido por este país que lo llevó a adaptar y armonizar en sede nacional los diversos conceptos impuestos por este proceso de integración supranacional tales como la privatización de empresas públicas, la des-regulación estricta, la prohibición relativa de monopolios y las nuevas técnicas prestacionales creadas en el Derecho comunitario (con la consecuente transformación del señero servicio público); siempre en aras de permitir la implantación del mercado interior y las libertades previstas en los Tratados comunitarios. Este proceso, aunque puede servirnos para mirar el crecimiento dogmático de algunas técnicas e institutos de Derecho administrativo, no puede ser trasladado mecánicamente a nuestra realidad por la distintas razones de propósitos y fundamentos bajo el cual fue creado y hasta ahora se mantiene.

7. La liberalización nacional ha producido la transformación esencial de sectores de fuerte contenido prestacional, reflejada en la lenta desaparición de la técnica de los servicios públicos en estricto, la aparición fulgurante y desconocida del servicio esencial y la imposición (en la sombra) de algunas aparentes "obligaciones de servicio público". En adición este fenómeno implantado en fechas anteriores a la actual CP también trajo consigo la privatización de empresas estatales, la estricta des-regulación normativa y neo-regulación. En suma fue un proceso, que definido desde la des-publicación, se manifestó en aspectos prestacionales y en múltiples fenómenos de índole organizativo y normativo.

8. En aspectos propiamente prestacionales debo concluir que el servicio público en estricto casi ha desaparecido en nuestro Derecho, incluso su re-adaptación mediante el servicio público "objetivo y económico" presenta muchas dudas y pocos fundamentos para continuar siendo la tesis única que explique estos cambios. Es en este espacio de

incertidumbre que considero debe tomarse al servicio esencial como la técnica prioritaria y maleable que permite la explicación de nuestras intervenciones prestacionales sin *publicatio*, ni reduccionismos economicistas y bajo múltiples formas de iniciativa (pública y privada). Estos servicios esenciales sumados a la necesidad de construir un adecuado régimen de servicios universales, son la clave del futuro para construir un Derecho administrativo prestacional más científico y que responda a los múltiples supuestos de la realidad vigente

9. Así, en la actualidad y con una mirada holística, los servicios esenciales peruanos puede categorizarse en: (i) los *servicios esenciales de mercado puro*, en los que existe un protagonismo gravitante de la iniciativa empresarial privada y prima la subsidiariedad social en sus versiones positivas, (ii) Los *servicios esenciales de mercado de doble iniciativa*, en los que la subsidiariedad social en versión positiva se aplica, pero por diversos motivos existe una importante iniciativa empresarial pública que presta los servicios en régimen de competencia; y, por último, (iii) los *servicios esenciales compartidos*, en el que la responsabilidad pública obliga a una importante participación pública en pos de satisfacer necesidades de diversa índole (sin estar ésta en regímenes de mercado y competencia), subsistiendo los impulsos privados (lucrativos y no lucrativos).

10. Por otro lado, la liberalización, apoyada en la subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores (con la consecuente reducción del Estado prestador), sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que sirva y se acomode a ciertas características de unas aparentes "nuevas" potestades regulatorias, las cuales -desde una versión más estricta y ejecutiva- comportan una adaptación de la policía administrativa y otras competencias que permiten la intervención correcta y el sostenimiento de estos sectores liberalizados.

11. Debo concluir que tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro organismos reguladores iniciales y surgidos en la primera etapa de la

liberalización, conformaron la esencia de la primera *cláusula del Estado regulador*, la cual restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatatismo y colaboro con devolver el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal o social). Esta cláusula conformada por un conjunto de potestades administrativas adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva, que los Organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores prestacionales que sucesivamente fueron liberalizados.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, S. (2015): CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES, PALESTRA, LIMA.

ABRUÑA PUYOL, A. (2010): DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO, PALESTRA, LIMA.

ABRUÑA PUYOL A.; BACA ONETO V. (2012): NOTAS AL CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, PRO MANUSCRITO, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA.

ALBERTÍ ROVIRA, E. (2004): " LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1978: REFLEXIONES SOBRE LA PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ECONOMÍA EN EL XXV ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA", REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, AÑO N° 24, N° 71.

ALCAZAR, L; POLLAROLO, P. (2000): LA REGULACIÓN Y EL MANEJO DE CONTROVERSIAS DE LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES Y ELECTRICIDAD UN ANALISIS INSTITUCIONAL COMPARATIVO. DOCUMENTO DE TRABAJO N° 5, EDIT. INSTITUTO APOYO, LIMA.

ALEXY, R. (1993): TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, CEC, MADRID, TRADUCCIÓN: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, COLECCIÓN EL DERECHO Y LA JUSTICIA

ARAGÓN REYES, M. (2009): *DEL ESTADO INTERVENCIONISTA AL ESTADO REGULADOR*, EN EL VOL. COL. TRATADO DE REGULACION DEL SECTOR ELECTRICO, TOMO I, EDIT. ARANZANDI CIZUR MENOR.

ARIÑO ORTIZ, G: (2012): *MODELOS COMPARADOS: EL CONTEXTO IBEROAMERICANO*, EN VOL. COL. REGULACIÓN ECONÓMICA. LECTURAS ESCOGIDAS, THOMSON-REUTERS-ARANZADI, MADRID.

(2012): *LOS MERCADOS DE ELECTRICIDAD. EL MERCADO INTERIOR DE ELECTRICIDAD EN EUROPA. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y TENDENCIA EN EL UMBRAL DE 1995*, EN EL VOL. COL. REGULACIÓN ECONÓMICA. LECTURAS ESCOGIDAS, THOMSON-REUTERS ARANZADI, MADRID.

(2004): PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO, ARA, LIMA.

(1997): *SOBRE EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO (HACIA UN NUEVO*

MODELO DE REGULACIÓN), EN EL VOL. COL. *EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO*, MARCIAL PONS, MADRID.

(1993): *ECONOMIA Y ESTADO CRISIS Y REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO*, EDIT. MARCIAL PONS, MADRID.

(2007): *EMPRESA PÚBLICA, EMPRESA PRIVADA, EMPRESA DE INTERÉS GENERAL. LECCIONES RETROSPECTIVAS, DE LAS QUE ALGO SE PUEDE APRENDER*, THOMSON-ARAZADI, NAVARRA.

ARIÑO, G., DE LA CUETARA J. M. Y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L. (1997): *EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO*, EDIT. MARCIAL PONS, MADRID

ARPIO SANTACRUZ, J. (2000): *LAS AYUDAS PÚBLICAS ANTE EL DERECHO EUROPEA DE LA COMPETENCIA*, ARANZADI EDITORIAL, NAVARRA

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009): "PONDERACION, PROPORCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO", *REVISTA PARA EL ANALISIS DEL DERECHO*, N° 2.

ASTORGA SEPÚLVEDA, C: (2006): *LAS RAICES ESCOLÁSTICAS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD*, *REVISTA DERECHO Y HUMANIDADES*, NUMERO 12, UNIV. DE CHILE.

BACA ONETO, V. (2010): *¿SON EL PRECEDENTE Y LA DOCTRINA FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?*, EN EL VOL. COL. *FUENTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, EDICIONES RAP, ARGENTINA.

(2009): *SERVICIO PUBLICO, SERVICIO ESENCIAL Y SERVICIO UNIVERSAL EN EL DERECHO PERUANO*, EN EL VOL. COL. *TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO*, GRIJLEY, LIMA.

(2006): "LOS MEDIOS <<ALTERNATIVOS>> DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PERUANO (EN ESPECIAL, ANÁLISIS DE LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATOS Y ADQUISICIONES DEL ESTADO)", *REVISTA LIMA ARBITRATION*, NÚMERO 1, LIMA.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2003): "SERVICIO PÚBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES", *BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED*, NÚMERO 21.

(2008): *EL PAPEL DE LOS REGULADORES EN EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD*, *NOTICIAS DE LA UNIÓN* NUM. 284, AÑO XXIV, EDIT. WOLTERS KLUWER, MADRID.

BAHAMONDE MAGRO, A. Y MARTÍNEZ LORENTE, G. Y OTERO CARVAJAL, L. (2000): *EL PALACIO DE COMUNICACIONES. UN SIGLO DE HISTORIA DE CORREOS Y TELÉGRAFOS*. E.P.E. CORREOS Y

TELÉGRAFOS, EDITORIAL LUNWERG, MADRID, DISPONIBLE EN:
[HTTP://WWW.UCM.ES/INFO/HCONTEMP/LEOC/CORREOS2000.HTM#EL%20PAPEL%20ACTUAL%20DE%20LA%20UNIÓN%20POSTAL%20UNIVERSAL](http://www.ucm.es/info/hcontemp/leoc/correos2000.htm#el%20papel%20actual%20de%20la%20unión%20postal%20univ%20ersal).

BALBONI, E. (1997): "TENDENCIAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SOCIALES", DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, NÚMEROS 248-249, P. 234

BALLBÉ, M. (2007): "EL FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA GLOBALIZACIÓN: ENTRE LA AMERICANIZACIÓN Y LA EUROPEIZACIÓN", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 174.

BANEGAS, J. (2003): LA ECONOMÍA EN ESPAÑA, LAS TIC, LA PRODUCTIVIDAD Y EL CRECIMIENTO ECONÓMICO, ALIANZA EDITORIAL, MADRID.

BARNES VAZQUEZ, J. (1994): "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO DE MAASTRICHT Y SU IMPACTO SOBRE LAS REGIONES EUROPEAS". EDIT. REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N°18.

BASSOLS COMA, M: (2003): "LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO MARCO DE LA LEGISLACIÓN ECONÓMICA", ECONOMÍA INDUSTRIAL, N°S 349-350.

BATISTA J.F. (2006): "LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES", CUESTIONES CONSTITUCIONALES. REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, NÚMERO 14.

BEATO ESPEJO, M. (1994): "EL DERECHO A LA PRESTACIÓN SANITARIA: LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y DISPENSACIÓN", REVISTA DERECHO Y SALUD, VOLUMEN 2.

BEL, G. (2000): "LIBERALIZACIÓN Y COMPETENCIA", CLAVES DE LA RAZÓN PRÁCTICA, N° 105.

BEL, G. J. CALZADA Y A. ESTRUCH (2009): *ECONOMÍA Y REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE RED*, EN EL VOL. COL. DIRIGIDO POR MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. FUNDAMENTOS E INSTITUCIONES DE LA REGULACIÓN, TOMO I, IUSTEL-INST. ORTEGA Y GASSET, CNE, 1ERA EDIC, MADRID.

BERMEJO VERA, J. (1999): *ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y POTESTADES*, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR BERMEJO VERA J. DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, CÍVITAS, MADRID.

(2012): DERECHO ADMINISTRATIVO BÁSICO. PARTE GENERAL, THOMSON-REUTERS, NAVARRA.

BERNAL BLAY, M.A. (2010): EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y OTRAS TÉCNICAS PARACONCESIONALES, P. 203, THOMSON-REUTERS, PAMPLONA

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010): REGULACIÓN, MITO Y DERECHO: DESMONTANDO EL MITO PARA CONTROLAR LA INTERVENCIÓN DE LOS REGULADORES ECONOMICOS, CIVITAS.

BILBAO UBILLÚS, J. (1992): "EL FOMENTO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA COMO OBJETO ESPECÍFICO DE ANÁLISIS", REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 32.

BOIXAREU CARRERA, A. (1994): "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD", RIE, N° 3, VOL. 21.

BONIFAZ, J; URRUNAGA, R. (2006): REGULACIÓN Y CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS, EDIT. CIES-UP, LIMA.

BRYCE, JAMES (1888): THE AMERICAN COMMONWEALTH, MACMILLAN AND CO, LONDRES.

BULLARD GONZALEZ, A. (2011): "EL OTRO POLLO. LA COMPETENCIA DESLEAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD", REVISTA DEL CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, NÚMERO 10.

(2005): *ARTÍCULO 61*, EN EL VOL. COL. LA CONSTITUCIÓN COMENTADA, GACETA JURÍDICA, LIMA.

(2011): "PROCRASTINACIÓN Y PALABRA EMPEÑADA: LA PROTECCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE REGULADORIO", REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, NÚMERO 4, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, LIMA.

(2002): "ESQUIZOFRENIA JURÍDICA. EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ", REVISTA THEMIS, NÚMERO 44.

CABALLERO ORTIZ, J. (1981): "LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL", REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, NÚMERO 8.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2003): INFRAESTRUCTURAS Y LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, MADRID.

CAIRAMPOMA ARROYO, V. (2012): *(RE) INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO*

DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, EN EL VOL. COL. V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, PALESTRA, LIMA.

CAIRAMPOMA ARROYO V.; SOLAR ÁLVAREZ, G. (2010): EL RÉGIMEN LEGAL DEL SERVICIO UNIVERSAL EN TELECOMUNICACIONES, ADRUS, AREQUIPA.

CARLÓN RUIZ, M. (2007): EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES, EDIT. THOMSON – CIVITAS-CIZUR MENOR.

(2010), "EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES. BALANCE Y PERSPECTIVAS", CUADERNOS DE DERECHO LOCAL, NÚMERO 23.

(2012): "¿CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS? ALGUNAS ACOTACIONES A LA LUZ DE LAS NOVEDADES EN EL RÉGIMEN EUROPEO DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO DIRIGIDAS A SU FINANCIACIÓN", REVISTA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 189.

CARMONA CUENCA, E. (2000): EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, MADRID.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008): "DERECHO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL", IUS ET PRAXIS, AÑO 14, NÚMERO 1.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2003): ELEMENTOS DE UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ARA EDITORES, LIMA.

CASSAGNE, J.C. (2001): EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y PROBLEMAS ACTUALES TRAS LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN EN ARGENTINA, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 154.

(1996): EL RESURGIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU ADAPTACIÓN EN LOS SISTEMAS DE ECONOMÍA DE MERCADO. PP. 95-110; REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 140.

CEA EGAÑA, J.L. (1984): "HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL, SOBERANÍA LEGAL Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA", REVISTA CHILENA DE DERECHO, N° 1, VOL. 11.

CÉSPEDES ZAVALA, A. (2010): *EL ESTADO EMPRESARIO: VERDADES, CONJETURAS Y MITOS JURÍDICOS*, EDICIONES CABALLERO BUSTAMANTE, LIMA.

CHANG CHUYES, G. (2015): *LA SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA. UN COMENTARIO AL PRECEDENTE DE*

OBSERVANCIA OBLIGATORIA RES. No. 3134-2010/SC1-INDECOPI, EN EL VOL. COL. II CONVENCIÓN ESTUDIANTIL EN DERECHO PÚBLICO, UNIVERSIDAD DE PIURA-PALESTRA, LIMA.

CHINCHILLA MARÍN, M.A. (2016): EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO FRENO A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, REVISTA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N.º 200.

CHINCHILLA MARIN, C. Y CARLON RUIZ, M. (2003): "DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES O RENOVACIÓN?", CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, NÚMERO 3, ED. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, MADRID.

CLAVERO ARÉVALO; M. (1952): "LA DOCTRINA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS LAGUNAS DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 7.

COMÍN, F. (1996): *LA EMPRESA PÚBLICA EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA*, EN EL VOL. COL COORDINADO POR MARTÍN ACEÑA, P. Y COMÍN, F. LA EMPRESA EN LA HISTORIA DE ESPAÑA, CÍVITAS, MADRID.

COVIELLO, P. (2016): *EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*, EN EL VOL. COL FUNCIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO-IBAÑEZ, BOGOTÁ.

DANOS ORDOÑEZ, J. (2000): "LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ", REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA, NÚMERO 45, LIMA.

(2008): "EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA", REVISTA THEMIS, NÚMERO 55.

DE AZEVEDO MARQUES NETO, F. (2010): *AS TRANSFORMAÇÕES NA DICOTOMÍA PÚBLICO-PRIVADO E A IMPORTÂNCIA DA REGULACÃO*, EN EL VOL. COL. REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, ARA, LIMA.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1997): *PERSPECTIVAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESPAÑOLES PARA LA DÉCADA DE LOS NOVENTA (UN ENSAYO DE PROSPECTIVA JURÍDICA)*, EN EL VOL. COL. EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO, MARCIAL PONS, MADRID

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2009): EL MERCADO INTERIOR DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ESTUDIOS SOBRE LA DIRECTIVA 123/2006/CE RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR, MARCIAL PONS, MADRID.

DELCAMP, A. (1994): "PRINCIPIO DE SUBSDIARIEDAD Y

DESCENTRALIZACIÓN", REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 4.

DEL VECCHIO, G. (1979): LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, BOSCH, BARCELONA.

DIEZ PICASO, L. Y GULLON, A. (2012): SISTEMA DE DERECHO CIVIL, TECNOS, MADRID, PP. 313-327.

DIEZ-PICAZO, L.M. (2009): *LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO*, EN EL VOL. COL. DIRIGIDO POR MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. FUNDAMENTOS E INSTITUCIONES DE LA REGULACIÓN, TOMO I, EDIT. IUSTEL-INST. ORTEGA Y GASSET, 1ERA EDIC., MADRID.

EMBID IRUJO, A. (2012): *EL DERECHO PÚBLICO DE LA CRISIS ECONÓMICA*, EN VOL. COL. EL DERECHO PÚBLICO DE LA CRISIS ECONÓMICA. TRANSPARENCIA Y SECTOR PÚBLICO. HACIA UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO. EDIT. INAP, MADRID.

ESCRIBANO COLLADO, P. (1985): "EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978", REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, N.º 14, AÑO 5.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. (2014): "PERSPECTIVA E IMPACTO DE LA CRISIS DESDE LA NUEVA CORRELACIÓN ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD", DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA (NUEVA ÉPOCA), NÚMERO 1.

FAÚNDEZ SÁNCHEZ, E. (2016): "PROPUESTA DE REINTERPRETACIÓN Y EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA HACIA LA COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN CHILE", REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DEL EXTERNADO, NÚMERO 15, PP. 215-216.

FERNANDEZ GARCIA, M. Y. (2003): ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES ECONÓMICOS EN RED, ED. CIUDAD ARGENTINA- INAP, MADRID - BUENOS AIRES

(2006): "EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE "SERVICIO ESENCIAL" EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 170.

(2004): "NUEVAS TÉCNICAS DEREGULACIÓN EN LA LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES ECONÓMICOS EN RED (*ESSENTIAL FACILITIES*): LAS OBLIGACIONES *ESPECIALES* DE LAS EMPRESAS GESTORAS", REVISTA DE DERECHO Y ECONOMÍA, NÚMERO 18, p. 42.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1999): "DEL SERVICIO PÚBLICO A LA LIBERALIZACIÓN DESDE 1950 HASTA HOY", REVISTA DE

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 150

FERNÁNDEZ SEGADO (1994): "EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: APROXIMACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE 1993", REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, NÚMERO 84, P. 37.

FERNÁNDEZ TORRES, J. (2011): "REGÍMENES DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: AUTORIZACIÓN, COMUNICACIÓN PREVIA Y DECLARACIÓN RESPONSABLE", REVISTA CATALANA DE DERECHO PÚBLICO, NÚMERO 42, P. 86.

FERRADA, J.C Y TAPIA, J. (2015): "POTESTADES PÚBLICAS Y ÁMBITO PRIVADO EN EL SECTOR ELÉCTRICO CHILENO: EL CASO DE LOS CDEC COMO ORGANISMOS AUTORREGULADORES" EN REVISTA CHILENA DE DERECHO, VOLUMEN 42, NÚMERO 1, SANTIAGO

FONT GALÁN, J.I. (1987): *CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA*, TECNOS, MADRID

FORSTHOFF, E. (1986). PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO SOCIAL, EN EL VOL. COL. *EL ESTADO SOCIAL*, CEC, MADRID.

FUERTES LÓPEZ, M. (2004): "PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES" EN REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NÚMERO 7-SEGUNDO SEMESTRE

FUENTETAJA PASTOR, J. (2007): *LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SANIDAD* EN EL VOL. COL. COORDINADO POR LINDE PANIAGUA E. PARTE ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD, COLEX, MADRID.

GALGANO, F. (1977): PREFACIO AL TRATTATO DI DIRITTO COMERCIALE E DI DIRITTO PUBBLICO DELL 'ECONOMIA, VOL. 1. "LA COSTITUZIONE ECONOMICA", PADUA.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2008): *SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL: DOS SISTEMAS EXPANSIVOS Y CONCURRENTES POR MOR DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS*, EN EL VOL. COL. DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROF. DR. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA Y OTROS, ZARAGOZA

(1999): *SANIDAD Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA* EN EN EL VOL. COL. COORDINADO POR J. BERMEJO VERA, DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, CÍVITAS, MADRID,

(1999): *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL*, EN EN EL VOL. COL. COORDINADO POR J. BERMEJO VERA, DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, CÍVITAS, MADRID, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1963): "REFLEXIONES SOBRE LA LEY Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Nº 40.

GARCÍA HERRERA, M. (1991): "AUTONOMÍA Y ECONOMÍA", EKONOMIAZ: REVISTA VASCA DE ECONOMÍA, Nº 19.

(2002): "ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DERECHOS SOCIALES: RELACIONES Y TENDENCIAS", ANUARIO JURÍDICO DE LA RIOJA, Nº 8.

GARCÍA LLOVET, E. (1997): "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y CONSTITUCIÓN TERRITORIAL ECONÓMICA", REVISTA CATALANA DE DERECHO PÚBLICO, BARCELONA.

GARCÍA PÉREZ, M. (1997): "LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORIZACIÓN Y LA CONCESIÓN, A PROPÓSITO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO", REVISTA ANUARIO DA FACULTADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA, Nº 1, PÁGS. 337-352.

GIANNINI M. (1991): EL PODER PÚBLICO, ESTADOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, CÍVITAS, MADRID.

GIL Y ROBLES, E. (1961): TRATADO DE DERECHO POLÍTICO. TOMO II, SEGÚN LOS PRINCIPIOS DE LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO CRISTIANOS", AFRODISIO AGUADO, S.A. EDITORES-LIBREROS. MADRID.

GIL Y ROBLES GIL-DELGADO, J.M. (1993): " EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA", CUADERNOS DE LA CÁTEDRA FADRIQUE FURIÓ CERIOL, Nº 2.. VALENCIA.

GIMENO FELIÚ, J.M. (1999): *FUNDAMENTOS DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA Y ESCENARIOS DEL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO*, EN EL VOL. COL. COORDINADO BERMEJO VERA, J., DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, MADRID,

(1994): EL SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO, CIVITAS, MADRID,

(1994): "SISTEMA ECONÓMICO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA VERSUS RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS", EN REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Nº 135.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ. S. (2004): "LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES"; REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NUM. 07; EDIT COLEX- CC.OO - UNED; MADRID. PP 219-234.

GRANADO HIJELMO, I. (1996): *LA INTERDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS*, EN EL VOL. COL. COORDINADO HINOJOSA MARTÍNEZ E. Y GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ N. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL JUDICIAL. I JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, MADRID.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2009): *EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE: SU UTILIZACIÓN DEFENSIVA COMO VÍA DE EXCEPCIÓN A LA DISCIPLINA DEL MERCADO*, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR GARCÍA ORTEGA, J. JURISPRUDENCIA E INSTITUCIONES JURÍDICO-LABORALES: ESTUDIO EN HOMENAJE AL PROFESOR RAMÍREZ MARTÍNEZ CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA

GUARNIDO RUEDA, A; JAÉN GARCÍA, M; AMATE FORTES, I. (2007): *LA DESREGULACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. EL CASO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA*, EDIT. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA, ALMERÍA.

GUASTINI, R. (2007): "PONDERACIÓN. UN ANÁLISIS DE LOS CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES", EN PALESTRA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N° 8, P. 636.

GUZMÁN NAPURÍ, C. Y GAMARRA BARRANTES, C. (2008): "UNA INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS", EN REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, N° 5, 2008, PP. 282-290

HAKANSSON NIETO, C. (2012): *CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, PALESTRA-UNIVERSIDAD DE PIURA, LIMA.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. (2009): *TELECOMUNICACIONES, REGULACIÓN Y COMPETENCIA*, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA, CARACAS.

(2014): *ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL ESTADO DE GARANTÍA DE PRESTACIONES*, EN EL VOL. COL. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA. HOMENAJE AL PROFESOR DR. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, TOMO I, ED. RAP, BUENOS AIRES, PP. 6-9.

HERRERA ORELLANA, L. (2014): "DERECHO ADMINISTRATIVO Y LIBERTAD: O EL PORQUÉ EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO NO HA RESPETADO NI PROMOVIDO LA LIBERTAD" REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO, NÚMERO 2.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. 2004. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL: ESPEJISMOS Y REALIDADES, REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO AÑO 8. NÚM. 19. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

HUAPAYA TAPIA, R. (2013): ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN. ESTUDIOS Y CUESTIONES, ARA EDITORES, LIMA.

(2015): CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO, REVISTA IUS ET VERITAS, NÚMERO 50.

KRESALJA ROSELLÓ, B. (2015): ESTADO O MERCADO. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA, PUCP, LIMA.

(2010): EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA ECONÓMICA, PALESTRA, LIMA.

LABADIE OTERMIN, F. (1967): LA COEXISTENCIA NECESARIA ENTRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS, REVISTA INI, NÚMERO 35.

LAGUNA DE PAZ, J. (2002): *NUEVO MARCO JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES LIBERALIZADAS*, NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN LOCAL, EN VOL. COL. ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ M^a BOQUERA OLIVER / COORD. POR JUAN CLIMENT BARBERÁ Y JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, TIRANT LO BLANCH, PÁGS. 1399-1434.

(2016): DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO, THOMSON-REUTERS, NAVARRA.

LANDA ARROYO, C. (2016): "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ", REVISTA FORSETI, NÚMERO 1.

(2008): *PRINCIPIOS RECTORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ADMINISTRADO* EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1993, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR LANDA ARROYO, C. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ (FORO ASIA PACÍFICO APEC), PALESTRA, LIMA.

LASHERAS, MIGUEL A., (1999): LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, EDITORIAL ARIEL, S.A., BARCELONA

LINDE PANIAGUA, E. (2008): "NOTAS SOBRE EL OBJETO, ÁMBITO Y REGLAS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR" EN REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NÚMERO 14.

(2005): LA TELEVISIÓN, UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL: (DEL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL AL SERVICIO PÚBLICO INTEGRAL), EN EL VOL. COL. EL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN COORD. POR JUAN FRANCISCO GARCÍA CASANOVA Y JUAN MARÍA CASADO SALINAS, UNIVERSIDAD DE GRANADA, GRANADA.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2000): "LA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SECTOR ELÉCTRICO TRAS LA LEY 54/1997", DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, NÚMERO 256.

LÓPEZ MENUDO, F. (2010): "LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992: EL RÉGIMEN DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y DE LA COMUNICACIÓN PREVIA" REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA, NÚMERO 14, AÑO 2010.

(1992): "LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 129.

LÓPEZ-RODO, L. (1981): *EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN*, EN EL VOL. COL. ADMINISTRACIÓN Y CONSTITUCIÓN, SERVICIO CENTRAL DE PUBLICACIONES DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, MADRID.

MAESTRO BUELGA, G. (2000): "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA", REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO, AÑO N° 4, N° 7.

(2007): "ESTADO DE MERCADO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS CONSTITUCIONAL EUROPEA", REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO, N° 8.

(2008): "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y MODELO SOCIAL EUROPEO", JADO: BOLETÍN DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO = ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ALDIZKARIA, AÑO 6, N° 15.

MAESTRO BUELGA, G. Y GARCÍA HERRERA, M. (2006): "DIRECCIÓN ECONÓMICA Y MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA", CUESTIONES CONSTITUCIONALES: REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, N° 15.

MAGIDE HERRERO, M. (2000): LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES, INAP, MADRID.

MALARET GARCIA, E.: (2007): *ADMINISTRACION PÚBLICA Y REGULACIÓN ECONÓMICA*, EN AAVV - PUBLICACIONES DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, EDIT. THONSOM - ARANZADI S.A-CIZUR MENOR, NAVARRA.

(2003): AUTORIDADES INDEPENDIENTES Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA, EN AAVV "LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA"; LIBRO HOMENAJE AL PROF. DR. D. RAFAEL ENTRENA CUESTA. EDIT. ATELIER; BARCELONA.

MALDONADO MELÉNDEZ, M.A. (2016): LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS DE RED DEL PERÚ (EN

COMPARACIÓN CON LA CNMC), TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR PRESENTADO EN LA EHU/UPV, PRO MANUSCRITO, LEIOA – BILBAO.

MARTI DEL MORAL, A. (2000): LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, EDIT. INAP; MADRID.

MARTÍ SÁNCHEZ S. (2006): LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS EN ESTADOS UNIDOS; PP 97-136; REVISTA DE LAS CORTES GENERALES Nº 67; EDIT. C.D; MADRID.

MARTIN REBOLLO, L. (1983): “DE NUEVO SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO: PLANTEAMIENTO IDEOLÓGICO Y FUNCIONALIDAD TÉCNICA”, REVISTA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMEROS 100-102.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2002): DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO, LA LEY, MADRID.

(1966): PRESUPUESTOS POLÍTICOS Y FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. EDIT. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚM. 50.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1969): “ASPECTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REVOLUCIÓN DE 1868: LAS REGULACIONES INICIALES”, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Nº 58.

MARTIN MATEO, R. (1998): “MEDICINA PREVENTIVA, ECONOMÍA Y DERECHO. UN SISTEMA INESCINDIBLE”, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 145.

MARTÍN MATEO, R. (1985): DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA, CEURA, MADRID.

(1977): "ORDENACIÓN PÚBLICA DEL SECTOR SALUD", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 84.

MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (1999): "NUEVO SISTEMA CONCEPTUAL EN PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS", REVISTA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, BOE, MADRID.

(1997): *LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN ESPAÑA*, EN EL VOL. COL. EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO, MADRID.

(2010): *EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD*, EN EL VOL. COL. DIRIGIDO POR SANTAMARÍA PASTOR, J. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, LA LEY, MADRID.

(2003): *LA PUBLICATIO DE RECURSOS Y SERVICIOS*, EN VOL. COL. COORDINADO POR COSCUELLA MONTANER L.,

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, CIVITAS, MADRID.

(1989): *LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DISPENSADORA DE AYUDAS Y RECOMPENSAS: UNA ALTERNATIVA CONCEPTUAL AL FOMENTO EN LA TEORÍA DE LOS MODOS DE ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, EN EL VOL. COL. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR VILLAR PALASÍ, CIVITAS, MADRID, P. 752.

MEDINA, A. (2004): "OBLIGACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES", EN: *CONATEL EN RED, NÚMERO 17*, MAYO; DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.CONATEL.GOV.VE/](http://www.conatel.gov.ve/) (03.12.16).

MEILAN GIL, J. L. (1997): "EL SERVICIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA JURÍDICA", CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO, N° 2, SETIEMBRE-DICIEMBRE,

(1970): CUESTIONES INSTITUCIONALES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ESPAÑA, STUDIA ALBORTONIANA, BOLONIA.

MONTERO PASCUAL, JJ.: (2005): LA LIBERALIZACION DE LOS SERVICIOS POSTALES, EDIT. TROTTA, MADRID.

(2004): "TELECOMUNICACIONES: SERVICIOS DE INTERES GENERAL", REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NUM. 07.

MONTOYA CHÁVEZ, V. (2008): *LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO*, EN VOL. COL. COORDINADO POR LANDA ARROYO, C. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ (FORO ASIA PACÍFICO APEC), PALESTRA, LIMA.

MONTORO ROMERO, R. (1996): *DEL ESTADO DE BIENESTAR A LA SOCIEDAD DE BIENESTAR*, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR CASILDA BEJAR, R. Y TORTOSA BLASCO, J. PROS Y CONTRA DEL ESTADO DE BIENESTAR, TECNOS, MADRID.

MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *HACIA UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO* EN EN VOL. COL. EL DERECHO PÚBLICO DE LA CRISIS ECONÓMICA. TRANSPARENCIA Y SECTOR PÚBLICO. HACIA UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO. EDIT. INAP, MADRID.

(2010): "LAS TRANSFORMACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS", REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA, NÚMERO 14.

(2009): *FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA*, EN EL VOL. COL. DIRIGIDO POR MUÑOZ MACHADO, S. Y ESTEVE PARDO, J. DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. FUNDAMENTOS E INSTITUCIONES DE LA REGULACIÓN, TOMO I, IUSTEL-INST. ORTEGA Y GASSET, CNE, 1ERA EDIC, MADRID.

(1997): SERVICIO PÚBLICO Y MERCADO, *EDIT. CIVITAS. MADRID.*

(1980): EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, CÍVITAS, MADRID.

NAVARRO RODRIGUEZ, P. (2008): LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA, NATURALEZA, FUNCIONES Y RÉGIMEN JURÍDICO, EDIT. MARCIAL PONS; MADRID.

NAVAJAS REBOLLAR, M. (2000): LA NUEVA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL, EDIT. COLEX, MADRID.

OCHOA CARDICH, C.; KRESALJA B. (2009): DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, PUCP, LIMA.

OCHOA CARDICH, C. (2011): "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA EN EL TRIBUNAL DEL INDECOPI. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN N.º 2472/2010/ SC1", REVISTA ACTUALIDAD JURÍDICA, Nº 206, LIMA.

(1987): ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN: LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO NEOLIBERAL EN EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979, EDIT. CULTURAL CUZCO, LIMA.

PAREJO ALFONSO, L. (2004): "SERVICIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS DE INTERES GENERAL: LA RENOVADA ACTUALIDAD DE LOS PRIMEROS", REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NUM. 07, EDIT. COLEX- CC.OO-UNED, MADRID.

(2000): "EL ESTADO SOCIAL ADMINISTRATIVO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS DE LAS PRESTACIONES Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NUM. 153, EDIT. CEPC, MADRID.

(2003): ESTUDIOS SOBRE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES EN LA UNIÓN EUROPEA, INSTITUTO PASCUAL MADDOZ DEL TERRITORIO, URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE, MADRID.

PARADA, R. (2004): DERECHO ADMINISTRATIVO I, PARTE GENERAL, ED. MARCIAL PONS, MADRID.

(2008): CONCEPTO Y FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, ED. MARCIAL PONS, MADRID.

PEMÁN GAVÍN, J. (2008): "SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD" EN REVISTA DERECHO Y SALUD, VOLUMEN 16, NÚMERO EXTRAORDINARIO.

(1990): *LA ACCIÓN SOCIAL: UNA INTRODUCCIÓN GENERAL*, EN EL VOL. COL. *DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS*, IBERCAJA-JUSTICIA DE ARAGÓN, ZARAGOZA,

(1985): "LA REFORMA SANITARIA EN ITALIA", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 106.

PEREZ-LUÑO, A.E. (2006): *LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS*, THOMSON-ARANZADI, NAVARRA.

PIEDROLA GIL, G. (1990): *MEDICINA PREVENTIVA Y SALUD PÚBLICA*, EDIT. SALVAT, BARCELONA.

PIÑAR MAS, J. (1994): "PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS Y DERECHO COMUNITARIO", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 133.

POMED SANCHEZ, L. A. (1993): "FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 132, SETIEMBRE – DICIEMBRE

QUINTANA MELGAR, E. (2011): "EL ROL ASISTENCIAL Y SUBSIDIARIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO Y SU ALTO INTERÉS PÚBLICO Y MANIFIESTA CONVENIENCIA NACIONAL", REVISTA DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, NÚMERO 149, 2011.

QUIÑONES ALAYZA, M.T. (2012): "ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, COMPETENCIA DESLEAL Y SERVICIOS PÚBLICOS", REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, NÚMERO 12, PP. 65-67.

(2005) "MERCADO ELÉCTRICO EN EL PERÚ: ¿UNA UTOPIA?", REVISTA THEMIS, NÚMERO 50.

RAMIÓ MATAS, C. (2008): *LA FORTALEZA INSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS REGULADORAS DE AMÉRICA LATINA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DEL PERÚ Y DE REPUBLICA DOMINICANA*, EDIT. UIM – IUT, GRANADA.

RAMOS-REAL, F.J. (2007): "DESINTEGRACIÓN VERTICAL Y REGULACIÓN DEL SUBSISTEMA ELÉCTRICO CANARIO", REVISTA DE ESTUDIOS REGIONALES, NÚMERO 80.

REAL FERRER, G. (2003): "LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, N° 161, MAYO-AGOSTO.

REBOLLO PUIG, M. (1999): "LA PECULIARIDAD DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU SINGULAR ADAPTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD", REVISTA VASCA DE ADMINISTRACION PÚBLICA, N° 54.

REICH, N. (1985): MERCADO Y DERECHO, ARIEL, BARCELONA,

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. (2007): LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO SOCIAL, MARCIAL PONS, MADRID.

ROSENTHAL COUTINHO, D. (2003): REGULAÇÃO E REDISTRIBUIÇÃO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE UNIVERSALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES, TESIS DOCTORAL, FACULTADADE DE DIREITO; UNIVERSIDAD DE SAO PAULO.

RIVERO ORTEGA, R. (2011): "SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: OBJETIVOS PENDIENTES EN LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS", REVISTA CATALANA DE DRET PÚBLIC, NÚMERO 42.

RUBIO CORREA M. (1999): ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993, EDIT. PUCP, LIMA.

RUIZ ELDREDGE (1990): MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. TEMÁTICA ESENCIAL, COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, LIMA.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1991): FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, CEURA, MADRID.

(2010): VOL. COL. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, LA LEY, MADRID.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE GENERAL, TECNOS, MADRID.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, J. (2006): "SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y CONSTITUCIÓN", REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA, NÚMERO 57.

SALAS HERNÁNDEZ, J. (1992): "RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES ESENCIALES", REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 11.

SALVATIERRA COMBINA, R. (2012): "SECTOR ELÉCTRICO-A LOS VEINTE AÑOS DE LA REFORMA", REVISTA THEMIS, NÚMERO 61, LIMA.

SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. (2016): *CUATRO IDEAS EN TORNO A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, EN VOL. COL FUNCIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO-IBAÑEZ, BOGOTÁ.

SANTIVANEZ, R. (1998): "MERCADO ELÉCTRICO PERUANO: PRINCIPIO Y MECANISMOS DE OPERACIÓN Y SISTEMAS DE PRECIOS", REVISTA

THEMIS, NÚMERO 37.

SERRA REXACH, E. (1979): "LA EMPRESA PÚBLICA EN LA CONSTITUCION", REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, NÚMERO 22.

SCHICKENDANTZ, C. (2001): EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA IGLESIA: BREVE HISTORIA, DISCUSIONES RECIENTES Y CAMPOS DE APLICACIÓN PRÁCTICA, TEOLOGÍA Y VIDA, VOLUMEN 42, NÚMERO 3.

SHIMABUKURO TOKASHIKI, R. (2016): "PRIVATIZACIÓN Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN CONCESIONAL EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA EN EL MARCO JURÍDICO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA", REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, NÚMERO 16.

SOLA, J. (2004): CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA, ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES.

SORIANO GARCÍA (2011): "LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA, SECTOR PÚBLICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO", REVISTA DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DE MADRID, NÚMERO 24.

SOSA WAGNER, F. (2004): "SERVICIO PUBLICO Y PAPEL DE LA NUEVA ADMINISTRACION Y SUS ENTES REGULADORES", REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, NUM. 07, 2DO. SEMESTRE; PP 125-152; EDIT. COLEX - CC.OO-UNED; MADRID

(2008): LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES, THOMSON-CÍVITAS, NAVARRA.

SOUVIRON MORENILLA, J. M. (1998): LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL SERVICIO PÚBLICO, ED. COMARES, GRANADA.

STEIN, T. (1995): "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA", EN REP, N° 90.

TASSANO VELAUCHAGA, H. (2016): "COMPETENCIA Y REGULACIÓN", REVISTA DE DERECHO PUCP, NÚMERO 76.

(2006): "EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA", REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, NÚMERO 1.

TENA PIAZUELO, V. (1999): *LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DEL ESTADO ESPAÑOL*, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR BERMEJO VERA J. DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, CÍVITAS, MADRID.

(1999): *EL SECTOR PÚBLICO ECONÓMICO: LA EMPRESA PÚBLICA*, EN EL VOL. COL. COORDINADO POR BERMEJO

VERA J. DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE ESPECIAL, CÍVITAS, MADRID

TEROL GÓMEZ, R. (2000): EL CONTROL PÚBLICO DE LAS TELECOMUNICACIONES: AUTORIDADES REGULADORAS, EDIT. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA.

TORNOS MAS, J. (1994): "POTESTAD TARIFARIA Y POLÍTICA DE PRECIOS", REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚMERO 135, SEPTIEMBRE-DICIEMBRE, MADRID.

UREBA, A. (1986): "EL MARCO CONSTITUCIONAL ECONOMICO ESPAÑOL Y LA ADHESION DE ESPAÑA A LAS COMUNIDADES EUROPEAS", EN EL VOL. COL. DIRIGIDO GARCIA DE ENTERRIA, E., GONZALEZ CAMPO Y MUÑOZ MACHADO, S. *TRATADO DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO*, TOMO I, MADRID.

VINCES ARBULÚ, C.M. (2011): "APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ESTATAL EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE TERRESTRE: LA SITUACIÓN PERUANA", REVISTA IUS, NÚMERO 1, CHICLAYO.

VERGARA BLANCO, A. (2004): DERECHO ELÉCTRICO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, SANTIAGO.

VIGNOLO CUEVA, O. (2014): "LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE URBANO DEL PERÚ. DOS REFLEXIONES CRÍTICAS DESDE EL DOMINIO PÚBLICO VIARIO DESPUÉS DE DOS DÉCADAS DE 'MERCADO'", REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, N° 11, EDIT. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

VILLAR ROJAS, F. (2000): "RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DIRECTA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS NUEVAS FÓRMULAS DE GESTIÓN: FUNDACIONES", DERECHO Y SALUD, VOLUMEN 8, NÚMERO 1.

VILLANUEVA FLORES, R. (2009): DERECHO A LA SALUD, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y MULTICULTURALISMO, PALESTRA, LIMA.

VILLAJERO GALENDE, H. (2008): *SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA AL SERVICIO DEL MERCADO INTERIOR EUROPEO*, EN EL VOL. COL. RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. LIBRO MARRÓN DEL CÍRCULO DE EMPRESARIOS, NEVADO-BATALLA, MADRID.

VIRGALA FORURIA, E. (2006): "AGENCIAS (Y AGENCIAS REGULADORAS) EN LA COMUNIDAD EUROPEA", REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO, NUM. 05, ENERO-JUNIO DEL 2006, EDIT. INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SEVILLA.

(2004): LA CONSTITUCION Y LAS COMISIONES REGULATORIAS DE LOS SERVICIOS EN RED, EDIT. CEPC, MADRID.

(2001): SERVICIOS PUBLICOS Y SERVICIOS DE INTERES GENERAL EN LA UE (ART. 86.2TCE), REVISTA DE ESTUDIOS EUROPEOS, NUM. 27; PP. 43-76, EDIT. INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS (UNIVERSIDAD DE VALLADOLID), VALLADOLID.

YUSTE GRIJALVA, F. 1967. "SALUD PÚBLICA Y DESARROLLO", DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, NÚMERO 114.

ZEGARRA VALDIVIA, D. (2012): "EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA ECONÓMICA RECOGIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993: EL CASO DE LA ACTIVIDAD EDUCATIVA DE CAPACITACIÓN", EN EL VOL. COL. V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, PALESTRA, LIMA.

(2005): EL SERVICIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS, PALESTRA EDITORES, LIMA

(2005): SERVICIO PÚBLICO Y REGULACIÓN. MARCO INSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ, PALESTRA EDITORES.

