

REPOSITORIO ACADÉMICO UPC

Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal

Item type	info:eurepo/semantics/article
Authors	Huapaya Tapia, Ramón
Publisher	Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
Journal	Derecho & Sociedad
Rights	info:eu-repo/semantics/openAccess
Downloaded	9-Jun-2016 16:44:43
Item License	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/
Link to item	http://hdl.handle.net/10757/604686

Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal*

Ramón Huapaya Tapia**

“El autor desarrolla un breve repaso sobre los giros que ha dado el concepto de “servicio público” en la historia, para llegar finalmente a la concepción adoptada por el ordenamiento peruano.”

Introducción

Una cuestión que siempre ha circundado a la doctrina en las experiencias comparadas que adoptan el sistema del *droit administratif*, es la relativa a la conceptualización del servicio público. Sobre todo si clásicamente se entiende que la idea del servicio público refleja el contenido de una actividad prestacional del Estado, es decir, una porción de la actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones obligatorias a favor de la ciudadanía, circunstancia que lo vuelve un concepto lábil, difuso y poco posible de ser conceptualizado unitariamente. Por eso Villar Palasí decía que “como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público”¹.

Nuestra intención es ofrecer algunas breves notas introductorias respecto de la evolución conceptual del servicio público, desde el concepto clásico que lo identifica con la actividad prestacional administrativa, de cariz europeo, hacia el modelo actual que desde una influencia más liberal, propone una noción objetiva del servicio público, el cual se basa ya no en la titularidad estatal del servicio público (la famosa *publicatio*², 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 interés general, que se sustentan en la libertad de empresa, pero que también están sujetas a la intervención regulatoria

del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio. En esta noción objetiva se prescinde de los conceptos de titularidad estatal y *publicatio*, para pasar a un modelo sustentado en una intervención ordenadora y reguladora del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio, a fin de garantizar que éstos se presten de manera eficiente, cumpliéndose los principios propios de la prestación de los servicios públicos. Adicionalmente, consideramos necesario que se entienda que el servicio público es algo más que “actividades sujetas a regulación económica por presentar fallas de mercado consistentes en situaciones de monopolio natural o de mercados faltos de libre competencia”, visión economicista y “pan-regulatoria” que pierde de vista la naturaleza jurídica del fenómeno, y la necesidad de interpretar a las instituciones del servicio público y de la regulación desde bases jurídicas, desde la comprensión jurídica de los fenómenos técnicos y económicos que subyacen sobre las mismas³. En tal sentido, el concepto jurídico del servicio público es uno distinto al de actividad administrativa de regulación económica, aún cuando es claro que esta última incide y despliega su campo de acción fundamentalmente sobre las actividades económicas que el legislador ha declarado expresamente como sujetas al régimen jurídico de los servicios públicos.

Lo que sucede es que el propio concepto de servicio público refleja un contenido finalista, de garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad, algo

* A mi querido amigo, el profesor Guido Santiago Tawil.

** Abogado “summa cum laude” por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, de Régimen de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en la Academia de la Magistratura.

1 Cfr. VILLAR PALASÍ, José Luis: Prólogo a MEILÁN GIL, José Luis: La cláusula de progreso en los servicios públicos. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968. Página XVI.

2 Para el esclarecimiento de esta noción es obligatorio revisar lo escrito por el profesor José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ: La *publicatio* de recursos y servicios. En: COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coordinador): Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo. Editorial Civitas. Madrid, 2003. Páginas 687-718.

3 Una de las visiones más completas, en español, en la actualidad sobre el tema de la regulación y el Derecho, el libro de Andrés BETANCOR: Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. Editorial Civitas – Thomson Reuters. Navarra, 2010. Especialmente, página 24 y ss.

que se desprende ciertamente desde los artículos 44^o, 58^o segundo párrafo y 195^o numeral 5)⁶ de la Constitución de 1993, normas que establecen respectivamente el deber general del Estado de promover el bienestar general de la Nación, de actuar sobre los servicios públicos y finalmente, hacerse responsable, en el ámbito local, de estos servicios públicos de dicho alcance. Por tanto, si el concepto de regulación proviene de la economía y ciencias sociales, el concepto de servicio público es un concepto jurídico, que es definido desde el derecho administrativo⁷, conforme lo señalamos en estas notas que esbozamos a continuación.

Hay que hacer una salvedad previa, cual es que en el grueso de este trabajo nos referiremos a las tendencias actuales que existen sobre los “grandes” servicios públicos nacionales o de competencia nacional. El tema del servicio público local lo tocaremos en un aparte, porque en ese caso puntual, se mantendría una visión subjetiva del servicio público, distinguiendo sobre el cual volveremos en este mismo trabajo.

La Noción Clásica del Derecho Administrativo Francés sobre el Servicio Público

En la teoría general del derecho administrativo, derecho de notoria inspiración francesa, se ha afirmado que, al margen de ejercer un rol coactivo u ordenador (policía), así como un régimen de estímulo (fomento), el Estado designa con el nombre de actividad de servicio público un rol o función prestacional, garantizando mediante su imperio un sistema de prestaciones dirigidas a la colectividad, a fin de satisfacer necesidades esenciales para la vida en común.

El instituto jurídico del derecho administrativo que se ideó para garantizar este rol prestacional del Estado fue el servicio público, como un título de intervención administrativa en las actividades económicas que se revelaron necesarias para garantizar la idea de un sistema de prestaciones a cargo o de responsabilidad del Estado, bajo la lógica del *service public* en Francia (sistema por cierto, no extraño a otras latitudes europeas, como lo confirma la existencia del sistema de la *daseinsvorsorge* o “procura existencial” alemana, concepto elucubrado a partir de la obra de Ernst Forsthoff y que a diferencia del *service public* francés, se centró en la necesidad de afirmar el rol prestacional del Estado como una tarea consustancial a éste)⁸.

Así, el servicio público, concepto de notoria hechura francesa, en su acepción clásica, constituye una técnica

administrativa dirigida a establecer mediante ley un rol prestacional del Estado, que asume la responsabilidad de la organización, establecimiento y gestión de la prestación de varias actividades económicas esenciales para la vida en sociedad, que se consideran, en su acepción clásica, como de titularidad del Estado, bajo un sistema de reserva prestacional a favor del mismo. Así, se ha dicho que cuando se habla de servicio público, se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, y por tanto la institución del servicio público permite mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico – social de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio y sujetas a reglas preestablecidas. Así, se señala habitualmente que son caracteres o principios del servicio público la obligatoriedad, la continuidad, la universalidad, la cláusula de progreso tecnológico, la igualdad y la regularidad (las llamadas “leyes de prestación” del servicio público o “les lois de Rolland”, destacado profesor francés, seguidor de Leon Duguit, integrante de la “Escuela de Burdeos”, quien teorizó a inicios del siglo XX sobre los principios esenciales de la prestación del servicio público).

Bajo el concepto clásico y técnico del “servicio público” a la francesa, se han señalado las siguientes características básicas:

- El servicio público es una actividad administrativa prestacional de titularidad estatal. Implica siempre una limitación o sacrificio de la libertad de empresa: el Estado asume la potestad de ejercer la actividad económica, o de entregarla en concesión a particulares. Nace la idea de la denominada *publicatio* como reserva prestacional al Estado de la actividad calificada como servicio público.
- En la visión clásica, se señala que la gestión del servicio público puede ser pública o privada (esta última excepcionalmente). Pero esencialmente se asume que el Estado debe ser prestador, a través de empresas o establecimientos públicos, aprovechando para ello su reserva prestacional o *publicatio*.
- El Estado somete la gestión del servicio a sus propias normas, al Derecho Público.
- Pese a la idea de la concesión (surgida en el S. XIX) el servicio público se construye sobre la idea del

4 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

5 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.
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.

6 Constitución Política del Estado de 1993. Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.
Son competentes para:
(...)
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
(...)

7 Algo en lo cual ya hemos incidido en un trabajo anterior: HUAPAYA TAPIA, Ramón: Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. Publicado en: Revista Ius et Veritas. Año XX, N° 40. Lima, 2010. Páginas 302-344. También en el Diario El Derecho (Argentina). N° 12.585. Año XLVIII. Buenos Aires, lunes 13 de septiembre de 2010. Páginas 1-14.

8 Sobre el tema, recientemente, puede verse: BULLINGER, Martín: El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. En: RAP, N° 166. Enero-abril 2005. Páginas 29-49.

monopolio estatal sobre la dirección y prestación del servicio, contenido vinculado también a la reserva prestacional a favor del Estado.

La doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen jurídico de la actividad tipificada como tal, y que han sido conocidas como las “leyes de Roland”

- **Continuidad:** El servicio debe prestarse ininterrumpidamente, cada vez que sea requerido por el usuario, ya que satisface una necesidad esencial.
- **Regularidad:** El servicio debe prestarse en condiciones de calidad, de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen.
- **Igualdad:** El servicio debe prestarse en forma igual para todos, sin discriminar entre usuarios (salvo para agruparlos y ofrecerles condiciones comerciales o tarifas sociales – discriminación positiva).
- **Universalidad:** El servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas y debe cubrir todo el ámbito geográfico de la concesión.
- **Progresividad:** El servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible.

En esa perspectiva, conviene señalar que la doctrina clásica del Derecho Administrativo (sobre todo en Francia e Italia) formuló una distinción interesante, que a mi criterio tiene validez hasta hoy, que diferencia entre:

- **Servicio Público en sentido “subjetivo”:** Este sector doctrinal entiende que el servicio público es una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa.
- **Servicio Público en sentido “objetivo”:** Se entiende que el servicio público es el régimen jurídico de una actividad económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial.

En esta línea, la conceptualización jurídica originaria del “servicio público” o *service public*, fue básicamente una de tipo subjetiva, y proviene precisamente de la experiencia jurídica francesa, particularmente de las ideas de desarrollo teórico trazadas por el profesor francés León Duguit, brillante autor de derecho constitucional y administrativo, líder de lo que se denominó en su momento la “Escuela de Burdeos”, contradiada por la “Escuela de Toulouse” o de la *puissance publique*, encabezada por el destacado profesor Maurice Hauriou, también administrativista y notable teórico del derecho administrativo (seguido posteriormente por sus notables discípulos entre los cuales se cuenta a los profesores Jean Rivero y Georges Vedel). En un primer momento, Duguit y sus seguidores

(destacando entre estos tanto Gastón Jéze – tal vez quien mejor teorizó el concepto de servicio público como el criterio que define el derecho administrativo, Roger Bonnard y Louis Rolland, quienes influenciaron a posteriores luminarias como André de Laubadere y Pierre Delvolvé) identificaron al servicio público con la entera actividad administrativa, bajo la idea de que el Estado es una gran “cooperativa de servicios públicos”, dado que el eje del desarrollo del Estado era asegurar la convivencia social mediante un sistema de cooperación y de prestaciones, en torno a los servicios públicos impuestos por el Estado. Por influencia de dicha postura, en el derecho y la jurisprudencia francesa se concibió la ecuación amplísima de identificar servicio público con la totalidad de la acción estatal, vale decir con el concepto jurídico de función administrativa. Por otro lado, también cabe mencionar que el criterio del servicio público, alineado en la concepción amplísima teorizada por Duguit, sirvió también, en paralelo, como un concepto jurídico empleado para delimitar los procesos entre la jurisdicción administrativa (institución típicamente francesa, con tribunales ordinarios para los casos de derecho administrativo, con su máximo tribunal, el Consejo de Estado) y la jurisdicción ordinaria (las cortes de derecho común, encabezadas por la Corte de Casación), como ocurrió en el caso “Blanco” (año 1873, decisión del Tribunal de Conflictos francés), muchas veces citado en forma equivocada como el “origen” del concepto jurídico del servicio público como actividad prestacional, cosa errada porque a fines del siglo XIX, se empleaba en Francia esa noción amplísima de servicio público que lo identificaba con la función administrativa, y, en la línea de Duguit – y Jéze- la existencia de un servicio público era el criterio que definía al derecho administrativo. De esta forma, en el arret Blanco lo que se decidió fue que la controversia jurídica respecto de la responsabilidad derivada de un daño producido por una camioneta del estanco de tabaco francés, debería ser conocido por los tribunales administrativos, en la medida que se trataba de un daño producido por un agente del “servicio público” de los tabacos (rectius: por un agente estatal o parte del Estado). En tal sentido, muchas veces se suele sobreesimplificar la cuestión del caso Blanco y pretender que “ahí nace” el concepto del servicio público, cuando en realidad, la conceptualización de éste ha estado ligada a la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad, sobre todo en lo que respecta a la necesidad de afirmar una institución del derecho administrativo dirigida a ampliar el espectro de la actuación del Estado más allá de las meras labores de gendarme o policía, mediante la asunción de roles prestación de los servicios esenciales o básicos, a cargo del Estado y dirigidos a cubrir las necesidades básicas de la población⁹.

Posteriormente, dentro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial vinculada a su desarrollo, cabe anotar que el concepto de servicio público en Francia, ha sufrido varias crisis, debido a la inexactitud de sus alcances, y a la amplitud de sus contenidos (por ejemplo, mediante la formulación de la doctrina de “los servicios públicos impropios” o los “servicios públicos industriales

9 Para mayores referencias, BULLINGER, Martin: El service... Op. Cit.; y también, MALARET, Elisenda: Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto. En: RAP, N° 145. Enero-abril, 1998. CEPC. Madrid, 1998. Páginas 49-87.