

## LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Teoría General del Servicio Público en el Perú

[PUBLIC SERVICES IN ADMINISTRATIVE LAW - General Theory of Public Service in Peru]

José María Pacori Cari

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú; Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú

Sumario: 1. ¿Qué es el servicio público? - 2. Elementos para considerar un servicio como público - 3. Diferencias del servicio público con otras instituciones - 4. Principios aplicables a la prestación del servicio público - 5. Clasificación de servicio público - 6. Formas de delegación de los servicios públicos - 7. Asociaciones público-privadas - 8. Organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos

**Resumen.** Se ofrece al lector un análisis jurídico - administrativo de los servicios públicos que prestan las entidades públicas, directa o indirectamente, a favor de la colectividad para garantizar su bienestar a través de una prestación permanente, eficiente, continua y universal.

**Abstract.** The reader is offered a legal - administrative analysis of the public services provided by public entities, directly or indirectly, in favor of the community to guarantee its well-being through a permanent, efficient, continuous and universal provision.

**Palabras Clave:** Servicios Públicos – Universalidad – Concesión

**Keywords:** Public Services – Universality – Concession

Recibido: 15/01/2022

Aprobado: 05/02/2022

*Utilitas pública praeferenda est privatorum contráctibus*<sup>1</sup>. El Estado asume obligatoriamente, directa o indirectamente, la satisfacción de determinadas necesidades colectivas. De esta manera, el Estado orienta el desarrollo del país actuando principalmente en la promoción de los servicios públicos<sup>2</sup>, esto nos lleva a establecer la importancia constitucional de la gestión de los servicios

<sup>1</sup> La utilidad pública prevalece sobre los contratos privados.

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 58 Constitución Política, Perú

públicos en los tres (3) niveles de gobierno:

**a. En el Gobierno Nacional.** La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo<sup>3</sup>. *Ergo*, cada uno de los Ministerios estará a cargo de los servicios públicos que se prestan a colectividad, *verbi gratia*, el Ministerio de Educación estará a cargo del servicio público de educación.

**b. En los Gobiernos Regionales.** Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional fomentando los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo<sup>4</sup>.

**c. En los Gobiernos Locales.** Los gobiernos locales promueven la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo<sup>5</sup>. Los gobiernos locales administran los servicios públicos locales de su responsabilidad<sup>6</sup>.

## 1. ¿QUÉ ES EL SERVICIO PÚBLICO?

La supervisión de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía es una atribución de la Defensoría del Pueblo conforme al artículo 162 de la Constitución Política del Perú que indica

*“Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.*

<sup>3</sup> Cfr. Artículo 119 Constitución Política, Perú

<sup>4</sup> Cfr. Artículo 192 Constitución Política, Perú

<sup>5</sup> Cfr. Artículo 195 Constitución Política, Perú

Lo indicado nos lleva a la necesidad de establecer qué son los servicios públicos. El **servicio público** es toda actividad material que la ley atribuye al Estado para que la ejerza directamente o por medio de sus delegados, para satisfacer concretamente las necesidades colectivas, bajo un régimen jurídico total o parcialmente público; es decir, el **servicio público** es una actividad prestada por la Administración, bajo el régimen propio del derecho administrativo con la finalidad de alcanzar necesidades colectivas. *“El servicio público trata de las prestaciones públicas o cometidos estatales que explicitan las funciones – fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, bajo fiscalización estatal.”*<sup>7</sup>. En el ordenamiento jurídico peruano se consideran servicios públicos esenciales los siguientes<sup>8</sup>:

- a) Los sanitarios y de salubridad.
- b) Los de limpieza y saneamiento.
- c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
- d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
- e) Los de establecimientos penales.
- f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
- g) Los de transporte.
- h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.
- i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Las actividades consideradas servicios públicos al estar directamente relacionadas con la dignidad de la persona humana también se configuran como **derechos fundamentales**, por lo que deben ser asegurados a toda la población

<sup>6</sup> Cfr. Artículo 195, inciso 5 Constitución Política, Perú

<sup>7</sup> Dromi, 1996, p. 531

<sup>8</sup> Cfr. Artículo 83 Decreto Supremo 010-2003-TR, Perú

garantizando su bienestar sin dejar a nadie atrás, *verbi gratia*, los derechos fundamentales a la salud, educación y seguridad social son también servicios públicos. Los **derechos fundamentales** son aquellos derechos pactados dentro del ordenamiento jurídico de determinado país, sin embargo, son inspirados por pactos y acuerdos de derechos humanos, por este motivo, pueden acabar variando de país en país; sin embargo, los derechos fundamentales no pueden ser confundidos con los **derechos humanos** que se refieren a las garantías fundamentales establecidas en el derecho internacional, son derechos que constan en la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) debiendo ser asimilados por todas las naciones.

## 2. ELEMENTOS PARA CONSIDERAR UN SERVICIO COMO PÚBLICO

No todas las actividades que las entidades públicas (directa o indirectamente) realizan en beneficio de la población son consideradas servicios públicos, para que se consideren servicios públicos, las acciones del Estado deben contar con tres (3) elementos:

**a. Elemento material.** Es un servicio que proporciona utilidad/comodidad a la sociedad de forma continua, es decir, es un servicio que beneficia de forma continua a la colectividad o al mayor número de individuos posible, sin interrupciones, proporcionando algún bienestar para quien lo utiliza, *verbi gratia*, el servicio público de salud es útil por cuanto garantiza la vida y la salud de la población, asimismo, el servicio público de electricidad es de utilidad pública<sup>9</sup>.

**b. Elemento subjetivo.** El servicio público debe ser prestado directa o

indirectamente por el Estado; el servicio será público porque es prestado por una entidad pública, *verbi gratia*, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a nivel nacional, una Gerencia Regional de Transportes a nivel regional, una Municipalidad Provincial a nivel local.

**c. Elemento formal.** El servicio público debe obedecer total o parcialmente a las reglas del derecho público, esto es, se rige por la ley o por la Constitución. Un servicio público es una prestación que cumple el Estado, su incumplimiento o cumplimiento no se rige por las normas del derecho privado.

## 3. DIFERENCIAS DEL SERVICIO PÚBLICO CON OTRAS INSTITUCIONES

No todas las acciones que realiza el Estado se consideran servicios públicos, existen actividades que no son servicios públicos pero son realizadas por las entidades públicas:

**a) El servicio público es diferente de la obra pública.** Las obras públicas son actividades con un inicio y fin determinados en el tiempo, se constituyen en medios que hacen posible la prestación del servicio público, *verbi gratia*, las obras públicas realizadas para la construcción de un Hospital Público no son consideradas servicios públicos, asimismo, la obra de un metro es diferente del servicio público de prestación de transporte público.

**b) El servicio público es diferente del poder de policía.** El poder de policía genera restricciones e imposiciones a los administrados, no genera utilidad ni comodidad, *verbi gratia*, la señalización en las carreteras para reducir la velocidad o evitar adelantar no se confunden con el servicio público de transporte.

<sup>9</sup> Cfr. Artículo 2 Decreto Ley 25844, Perú

c) **El servicio público es diferente de la exploración de actividades económicas.** La exploración de actividades económicas se rige por el derecho privado, *ergo*, no son servicios públicos las actividades económicas realizadas por las empresas públicas, por cuanto si bien existe un interés colectivo, tales actividades se rigen por el mercado.

#### 4. PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El Estado está obligado a la prestación de los servicios públicos, esta prestación se rige por los siguientes principios:

a) **Principio de deber de prestación del Estado.** El Estado tiene el deber de prestar los servicios públicos directamente o indirectamente a través de la delegación, *ergo*, las entidades públicas no pueden eximirse de su responsabilidad cuando delegan la prestación de un servicio público a la inversión privada.

El acceso a la utilización y prestación de los servicios públicos está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, los prestadores 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<sup>10</sup>.

b) **Principio de regularidad en la prestación.** Es deber del Estado prestar regularmente el servicio público, directa o indirectamente. La ausencia de las entidades públicas en la prestación del servicio público puede causar perjuicios y, en consecuencia, el deber de indemnizar a los terceros perjudicados, *verbi gratia*, si el autobús que pasa todos los días a las 5 am en la parada comienza a llegar a las 5.30

am, luego a las 6 am y otro día no pasa, se viola el principio de regularidad.

c) **Principio de continuidad y permanencia del servicio público.** El servicio público no puede ser interrumpido, debido a su relevancia para la comunidad. La prestación de los servicios públicos es ininterrumpida garantizándose la continuidad y permanencia del servicio. Por este principio se impone la prestación ininterrumpida del servicio público, derivado del deber del Estado de satisfacer y promover derechos fundamentales. La continuidad presupone la regularidad en la prestación del servicio público con observancia de las normas vigentes y, en el caso de los concesionarios, de las condiciones del contrato de concesión.

*“La continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir, que se efectúe oportunamente”<sup>11</sup>.* La continuidad no impone, necesariamente, que todos los servicios públicos sean prestados diariamente y en un periodo integral, se deberá a estar a su permanencia en el tiempo. El servicio público debe ser prestado en la medida en que la necesidad de la población se presenta, respecto de lo cual podemos distinguir:

i) **necesidad absoluta**, el servicio debe ser prestado sin cualquier interrupción, una vez que la población lo necesita, permanentemente existe la disponibilidad de servicio, como sería el caso de los hospitales o la distribución del agua; y,

ii) **necesidad relativa**, el servicio público puede ser prestado periódicamente, en días y horarios determinados por las entidades públicas, teniendo en consideración las necesidades intermitentes de la población, como es el

<sup>10</sup> Cfr. Artículo 10 Decreto Supremo 020-2007-MTC, Perú

<sup>11</sup> Dromi, 1996, p. 532

caso de una biblioteca pública, museos o campos deportivos.

La aplicación de este principio lo podemos encontrar en lo que constituyen los servicios públicos de electricidad<sup>12</sup>: a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad.

Asimismo, este principio, nos lleva a problemas como la interrupción de los servicios públicos en caso de incumplimiento del usuario y el derecho de huelga de los servidores públicos que interrumpe el servicio público. Por su parte, no se violará este principio en los supuestos de emergencia o con aviso previo por razones de orden técnico o por incumplimiento del usuario.

**d) Principio de eficiencia.** Se requieren servicios actualizados. Un servicio eficiente es aquel que logra el resultado deseado, ya sea en términos de calidad o cantidad. La eficiencia es una ventaja en relación a la idoneidad, *verbi gratia*, el autobús es un instrumento adecuado para la prestación del transporte colectivo, sin embargo, si el autobús no cumple con los requisitos de calidad, no se considerará eficiente. Este principio exige la actualización técnica de la prestación del servicio, también implica el control continuo de la actividad de las entidades públicas. La eficiencia requiere la evaluación del costo-beneficio, un servicio altamente eficiente es más caro, *ergo*, los tributos no pueden ser tan altos al punto de no poder ser pagados por la población.

**e) Principio de generalidad o universalidad.** Por este principio el servicio público es igual para todos; se

busca la universalidad en la prestación del servicio público, es decir, el servicio debe prestarse a todos los usuarios por igual y de manera impersonal, sin ningún tipo de discriminación, *verbi gratia*, los autobuses de la periferia deben ser de la misma calidad que los que circulan en los centros empresariales.

También por este principio se promueve la integración de los lugares más apartados de los centros urbanos, así como de las áreas rurales y lugares de preferente interés social, mediante el acceso universal; entiéndase por acceso universal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios públicos esenciales<sup>13</sup>.

Por este principio se reconoce el derecho que todos tienen de utilizar los servicios públicos, dentro de las modalidades establecidas sin que se niegue a un usuario el servicio para dárselo a otro, las exclusiones de la utilización de los servicios no pueden ser arbitrarias. *“La generalidad significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva. Se trata de prestaciones de interés comunitario”*<sup>14</sup>. En la prestación del servicio público, los iguales deben ser tratados como iguales y los desiguales de forma desigual en la medida de su desigualdad, *verbi gratia*, en el establecimiento de tarifas. *“De esta consideración fluye el que no pueda haber trato discriminatorio del concesionario en favor o en contra de determinado usuario”*<sup>15</sup>.

**f) Principio de cortesía en la prestación.** Este principio se refiere al buen trato para el público que recibe el servicio público. El servicio público debe ser prestado por personas que traten a los usuarios con respeto y cortesía. Este principio es sinónimo de respeto, buena

<sup>12</sup> Cfr. Artículo 2 Decreto Ley 25844, Perú

<sup>13</sup> Cfr. Artículo 9 Decreto Supremo 020-2007-MTC, Perú

<sup>14</sup> Dromi, 1996, p.534

<sup>15</sup> Núñez Borja, 1959, p. 119

fe, honestidad y lealtad en el trato a los usuarios y beneficiarios del servicio público. Los servidores públicos deben mantener un trato educado para con el público, pues solamente así la prestación del servicio público podrá ser completa, *verbi gratia*, los servicios públicos de telecomunicaciones, tienen preeminencia sobre los servicios privados de telecomunicaciones<sup>16</sup>.

**g) Principio de moderación o tarifas razonables.** Los servicios públicos deben ser prestados a precios módicos y razonables, su fijación deberá considerar la capacidad económica del usuario y las exigencias del mercado, para evitar que el usuario deje de utilizarlo en razón de la ausencia de condiciones financieras. La prestación del servicio público debe ser a precio reducido, con el fin de alcanzar la universalidad en la prestación. Este principio se cumplirá cuando el precio de la tarifa corresponda a la justa relación costo-beneficio en la prestación de la actividad, *verbi gratia*, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio<sup>17</sup>.

**h) Principio de seguridad.** El Estado debe prestar el servicio público de manera que no ponga en peligro la integridad física y la vida del usuario, *verbi gratia*, la instalación de postes de electricidad debe garantizar la integridad de la población.

**i) Principio de actualidad o adaptabilidad.** La actualidad comprende la modernidad de las técnicas, equipos e instalaciones y su conservación, así como la mejora y ampliación del servicio. De esta manera, el Estado promueve el desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), como soporte de la Sociedad Global de la Información, en este sentido, adoptará las medidas necesarias para el crecimiento, expansión y democratización del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación<sup>18</sup>.

## 5. CLASIFICACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos se pueden clasificar teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a. En cuanto a la esencialidad:

**i) Servicios públicos propios o indelegables,** son aquellos que sólo pueden ser prestados por la Administración Pública, es decir, no permiten la delegación de su ejecución a terceros, por estar relacionados con las actividades propias del Poder Público, son servicios que se relacionan íntimamente con las atribuciones del Poder Público, *verbi gratia*, el servicio público de seguridad nacional; para su ejecución las entidades públicas usan de su supremacía sobre los administrados; no pueden ser delegados a particulares, tales servicios, por su esencialidad, generalmente son gratuitos o de baja retribución.

**ii) Servicios públicos impropios y delegables,** son aquellos que permiten su ejecución a través de terceros, *verbi gratia*, el servicio de electricidad. Son servicios que no afectan sustancialmente las necesidades de la comunidad, pero satisfacen intereses comunes de sus

<sup>16</sup> Cfr. Artículo 14 Decreto Supremo 020-2007-MTC, Perú

<sup>17</sup> Cfr. Artículo 11 Decreto Supremo 020-2007-MTC, Perú

<sup>18</sup> Cfr. Artículo 8 Decreto Supremo 020-2007-MTC, Perú

miembros y, por eso, las entidades públicas los prestan previa retribución, por sus órganos u entidades descentralizadas, *verbi gratia*, municipalidades o empresas públicas, o delegan su prestación a inversionistas privados.

b. En cuanto al objeto:

**i) Servicios administrativos**, son actividades que tienen por objeto satisfacer las necesidades internas de la Administración Pública o servir de base para otros servicios públicos, *verbi gratia*, la Prensa Oficial.

**ii) Servicios comerciales o industriales**, son actividades que tienen por objeto satisfacer las necesidades de la comunidad en el aspecto económico, *verbi gratia*, el servicio de electricidad.

**iii) Servicios sociales**, son actividades que tienen por objeto satisfacer las necesidades esenciales de la comunidad en las que la iniciativa privada actúa al lado del Estado, *verbi gratia*, el servicio de salud, donde encontramos hospitales públicos y privados, o el servicio de educación donde encontramos escuelas públicas y privadas.

c. En cuanto al usuario:

**i) Servicios públicos individuales (*uti singuli*)**, son aquellos que se prestan a usuarios determinados o determinables, los tienen usuarios determinados con utilización particular para cada destinatario, *verbi gratia*, el teléfono, agua y energía eléctrica domiciliaria, son siempre servicios de utilización individual que deben ser retribuidos por tasa o tarifa (precio público) y no por tributos generales. Estos servicios se relacionan con los servicios públicos domiciliarios “*Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica*

*conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible*”<sup>19</sup>.

**ii) Servicios públicos generales (*uti universi*)**, son los que se prestan a la comunidad en su conjunto, la Administración Pública los presta sin tener usuarios determinados, para atender a la colectividad como un todo, *verbi gratia*, el servicio de policía o el servicio de alumbrado público. Los servicios *uti universi* deben ser mantenidos por los tributos generales, no por tasas o tarifas que son una retribución proporcional al uso individual del servicio.

d. En cuanto a la forma de prestación del servicio público:

**i) Servicio público centralizado**, es el que prestan directamente las entidades públicas de la Administración Directa, esto es, el Estado, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales a través de sus órganos y agentes públicos.

**b) Servicio público descentralizado**, es el prestado por otra persona ajena a la Administración Pública Directa, *verbi gratia*, una empresa pública o un inversionista privado.

## 6. FORMAS DE DELEGACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El servicio público que presten las personas del régimen privado se hace en virtud de concesión, licencia, permiso o autorización estatal, estos actos son denominados actos de aprobación. El servicio público es toda actividad administrativa o de prestación directa e indirecta de servicios a la población, ejercida por un órgano o entidad de las Administración Pública o por la iniciativa privada, *ergo*, los servicios públicos no son prestados exclusivamente por la Administración Pública, siendo que la

<sup>19</sup> Cfr. Art. 14 Ley 142, Colombia

prestación indirecta de los servicios públicos se da por medio de cuatro (4) formas de delegación:

## 6.1. Permiso

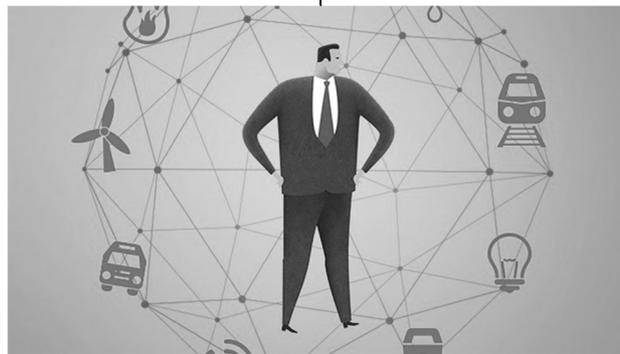
Por el permiso se puede delegar al particular el mismo objeto de la concesión, es decir, el servicio público. Pero, en el permiso, a pesar de la necesidad de licitación, no tiene por qué ser en la modalidad de concurso, que es la más compleja de todas y exigida para los casos de concesión de servicio público. El Poder Público utiliza el permiso para evitar delegar la prestación del servicio público a través de una concesión, solo para evitar utilizar la modalidad de licitación pública. La Administración Pública delega la prestación de los servicios públicos a una persona física o jurídica; es precaria por cuanto el permisionario corre con los riesgos, es discrecional, por cuanto está sujeta a la decisión del poder público, y es unilateral pues el acuerdo firmado puede ser revocado por la Administración Pública.

## 6.2. Autorización

Expresa el acuerdo realizado entre la Administración Pública y la iniciativa privada, en la cual la primera posibilita a la segunda la utilización de determinados bienes públicos o la realización de ciertas actividades o servicios públicos; este acuerdo también es precario, unilateral y discrecional, mediante el cual el Poder Público delega en particulares la ejecución de determinados servicios. No todos los servicios públicos son delegables mediante

autorización, *verbi gratia*, servicios de telecomunicaciones.

La autorización es un acto esencialmente unilateral de la administración pública, por medio del cual el particular podrá realizar una actividad para la que está previamente legitimado, pues el interesado tiene un derecho preexistente<sup>20</sup>, *verbi gratia*, se denomina autorización el acto jurídico por el cual el Estado faculta a una persona física o jurídica a instalar equipos de radiocomunicaciones para uso privado, en



un lugar determinado<sup>21</sup>. En la autorización se consiente una actividad o situación de interés exclusivo o predominante del particular que no es contraria al interés público, *verbi gratia*, un puesto de revistas en la plaza; en el permiso se faculta la realización de una actividad de interés concurrente del permitente (poder público), el permitido (particulares interesados en la exploración de la actividad) y el público.

## 6.3. Licencias

Las licencias son medios de control sobre el ejercicio de determinadas actividades desempeñadas por los gobernados, quienes al cumplir con los requisitos exigidos pueden desarrollar dichas actividades, ya que la propia administración les reconoce el derecho de ejercicio<sup>22</sup>, *verbi gratia*, se denomina licencia el acto jurídico por el cual el Estado faculta a una persona física o jurídica el establecimiento y explotación de servicios de telecomunicaciones, que no requieran de concesión<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> De los Santos Morales, 2012, p. 157

<sup>21</sup> Cfr. Artículo 64 Ley 642, Paraguay

<sup>22</sup> De los Santos Morales, 2012, p. 158

<sup>23</sup> Cfr. Artículo 63 Ley 642, Paraguay

## 6.4. Concesión

La concesión tiene naturaleza de contrato. Es el acuerdo por el que la Administración Pública transfiere la responsabilidad de la ejecución de un servicio público a una persona jurídica o consorcio de empresas; transferencia que se realiza por licitación por concurso, su naturaleza es contractual y por tiempo determinado. La concesión de servicio público es la delegación de su prestación, hecha por la autoridad concedente, mediante licitación, a la persona jurídica o consorcio de empresas que demuestren capacidad para su desempeño, por su cuenta y riesgo y por plazo determinado. En efecto, la autoridad concedente es la que posee la titularidad servicio público delegado y puede traducirse en el Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. Por su parte el concesionario es el particular que presta el servicio público mediante el contrato de concesión.

Se denomina concesión el acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona física o jurídica la facultad de prestar un servicio público, por un plazo determinado. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito, aprobado por el Congreso Nacional<sup>24</sup>. La concesión es el acto jurídico de derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos regionales o las municipalidades delegan mediante contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio público por tiempo determinado, durante el cual el concesionario resarcirá y remunerará su inversión<sup>25</sup>.

El otorgamiento de la concesión de servicios públicos no implica en ninguna forma lesión a la soberanía estatal ni

autonomía municipal y por lo tanto tampoco implica transmisión de derechos patrimoniales del Estado o Municipio<sup>26</sup>.

La licencia es el acto administrativo vinculante y definitivo; la autorización es el acto discrecional y precario; el permiso es el acto también discrecional y precario; y la concesión es el contrato administrativo bilateral.

## 7. ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados: mediante Asociaciones Público Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica. En las Asociaciones Público Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada<sup>27</sup>. El objetivo de las Asociaciones Públicas-Privadas es atraer inversión nacional y extranjera para la realización de grandes proyectos.

**a. Contratos de Asociación Público Privada.** El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos,

introducción de agua, redes para drenaje de aguas negras, pavimento y alumbrado de la Ciudad de Ensenada, Baja California, México

<sup>27</sup> Cfr. Artículo 20 Decreto Legislativo 1362, Perú

<sup>24</sup> Cfr. Artículo 62 Ley 642, Paraguay

<sup>25</sup> Cfr. Artículo 1 Ley 1618, Paraguay

<sup>26</sup> Cfr. Artículo 4 Ley para la Concesión de los servicios públicos de captación, aprovisionamiento, potabilización e

pudiendo incluir servicios complementarios<sup>28</sup>.

**b. Clasificación.** Las Asociaciones Público Privadas se clasifican en<sup>29</sup>:

**i) Cofinanciadas,** son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.

**ii) Autofinanciadas,** son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones: Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado; y, las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento.

## 8. ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera<sup>30</sup>. En el ordenamiento jurídico peruano, son Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos los siguientes<sup>31</sup>:

- a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL);
- b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)

c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN); y

d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

Los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones<sup>32</sup>:

**a) Función supervisora,** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas. En los casos de privatizaciones y concesiones, los Organismos Reguladores serán responsables de la supervisión de las actividades de postprivatización<sup>33</sup>.

**b) Función reguladora,** comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

**c) Función normativa,** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. También comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las

<sup>28</sup> Cfr. Artículo 21 Decreto Legislativo 1362, Perú

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 22 Decreto Legislativo 1362, Perú

<sup>30</sup> Cfr. Artículo 2 Ley 27332, Perú

<sup>31</sup> Cfr. Artículo 1 Ley 27332, Perú

<sup>32</sup> Cfr. Artículo 3 Ley 27332, Perú

<sup>33</sup> Cfr. Artículo 4 Ley 27332, Perú

disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

**d) Función fiscalizadora y sancionadora**, comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

**e) Función de solución de controversias**, comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

**f) Función de solución de los reclamos de los usuarios** de los servicios que regulan.

En el ejercicio de las funciones, los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos velarán por la adecuada transparencia en el desarrollo de sus funciones, estableciendo mecanismos que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrada o producida por ellos; y, la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y en la evaluación del desempeño de dichos organismos<sup>34</sup>.

## CONCLUSIONES

Los servicios públicos son actividades que realiza el Estado, directa o indirectamente, para satisfacer las necesidades de la población, estos servicios deben ser regulares, permanentes, continuos, universales y eficaces; cuando los servicios públicos son prestados indirectamente por particulares se pueden realizar a través de los permisos, licencias, autorizaciones o

concesiones, una forma especial de participación de la inversión privada en la prestación de servicios públicos son las asociaciones público – privadas.

## REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú (31 de diciembre de 1993). Perú.
- De los Santos Morales, Adriana (2012). Derecho Administrativo I. Estado de México: Red Tercer Milenio S. C.
- Decreto Legislativo 1362 (23 de julio de 2018). Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos Activos. Perú.
- Decreto Ley 25844 (19 de noviembre de 1992). Ley de Concesiones Eléctricas. Perú
- Decreto Supremo 009-93-EM (25 de febrero de 1993). Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Perú.
- Decreto Supremo 010-2003-TR (05 de octubre de 2003). Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Perú.
- Decreto Supremo 020-2007-MTC (04 de julio de 2007). Texto Único Ordenado del reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Perú.
- Decreto Supremo 042-2005-PCM (11 de junio de 2005). Reglamento de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Modificada por la Ley 28337. Perú.
- Dromi, Roberto (1996). Derecho Administrativo. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Ley 142 (11 de julio de 1994). Por la cual se establece el régimen de los

<sup>34</sup> Cfr. Artículo 1 Decreto Supremo 042-2005-PCM, Perú

servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Colombia.

- Ley 1618 (07 de noviembre de 2000). Ley de Concesiones de Obras y Servicios Públicos. República del Paraguay.
- Ley 27332 (29 de julio de 2000). Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Perú.
- Ley 642 (29 de diciembre de 1995). Ley de Telecomunicaciones. República del Paraguay.
- Ley para la Concesión de los servicios públicos de captación,

aprovisionamiento, potabilización e introducción de agua, redes para drenaje de aguas negras, pavimento y alumbrado de la Ciudad de Ensenada, Baja California (31 de marzo de 1957). México.

- Loes Meirelles, Hely (1990). *Direito Administrativo Brasileiro*. 31 Edición. Brasil: Malheiros Editores Ltda.
- Núñez Borja, Humberto (1959). *Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú*. Segunda Edición. Perú.

Citar artículo

**Pacori Cari, José María (2022). Los Servicios Públicos en el Derecho Administrativo. Teoría General del Servicio Público en el Perú.** Revista Iuris Dictio Perú, Volumen IV, Febrero 2022, pp. 07-18. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.