

Manual sobre los aspectos legales de la regulación de los servicios públicos económicos

Ricardo Leyva Flores
(Editor)



5
Palestra

MANUAL SOBRE LOS ASPECTOS LEGALES DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

Escriben:

Ricardo Leyva Flores
(Editor)

Nelson Josue Paredes Cruz	Katerine Carrasco Benavides
Héctor Hugo Quispe Huaman	Maritza Beatriz Yauli Núñez
Wenne Jesús Loza	Laura Erica Rojas Ramos
Hugo Alexander Ricra Morales	Gloria María Vargas Dorival



PALESTRA

Lima — 2021

343.6 L55	Leyva Flores, Ricardo Manual sobre los aspectos legales de la regulación de los servicios públicos económicos / Ricardo Leyva Flores, editor; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2021. 342 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2021-02276 ISBN: 978-612-325-166-6 1. Derecho 2. Derecho administrativo 3. Servicios públicos 4. Aspecto legales
----------------------------	---

MANUAL SOBRE LOS ASPECTOS LEGALES DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

Ricardo Leyva Flores

Primera edición, marzo 2021

© 2021: RICARDO LEYVA FLORES

© 2021: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

MZ. E LT. 15 URB. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS

Marzo, 2021

Diagramación:

GABRIELA ZABARBURÚ GAMARRA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2021-02276

ISBN: 978-612-325-166-6

Tiraje: 200 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

PRÓLOGO

El libro que tiene a la vista el lector, *Manual sobre los aspectos legales de la regulación de los servicios públicos*, constituye una obra colectiva valiosa dentro de la aún escasa bibliografía jurídica peruana que ha centrado su análisis en los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, saneamiento y provisión de infraestructura de transporte de uso público.

El trabajo a cargo de Héctor Quispe, Nelson Paredes, Gloria Vargas, Katerine Carrasco, Hugo Ricra, Maritza Yauli, Wenne Jesús, Laura Rojas y Ricardo Leyva —este último, además de coautor, director de la obra— aborda las principales instituciones legales que soportan el ordenamiento aplicable a las actividades económicas que se encuentran bajo la competencia normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de reclamos de los usuarios y de resolución de controversias entre empresas prestadoras de los cuatro organismos reguladores de la inversión privada en materia de servicios públicos: el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).

Leer el libro me remontó al 2006, 2007 y 2008, época en la que dicté el curso de Regulación de Servicios Públicos en mi alma máter, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América, fundada el 12 de mayo de 1551. Un parangón entre el índice de la obra que prologo y el sílabo de aquel curso evidencia una relativa sintonía de las temáticas tratadas. Empezábamos la cátedra con nociones elementales sobre el mercado, tales como eficiencia económica, teoría de la oferta y la demanda, competencia perfecta, fallas del mercado, mercados imperfectos (competencia monopolística, oligopolio, monopolio).

Al igual que el libro, luego nos ocupábamos de los conceptos vinculados a la Constitución económica, como los derechos fundamentales que nutren la libertad económica (propiedad, libertad de contratación, libre iniciativa privada y libertad de empresa); el rol promotor, solidario y subsidiario del Estado; la visión constitucional de la defensa de la competencia y la protección del consumidor, terminando esta segunda sección con la aplicación casuística del test de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado ocupaba una sección entera, pese a que en aquella época no estaba vigente la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal¹, encargada de sancionar la actividad empresarial del Estado que se desarrolla sin cumplir las exigencias previstas en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú como un acto de competencia desleal, asunto que el libro sí trata en el capítulo referido a las empresas del Estado. Luego venía la noción de servicio público, tanto desde el punto de vista legislativo, como a la luz de la doctrina jurídica: “Tantas definiciones de servicio público como tratadistas se han pronunciado sobre ella”.

Lo que el libro trata como Asociaciones Público Privadas (en adelante, APP) y títulos habilitantes para el desarrollo de servicios públicos, la cátedra lo planteaba como formas de gestión de la actividad

¹ Aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de junio del 2008.

prestacional del Estado y la concesión. A eso le seguía una explicación sobre la promoción de la inversión privada en los servicios públicos, asunto que la obra colectiva no descuida. Llegados a la mitad del curso, se discutía con los alumnos lo referido a la regulación económica, espacio dedicado a los monopolios naturales, las facilidades esenciales y la fijación administrativa de precios —la única autorizada en el Perú—, lo que comprendía los cargos de interconexión, los cargos de acceso a facilidades esenciales y las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, aspectos comprendidos en el libro bajo el epígrafe de mecanismos de regulación de servicios públicos económicos.

A continuación, mencionaba las competencias de los cuatros organismos reguladores, asunto que el libro recoge en su debida proporción. Luego, en la clase, tratábamos con bastante detalle la regulación de los mercados de telecomunicaciones, energía, servicios de saneamiento, infraestructura de transporte de uso público, temas que serán abordados por los autores en un segundo manual, tal como es advertido en la introducción de la obra. La cátedra terminaba con una visión general de las políticas de defensa de la competencia y de protección al consumidor, lo que en la obra colectiva es asumida en gran medida en el capítulo referido al proceso competitivo, con la salvedad de que el libro tiene la oportunidad de referirse al novísimo régimen general de control previo de las concentraciones empresariales, aprobado por el Decreto de Urgencia N° 013-2019², que entrará en vigencia el 01 de marzo de 2021. Finalmente, cabe mencionar que el libro, a diferencia de la clase que dicté, enriquece su contenido con instituciones jurídicas adicionales, tales como la judicialización de las decisiones de los reguladores, el proceso de revisión judicial de la legalidad del procedimiento de ejecución coactiva y el proceso de acción popular.

Hacen bien los autores en diferenciar los servicios públicos económicos de los sociales (educación, salud y seguridad social). Los primeros reciben un tratamiento diferente en el ordenamiento jurídico peruano,

² Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre del 2019.

marcado en gran medida por la presencia de monopolios naturales (debido a la existencia de fuertes economías de escala), barreras a la entrada y altos costos hundidos, según sea el caso. Si bien en ambos servicios se aplica el principio de subsidiariedad, es evidente que los particulares que prestan tales servicios tienen incentivos e intereses diferentes, de manera que tratar de los llamados servicios públicos económicos reviste especial importancia la aplicación del principio de servicio (o acceso) universal, lo que evidencia que en un escenario en el que la competencia está ausente o no funciona como debería ser, corresponde exigir que el prestador del servicio cumpla con los principios de universalidad, continuidad, obligatoriedad, regularidad, igualdad (no discriminación), asequibilidad (precios razonables), calidad y eficiencia.

Un tópico interesante del libro es el referido al cuestionamiento sobre si es necesario clasificar a los contratos de concesión como contratos de derecho público o de derecho privado. Coincido con los autores en que debemos dar por superada la doctrina de antaño que consideraba que los contratos administrativos se diferencian de los privados en atención a que en los primeros hay “cláusulas exorbitantes del derecho privado”, incluso de manera tácita, lo que era un despropósito en términos de fomento de la inversión privada.

En ese sentido, es importante cuestionarnos lo siguiente: ¿Qué inversionista aceptaría suscribir un contrato de concesión, si luego le dijeran que el Estado, bajo un presunto *ius variandi*, puede modificar unilateralmente el contrato o —peor aún— resolverlo de manera unilateral sin el pago de una indemnización? En el Perú, afortunadamente, tales arbitrariedades no existen en materia de concesiones. Si el Estado concedente pretendiera arrebatarse al concesionario el derecho otorgado, pese a que este no ha incumplido sus obligaciones, tendría que indemnizarlo, y esta reparación podría cubrir, conforme a lo pactado, las ganancias que el concesionario hubiera percibido de no haberse dado la resolución.

La legislación peruana no recoge la distinción entre contratos privados y administrativos. La realidad es que el Estado contrata con privados (contratos de concesión, de obra pública, de adquisición de

bienes o servicios, etc.) y estos contratos, dependiendo de lo pactado, pueden contener instituciones del derecho privado, del derecho público o de ambos. Lo relevante al tratar los contratos de concesión es respetar la intangibilidad del contrato³ y garantizar al concesionario inversionista la seguridad jurídica convenida⁴, el acceso a mecanismos de solución de controversias como el arbitraje y el derecho a renegociar el contrato cuando se altere el equilibrio económico financiero inmerso en dicho acto jurídico. La regulación de las actividades económicas se presenta en diversas intensidades, es así como podemos agruparlas en cuatro niveles:

En el primer nivel, el Estado únicamente regula y supervisa el establecimiento del negocio, mediante la imposición de obligaciones sobre seguridad colectiva, higiene, ornato y zonificación, dejando al agente económico la libertad de determinar la calidad de sus productos o servicios⁵, la solvencia y administración del negocio, así como los precios correspondientes. Es el caso de actividades como sastrerías; peluquerías; o ferreterías, que se encuentran bajo la esfera regulatoria de las municipalidades; entre otros.

En un segundo nivel, la regulación incide no solo sobre el establecimiento, sino también sobre la calidad del producto o servicio y otras condiciones de desarrollo de la actividad con el objeto de salvaguardar la vida y salud de las personas, los bienes privados y públicos, asimismo, el ambiente y los recursos naturales. En este segundo nivel se exige a los agentes económicos la obtención de registros sanitarios, estudios de impacto ambiental, cuotas de extracción, entre otros. A modo de ejemplo,

³ Por mandato del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, asunto que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno Jurisdiccional) el 25 de agosto del 2020, recaída en el Expediente N° 0006-2020-PI, en la que se declaró inconstitucional la Ley N° 31018, Ley que Suspende el Cobro de Peajes en la Red Vial Nacional, Departamental y Local concesionada, durante el Estado de Emergencia Nacional, Declarado a Causa del Brote del COVID-19.

⁴ A través de convenios de estabilidad jurídica.

⁵ Sin perjuicio de la aplicación de la normativa de protección al consumidor.

podemos mencionar la minería, la pesca, el transporte, la fabricación de alimentos, la comercialización de medicinas, etc., los cuales se encuentran sometidos bajo el ámbito regulatorio de los Ministerios correspondientes.

En el tercer nivel, la regulación se acentúa al intervenir no solo en el establecimiento y la calidad del producto o servicio (y otras condiciones de desarrollo de la actividad), sino también respecto de la solvencia patrimonial del negocio y actos de administración. En este nivel, las empresas deben cumplir determinadas exigencias sobre capital mínimo (solvencia), imposición de reservas, límites de inversión, prohibiciones de operaciones, exposición de información relevante, entre otros. Es el caso de los bancos, las compañías de seguros y las administradoras privadas de fondos de pensiones, bajo la competencia regulatoria de un organismo constitucionalmente autónomo: la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Finalmente, en el cuarto nivel se presenta la regulación más intensa de todas, es así que el Estado regula el establecimiento, la calidad del producto o servicio, pero, además, la cantidad producida (cobertura del servicio) y el precio ofrecido al mercado, lo cual repercute, finalmente, en la solvencia del negocio y su administración. A esta regulación intensa la denominamos regulación económica, es la regulación aplicable a los servicios públicos económicos brindados en condiciones de monopolio natural, el único escenario en el que cabe la fijación administrativa de precio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 757⁶, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. La regulación económica que incide sobre el precio, la calidad y la cantidad producida está a cargo de los cuatro organismos reguladores mencionados.

Felicitó a Ricardo Leyva y a los coautores que lo acompañan por el esfuerzo y entusiasmo en la publicación del presente libro. Pronostico que esta obra será de mucho provecho para los estudiantes y abogados interesados en la regulación de los servicios públicos. Los profesionales

⁶ Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 1991.

PRÓLOGO

que laboran en los organismos reguladores, quienes brindan sus servicios a las empresas prestadoras, o que patrocinan a los usuarios en sus reclamos, encontrarán en este manual de fácil comprensión una guía útil sobre los aspectos jurídicos más relevantes de la regulación de los servicios públicos económicos.

Quito, 8 de octubre del 2020

Hugo R. Gómez Apac

Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina



Este volumen ofrece una guía metodológica para iniciar el estudio de la regulación de los servicios públicos en el Perú, partiendo, como no podría ser de otra manera, de los conceptos vinculados a la Constitución económica (derechos de propiedad, libertad de contratación, iniciativa privada y libertad de empresa) y conceptos de microeconomía; proporcionando, de esta manera, una visión panorámica sobre la definición de los servicios públicos económicos.

El *Manual* desarrolla, desde un punto de vista descriptivo, la función reguladora del Estado y las funciones que cumplen las entidades reguladoras de los servicios públicos en el Perú (Osinergmin, Osiptel, Ositran y Sunass). El *Manual* también desarrolla instituciones jurídicas fundamentales para la inversión privada en los servicios públicos, como es el caso de las Asociaciones Público-Privadas, el control de concentraciones empresariales, la actividad empresarial del Estado y el otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios públicos.

Finalmente, el *Manual* brinda una visión panorámica sobre la judicialización de las decisiones de los organismos supervisores de la inversión de servicios públicos, donde se explica de manera detallada los alcances del control judicial que se realiza sobre tales decisiones, la vía procesal aplicable y las pretensiones discutibles.



Bicentenario
de la Independencia

ISBN: 978-612-325-166-6



9 786123 251666