

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

Escuela de Graduados

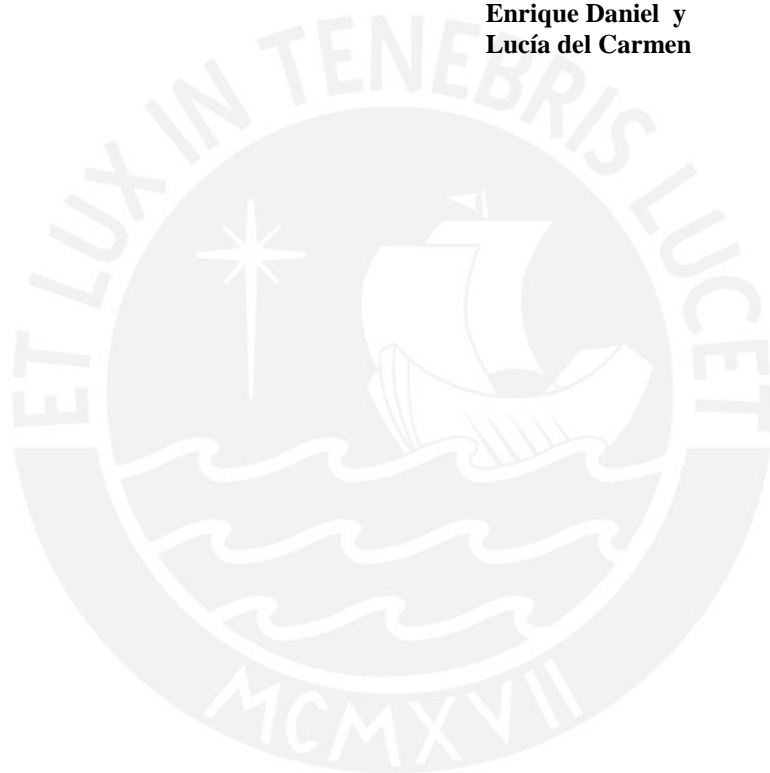
Maestría en derecho con Mención en Derecho de la Empresa



Luis Enrique Flores Fernández
20042994

Lima, 2006

**A mi esposa Carmen
y mis hijos:
Enrique Daniel y
Lucía del Carmen**





Abreviaturas

D. A.	Decreto de Alcaldía.
D. L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. S.	Decreto Supremo.
F j	Fundamento jurídico
LBD	Ley de Bases de la Descentralización.
LOMP	Ley Orgánica de Municipalidades del Perú.
LTTT	Ley de Tránsito y Transporte Terrestre.
O. M.	Ordenanza Municipal
R M	Resolución Ministerial
RNAT	Reglamento Nacional de Administración de Transporte
RNT	Reglamento Nacional de Tránsito.
R. S.	Resolución Suprema
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español.

INDICE

Introducción

	<u>Pág</u>
I.- Gobierno Municipal y transporte terrestre público de pasajeros	1
1.1.- Autonomía municipal y sus límites	3
1.2.- Competencias municipales en transporte terrestre público de pasajeros	9
II.- Modelo Económico, Libertad de Empresa y Transporte Terrestre Público	17
2.1.- Rol del Estado en las actividades económicas	17
2.2.- Libertad de Empresa y transporte terrestre de pasajeros	24
2.3.- El transporte terrestre de pasajeros como servicio público	31
III.- La Concesión y el modelo propuesto por PROINVERSION	44
3.1.- El modelo de concesión propuesto por PROINVERSION	44
3.2.- El contrato de concesión de servicios públicos y obras de infraestructura pública	51
3.3.- La concesión y los servicios de transporte terrestre de pasajeros	56
IV.- Terminales Terrestres Interprovinciales	60
4.1.- Antecedentes	60
4.2.- Acceso a las actividades de los terminales terrestres	72
4.3.- Terminales terrestres públicos y privados	75
V.- Análisis del proyecto de PROINVERSION	82
5.1.- Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico	83
5.2.- La congestión urbana tema extra jurídico vinculado al proyecto	90

Conclusiones

Bibliografía.

INTRODUCCION

Los terminales terrestres interprovinciales son obras de infraestructura utilizadas en la prestación de los servicios de transporte terrestre de pasajeros, su necesaria presencia en las urbes los vincula con el desarrollo urbano de las ciudades. Esta relación genera controversias entre los actores involucrados, donde los operadores privados del servicio de transporte y las autoridades locales, cada quien organizan su propia propuesta de solución al problema del embarque y desembarque de pasajeros dentro del casco urbano de la ciudad.

Una de estas propuestas es el esquema técnico legal de otorgamiento en concesión de los terminales terrestres interprovinciales desde los gobiernos locales. Es un modelo único, elaborado con el apoyo de la Agencia de Promoción para la Inversión Privada; el cual ha sido replicado por varios municipios de las ciudades más importantes del país. Para realizar un análisis jurídico inductivo a dicho esquema, hemos elegido al proyecto diseñado para Lima, no obstante, para complementar su estudio haremos referencia a los de otras ciudades. Como modelo representativo, lo que se diga para Lima servirá para los de las demás ciudades.

Modelo de concesión encaminado a plasmar la monopolización de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros en el transporte terrestre interprovincial desde el poder municipal, propone el cambio de servicios prestados bajo la iniciativa privada en servicios de titularidad pública en favor de los municipios; el uso de normas locales para restringir o eliminar a los operadores actuales o futuros del mercado de los terminales terrestres, mientras que los terminales terrestres interprovinciales, actualmente, son construidos y explotados por operadores privados bajo un régimen de autorizaciones.

La discusión que apertura este modelo, gira alrededor de los límites de las competencias de los gobiernos locales tienen sobre las actividades económicas del transporte terrestre de pasajeros, las cuales no bastarían para que los gobiernos locales puedan encaminar el mencionado modelo de concesión; sin embargo, la utilización de funciones específicas en materia urbanística por los municipios, les permitiría sacar adelante el proyecto de otorgamiento en concesión de los terminales terrestres interprovinciales.

Esto nos inducirá a caminar sobre instituciones jurídicas que actualmente tienen un largo y profuso tratamiento doctrinario, jurisprudencial y legal, abordaremos temas como: autonomía municipal, rol del Estado en las actividades económicas, servicio público, libertad de empresa, contrato de concesión, acceso al mercado, etc. Nuestra investigación no tiene como propósito incidir en cada una de las mencionadas instituciones; al contrario; lo avanzado sobre ellas nos servirá para el análisis inductivo del esquema de concesión de los terminales terrestres de Lima.

No escapa al objetivo de nuestra investigación, advertir que el desconocimiento o tergiversación de las categorías e instrumentos jurídicos, al momento de proponer planes de inversión en la construcción y explotación de los terminales terrestres, devendría en un fracaso económico no sólo para el empresario sino también para la sociedad, en razón de que se orientan recursos económicos a proyectos de inversión al margen del ordenamiento jurídico.

La seguridad jurídica, reclama conocer el ordenamiento jurídico que rodea a cualquier propuesta de inversión; con mayor razón en el transporte terrestre público de pasajeros, sector esquivo a la inversión privada, siniestralidad e informalidad son las únicas constantes que se percibe de este sector, los terminales terrestres interprovinciales que apuntan a escapar a tal designio, también podrían acabar siendo un segmento acre para la inversión privada. Situación que responde a las falsas expectativas generadas en el inversionista, producto del desencuentro entre lo ofrecido por las autoridades locales, seguridad jurídica para el retorno de su inversión y la ausencia de un respaldo imbricado en el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, abordamos el tema desde la autonomía municipal, su contenido y sus límites dentro del marco jurídico, a fin de conocer las competencias municipales en materia de transporte terrestre de pasajeros; principalmente, sobre terminales terrestres interprovinciales donde la concurrencia de autoridades de diferente ámbito de gobierno sobre estas actividades hace complicada su regulación; más aún, los gobiernos locales al ejercer sus competencias en materia urbanística como zonificación, vías de acceso y licencias de funcionamiento, asumen un rol excesivamente protagónico sobre los terminales terrestres interprovinciales.

La segunda parte de la investigación ha sido encaminada a tratar el tema de la intervención de los entes públicos en las actividades económicas, la misma que ha sido desarrollada en tres aspectos: a) El rol del Estado en la economía; b) La libertad de empresa, como parte del diseño constitucional de actuación de los entes públicos en la regulación de la actividad privada, y c) La percepción del transporte de pasajeros como servicio público. Esto, tiene como propósito puntualizar si las actividades del transporte terrestre de pasajeros son de titularidad pública o privada; a fin de poder establecer si los terminales terrestres interprovinciales pueden ser otorgados su construcción y explotación de manera discrecional por los entes públicos.

La tercera parte de la investigación, comprende la descripción del proyecto de concesión de los terminales terrestres interprovinciales para la ciudad de Lima, modelo que refleja una monopolización indirecta o encubierta de las actividades de los terminales terrestre con el apoyo de normas municipales; las cuales, afectando la legalidad o imponiendo la irracionalidad en las barreras burocráticas locales reducen o eliminan el acceso al mercado de los particulares en estas actividades económicas.

Necesidad de establecer las diferencias entre la concesión y la autorización, según nuestro ordenamiento jurídico, a fin de verificar la viabilidad del uso del contrato de concesión en el mencionado proyecto; también, revisar si las habilitaciones a los operadores del transporte terrestre de pasajeros se otorgan por concesiones o autorizaciones, lo que nos permitirá responder si estas actividades pueden ser adjudicadas en concesión, especialmente, la construcción y explotación de los terminales terrestres interprovinciales.

La necesidad de conocer los antecedentes normativos sobre la regulación de los terminales terrestres interprovinciales; en función a los cambios constitucionales que se han venido dando en el país. En esta cuarta parte, también abordamos el tema de acceso de los operadores de los terminales terrestres en la explotación de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros, cuál es rol de intervención que juegan los entes locales en estas actividades; además, de exponer como se compatibiliza la presencia de los terminales terrestre públicos y privados en nuestro marco jurídico actual, para ello, nos hemos servido de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

La última parte, está referida al análisis del modelo de concesión de los terminales terrestres interprovinciales municipales, luego de haber tomado conocimiento de las instituciones jurídicas implicantes como autonomía municipal, rol del Estado en la economía, servicios públicos y concesión, verificamos si el modelo en cuestión realiza un tratamiento adecuado de dichas instituciones o categorías jurídicas. La finalidad es describir las inconveniencias

del modelo bajo el tamiz de nuestro ordenamiento jurídico y con ello la viabilidad o no de su otorgamiento en concesión por parte de los entes municipales.

El esquema de concesión, no solamente tiene un ángulo jurídico, los terminales terrestres como realidad urbana, nos obliga estar al tanto del aspecto extra jurídico que lo rodea. La centralidad urbana que se desprende del mencionado proyecto, nos lleva a exponer una descripción de Lima como urbe y sus problemas, relacionados con el transporte terrestre de pasajeros y los factores que la han condenado a una excesiva congestión urbana, situación que amenaza el desarrollo de cualquier actividad urbana, con mayor razón los servicios que brindan los terminales terrestres interprovinciales.

Contrastar el problema desde una óptica distinta a la jurídica, se convierte en una necesidad ineludible por cuanto, el transporte terrestre de pasajeros como servicio público se encuentra rodeado de un interés público superior. Tema adicional que responde al objetivo, incluso al margen del ordenamiento jurídico prefijado, de demostrar la compatibilidad o no del modelo de concesión de los terminales terrestres interprovinciales propuesto desde el gobierno local con el molde urbano actual de la ciudad de Lima.

GOBIERNO MUNICIPAL Y TRANSPORTE TERRESTRE PÚBLICO DE PASAJEROS.

Un aspecto sempiterno en los gobiernos municipales, la percepción sobre sus competencias y/o funciones, asumen un símil en pequeño con la organización estatal, donde el Alcalde es el Presidente y el Concejo Municipal el Poder Legislativo¹. Se patentiza una suerte de seudofunción legislativa², en cierta manera, esta comparación tiene algo de verdad como lo expresa Blume Fortini³ pero la diferencia estriba en el origen de los poderes atribuidos: soberanía⁴ para la función legislativa y autonomía para el ente local.

¹ La introducción de la autonomía política para las Municipalidades con la Constitución de 1993 consolida esta similitud, santifica esta percepción de amplitud en competencias y/o funciones que no otorgaba la autonomía administrativa.

² Albi describe la confusión que trae la supuesta función legislativa de los municipios en América Latina. ALBI, Fernando. Derecho municipal comparado del mundo hispano. Aguilar, Madrid, 1995, pp. 80-82.

³ “Por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República”. BLUME FORTINI, Ernesto. “El despojo normativo y las alternativas para enfrentarlo a la luz de la Constitución de 1993”, en: la obra colectiva *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*, Stampa Gráfica, Lima, 1997, p. 26.

⁴ Poder absoluto, exclusivo, originario, no obligado por otros poderes. Al respecto vid. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Municipal. Eddili, 2da. Ed., Lima, 1985, p. 119. También vid. LUCAS VERDU, Pablo. Curso de Derecho Político. Tecnos, 3era Ed., Madrid, 1986, V. II, pp. 116-132. De igual modo, Vid KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Tr. Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1965, p. 133-146. JELLINEK, Georg. “Teoría general del Estado”, en: *Selección de lecturas de derecho constitucional*, Maestría PUCP, Compilado por Marcial Rubio y VV., Fondo Ed. PUCP, Lima, 1999, T. I, pp. 205-217.

Un segundo tema que eleva la intensidad del equívoco es el rango constitucional que tiene la ordenanza municipal, interpretativamente, un nivel de jerarquía de igualdad frente a la ley del Congreso, dentro de los límites de cada jurisdicción municipal. No hay propósito cuestionar esta posición tan sólida, el rango de ley de la ordenanza municipal⁵; en todo caso, nuestra preocupación se dirige contra el aspecto negativo que se da a dicha interpretación, cuando la norma local es utilizada como instrumento para resolver enfrentamientos con el gobierno nacional, como el hecho de bloquear las políticas nacionales sectoriales, mediante el uso de ordenanzas municipales⁶.

Un tercer tema adicional, no menos importante: quienes han asumido cargos municipales por elección, durante el ejercicio del mismo se han conducido abiertamente bajo la premisa que los municipios gozan de semejanza organizacional y funcional al gobierno nacional⁷. Este modo de actuación, mayormente, ha respondido a necesidades circunstanciales, imponer un modo particular de ejercer el gobierno local ante la carencia de recursos. Se manejan bajo la creencia errónea de ser órganos de similares características al Ejecutivo y Legislativo, con facultades suficientes para imponer cargas a los administrados, adjudicarse competencias o facultades, restringir o intervenir actividades económicas discrecionalmente, etc⁸.

Frente a este panorama, la premisa fundamental consiste en entender el verdadero significado de la autonomía de los gobiernos locales y las competencias que gozan estos entes en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en materia de transporte terrestre de pasajeros.

⁵ PALOMINO MANCHEGO, José. “Autonomía Municipal”, en: *Problemas escogidos de la Constitución Peruana de 1993*, UNAM, México, 2003, p. 124. vid. también KELSEN, Hans, Ob. cit., pp. 154-156. De igual modo, vid. RUBIO LLORENTE, Francisco. “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, en: *Revista de Administración Pública*, No 100-102, V. I, Enero-diciembre, Madrid, 1983, p. 423.

⁶ Al respecto, Blume Fortín afirma: “...si a través de una ley o de un dispositivo de rango inferior se invade el ámbito normativo del Concejo Municipal, puede éste dictar una Ordenanza restituyéndolo...” BLUME FORTINI, Ernesto. La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal. Grijley, Lima, 1998, p. 112.

⁷ Se ha llegado a proponer inclusive una suerte de inmunidad para el Alcalde y sus Regidores al igual que a los congresistas, propuesta del Congresista Róger Cáceres Velásquez. *Diario de los Debates*, T. III., Const. 1993, CCD, Lima, 1998, p. 1889.

⁸ Un ejemplo de abuso del poder municipal, las estadísticas de la Comisión de Acceso al Mercado: Año 2005, el 82% de casos resueltos han sido contra los gobiernos locales, de estos el 84% se declaró fundada la denuncia o determinó el incumplimiento del marco legal. Disponible en <http://www.indecopi.gob.pe/> (08.08.06 a 23.45 hrs.)

1.1.- La Autonomía municipal y sus límites.

El término autonomía no puede explicarse por sí solo, por cuanto existiría el riesgo de caer en la falsa pretensión de erigir un gobierno local paralelo al gobierno nacional⁹, con las mismas atribuciones, condensando en la realidad la típica expresión de un Estado dentro de otro Estado¹⁰.

La autonomía local es una materia cultivada por constitucionalistas y administrativistas, que ha generado una profusa literatura, lejos de aclarar el panorama nos ha dejado aún la interrogante sobre su significado, debido a la plurisignificación del término. La palabra “autonomía” responde a una conceptualización diversa en función a una situación y momento histórico, a un lugar y a un ordenamiento jurídico determinado¹¹. Pero esta diversidad, siguiendo a Alzamora Váldez¹², no impide precisar su contenido, el cual puede ubicarse dentro de

⁹ El principio de unidad del Estado artículo 43° de la Constitución Política, Estado indivisible, de gobierno unitario, representativo, descentralizado, cuyo territorio según el artículo 189°, se organiza por regiones, departamentos, provincias y distritos pero preservando la unidad e integridad del Estado y de la nación. Pronunciamiento reflejado en: Fj. No 05 de la STC. No 0013-2003-AI/TC del 04.05.04 y Fj. No 34 y 38 de la STC. No 020 y 021-2005-PI/TC del 27.09.05.

¹⁰ Riesgos de una interpretación extensiva del término autonomía, una tradición española, que según Víctor Andrés Belaunde, España sembró cabildos, pero cosechó naciones, citado por Domingo García Belaunde en el Prólogo de la obra *El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales...*, Ob. cit., en España la doctrina ha sido muy crítica contra la STCE 118/1996, que niega una política unitaria en materia de transporte terrestre, al declarar la nulidad de varios preceptos de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, definió las competencias a favor de las Comunidades por el solo criterio de territorialidad, al respecto vid. CARBONELL PORRA, Eloisa y CANO CAMPOS, Tomás. “Los Transportes Urbanos”, en: MUÑOZ MACHADO, Santiago, Coordinador, *Tratado de Derecho Municipal*, Thomson-Civitas, 2da. Ed., Madrid, 2003, T. II, p. 1691-1697. vid. También ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Comares, Granada, 2004, p. 971-976, el criterio también se ha extendido al urbanismo STCE 61/1997, son los riesgos de declarar la autonomía política.

¹¹ Según Parejo: “La reflexión sobre la autonomía no puede descansar sobre un concepto científico preciso. Como ha advertido M. S. Giannini, el concepto de autonomía ha perdido hoy toda conexión con su origen filosófico-jurídico y, al haberse incorporado plenamente al vocabulario ordinario, se ha visto privado de toda significación precisa (...) lejos de haber contribuido a una clarificación conceptual o terminológica del panorama, han abocado a una proliferación de términos: autonomía, autogobierno, autoadministración, autarquía (...) el propio constituyente lo utiliza expresamente para fenómenos diversos (universidades, provincias e islas, etc.)” PAREJO ALFONSO, Luciano. “La Autonomía Local en la Constitución”, en: MUÑOZ MACHADO, Santiago, Coordinador, *Tratado de Derecho Municipal*, Ob. cit., p. 30.

¹² ALZAMORA VALDEZ, Mario, Ob. cit., p. 119.

los límites que marca el concepto soberanía, término de más amplia denotación y la autarquía¹³, término más restringido.

En nuestra Constitución del 1993, encontramos el uso del término autonomía 14 veces¹⁴ sin contar el artículo 150°, donde se usa el término “independiente”, para referirse al Consejo Nacional de la Magistratura como órgano autónomo. Es evidente, el concepto de autonomía no será el mismo para todos los casos que se precisan en nuestra Constitución¹⁵. Es más, la autonomía que se predica sobre los entes locales y regionales es una “autonomía específica que sólo se puede explicar referida a los entes territoriales y en un contexto constitucional determinado”¹⁶.

El artículo 194° de la Constitución es la norma que declara la autonomía de los gobiernos locales, pero no lo hace de manera abierta, sino de forma restringida¹⁷ cuando dice que los gobiernos locales: "Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia". Nuestro ordenamiento constitucional utiliza el término autonomía más como un sinónimo de potestad, pero lejano a la concepción de autarquía, donde los gobiernos locales gozan de independencia dentro de su jurisdicción territorial, pero amarradas a las competencias que la propia Constitución les está otorgando sobre dichas áreas¹⁸.

¹³ “Facultad reconocida a las personas jurídicas (para) administrarse a sí mismas; o sea, de obrar para el logro de fines propios, desplegando una actividad administrativa que tiene la misma naturaleza y los mismos efectos que la administración pública del Estado; adoptando sus resoluciones y obrando libremente con facultades discrecionales”. ALBI, Fernando, Ob. cit., p. 53.

¹⁴ De manera específica, el uso de autonomía, para referirse a un sistema o una institución, los artículos 18, 20, 50, 82, 84, 87, 89, 158, 161, 177, 191, 199, 201 de la Constitución; de manera general una sola vez el artículo 188. Además “...en el lenguaje constitucional la palabra autonomía se usa con el significado corriente o coloquial que es libertad de hacer algo sin ataduras ni dependencias”, GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Estado y Municipio en el Perú”, en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, No 41, Diciembre, 2002, p. 11.

¹⁵ Se da una distinción básica de autonomía entre corporaciones territoriales, y aquellas corporaciones no territoriales. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, 7ta Ed., Madrid, 2000, T. II, p. 89.

¹⁶ SOSA WAGNER, Francisco. “La Autonomía Local”, en: *Estudios sobre la Constitución Española*. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, Libro Homenaje, Madrid, 1991, p. 3210.

¹⁷ BERNALES BALLESTEROS, Sergio. La Constitución de 1993. Análisis comparado. RAO, 5ta Ed., Lima, 1999, p. 798.

¹⁸ EL artículo 194° de la Constitución no puede leerse de manera independiente del contenido del artículo 195°, donde se exponen los límites generales a las competencias de los entes locales.

La autonomía en este caso se manifiesta como la distribución vertical del poder de manera territorial, donde los municipios gozan de la prerrogativa de normarse así mismos, para designar sus órganos de gobierno y realizar funciones que le son inherentes¹⁹, sin hacer depender sus decisiones de ningún otro órgano estatal, en un marco jurídico con potestades expresamente numeradas en la Constitución y la leyes.

Nuestro Tribunal constitucional, siguiendo a la jurisprudencia²⁰ y doctrina²¹ española, ha interpretado la autonomía municipal dentro de nuestro ordenamiento constitucional como: "...capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste."²²

El concepto de autonomía local también se ha precisado normativamente: como aquella que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades y que radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico²³. De igual manera el artículo 8

¹⁹ Ochoa Cardich rechaza las competencias naturales de los municipios, defendida por Alzamora Valdez, quien dice que el ordenamiento solo se limita a reconocerlas, en oposición a la tesis de que la autonomía local es competencia derivada en razón a la organización jurídica del poder. OCHOA CARDICH, César. "Ponencia sobre Autonomía Municipal". En: *El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales...*, Ob. cit., p. 150. Luciano Parejo desmitifica el carácter natural de las competencias municipales, según él nacen de un ordenamiento jurídico determinado. PAREJO, Luciano. Constitución, Municipio y Garantía Institucional. Grijley, 2da Ed., Lima, 2000, pp. 102-107.

²⁰ STCE 4/1981, Fj. No 08 "...hace referencia a un poder limitado. Autonomía no es soberanía, y dado que cada organización dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido". Cita recogida en el FJ. No 09 de la STC 0013-2003-AI/TC del 04.05.04.

²¹ Al respecto, vid. el Fj. No 08, STC 0001-2005-AI/TC, sobre Autonomía Municipal y el SOAT, se cita a Luciano Parejo: "... (la autonomía municipal) hace referencia a una Administración cuyos objetivos se cumplen y cuya actividad se realiza por los propios destinatarios de esa actividad y bajo su responsabilidad, a la vez que supone una técnica de organización jurídica-política al servicio de una división vertical del poder (la autoadministración permite descargas de tareas a la instancia administrativa superior correspondiente) y del principio democrático, al ser un modo de conectar la sociedad con el Estado.", tomada de "Autonomía Local en la Constitución. En: *Tratado de Derecho Municipal*, Ob. cit., p. 26.

²² Párrafo 5, p. 5 de la STC No 0012-96-I/TC del 24.04.97.

²³ Último párrafo del artículo II del Título Preliminar de la Ley 27972 (LOMP).

de la Ley de Bases de la Descentralización (en adelante LBD), Ley No 27783, ha definido:

“La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.”

De todo aquello nos permite concluir que la autonomía local requiere una organización jurídica distinta a la estructura nacional del Estado, con capacidad y competencia para decidir asuntos que corresponden a una determinada demarcación territorial sin interferencia del poder central en el ámbito administrativo y económico, garantizada en función a los límites establecidos en un determinado ordenamiento jurídico. Una definición totalmente lejana a una connotación de soberanía.

En cuanto al contenido de la autonomía municipal, sólo consideramos los siguientes ámbitos²⁴:

a) Administrativo: significa auto-administración, corresponde a los municipios el diseño de políticas locales, de elaboración y deliberación de normas aplicables (auto-normación) dentro de su esfera de competencia en un territorio determinado.²⁵

b) Económico: La facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a ley.

La autonomía política para los gobiernos locales es discutible, como veremos más adelante y, en cuanto a la garantía jurisdiccional, en realidad es más un mecanismo de defensa, se activa cuando se afecta el ámbito propio de las competencias municipales²⁶ y, a la vez sirve en sentido contrario, para indicar cuando el gobierno local se excede o se extralimita en el ejercicio de la autonomía concedida²⁷.

²⁴ “...capacidad administrativa y capacidad normativa, son los dos pivotes que dan contenido, sustancia y razón de ser al concepto de autonomía municipal.” DELGADO SILVA, Ángel. “Ponencia sobre Autonomía Municipal”, en: *El Rango de Ley de las Ordenanzas...*, Ob. cit., p. 171.

²⁵ PLANAS SIVA, Pedro. “Alcances institucionales de la autonomía municipal en el reciente constitucionalismo peruano”, en: *Temas Municipales*. Compilador Martín D’Azevedo. Colegio de Abogados de Lima, OSBAC, Lima, 1998, p. 260.

²⁶ “La normación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión de la institución en vía legislativa...” FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Naturaleza de la autonomía que la Constitución atribuye a las Municipalidades”. En: *El Rango de Ley de las Ordenanzas...*, Ob. cit., p. 111. vid. también LUCIANO, Parejo, Constitución, Municipio y Garantía Institucional, Ob. cit., p. 83, quien tampoco hace defensa de un contenido competencial propio,

Pedro Planas afirma que la autonomía política fue un *lapsus* jurídico de nuestro constituyente de 1993, por cuanto representa una noción propia de una organización federal, aceptable para nuestras regiones e irrealizable en su aplicación para las Municipalidades²⁸, sólo se asume una autonomía política de los gobiernos locales en su versión genérica²⁹. Con suficiente fundamento Delgado Silva nos precisa que el concepto de autonomía política ha arribado de España, en donde dicha noción está más vinculada a las Comunidades Autónomas antes que a los gobiernos locales y lo que caracteriza a un régimen de autonomías son las competencias administrativas y las normativas, siendo las primeras el fundamento del concepto³⁰. En el mismo camino García Belaunde sostiene: “...cuando se habla de una descentralización política (...) tomar decisiones en forma autónoma y sobre todo darse normas en forma libérrima(...) llevada hasta sus últimas consecuencias, nos conduce al modelo federal.”³¹, espíritu que no se condice con nuestra actual organización estatal..

Sosa Wagner, sin tomar partido, nos plantea dos posiciones al respecto: De un lado, la existencia de una fuerte corriente doctrinaria que ha venido destacando en España, el

sino la administración local como destinataria preferente y universal de las competencias administrativas dentro de un régimen jurídico.

²⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto: “La Constitución garantiza a los gobiernos locales, entonces, una autonomía plena para el cumplimiento de aquellas competencias y atribuciones que le han sido conferidas. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene necesariamente que graduarse en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales” Fj. No 12 STC No 001-2005-AI/TC del 06.06.05 y FJ. 09 de la STC. No 0013-2003-AI/TC del 04.05.04. Aplicación del artículo 200 inc. 4, contra las ordenanzas municipales ante el exceso.

²⁸ Según Planas: “...asignar al mismo tiempo autonomía política a las Municipalidades provinciales, significa que estas también pueden organizar políticamente el territorio de la provincia, atribución que se yuxtapondría al ejercicio de la autonomía política por las regiones, lo cual crea un conflicto de muy difícil resolución en las provincias del mismo territorio regional.” PLANAS SILVA, Pedro, “Alcances institucionales de la autonomía municipal en el reciente constitucionalismo peruano”, Ob. cit., p. 264.

²⁹ Es genérico el derecho a elegir sus gobernantes, es específica la potestad de imponer políticas sectoriales en un territorio determinado.

³⁰ DELGADO SILVA, Ángel. “Ponencia sobre Autonomía Municipal”, Ob. cit., p. 170.

³¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La distribución territorial del poder en Iberoamérica con especial referencia a Colombia, Chile y Perú”, en: *Revista Derecho y Sociedad*, Año VI, No 10, 1995, p. 105. También vid. LUCIANO, Parejo, Constitución, Municipio..., Ob. cit., p. 99, quien sostiene: “...entre autonomía local y regional marca el tránsito desde la mera descentralización administrativa a la descentralización propiamente política.”

carácter administrativo de la autonomía local como rasgo diferenciador frente al carácter político de la autonomía comunitaria; por otro lado, los gobiernos locales se instituyen vía sufragio universal, lo cual les permite sustentar algo más que funciones administrativas³². En los municipios donde se practica la elección popular de sus gobernantes y el manejo libre de sus asuntos, les permite asumir una función y un rol político que no se debe subestimar a pesar de estar ausente la descentralización política específica³³; debido a esa percepción, una mayoría de autores sin desearlo identifican autonomía política municipal con la potestad genérica de elección de sus gobernantes³⁴, lo cual no contribuye al esclarecimiento del tema.

En síntesis, coincidiendo con Fernández Segado, diremos que los entes locales sólo gozan de una autonomía administrativa y que la autonomía política está dirigida a entes territoriales superiores³⁵.

La autonomía de los gobiernos locales se encuentra sujeta a lo que diga la Constitución Política y cualquier otra competencia que el poder Legislativo le pueda encomendar mediante ley³⁶. Los gobiernos locales y sus conductores deben entender y aprender a convivir con el gobierno nacional, no tienen potestades abiertas, ni mucho menos arrogarse competencias o facultades extras a las establecidas por el orden constitucional y legal³⁷.

³² SOSA WAGNER, Francisco, Ob. cit., p. 3211.

³³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Estado y Municipio en el Perú”, Ob. cit., pp. 4 y 11.

³⁴ Como elección de los gobernantes y capacidad de autonomarse. Al respecto vid. CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César. *Manuel de Derecho Municipal*. Grijley, Lima, 1997, T. II V. I, p. 116. También Vid D’AZEVEDO GARCÍA, Martín. “Estado de Derecho y Autonomía Municipal”, *Temas Municipales*, Ob. cit., p. 199. De igual modo, vid. GODOS RAZURI, Víctor. *Derecho Municipal*. Idemsa, Lima, 2002, p. 340. Además, vid. La STC 0015-2005-PI/TC del 05.01.06, Fj. No 6., identifica como la potestad de establecer políticas propias, frente a políticas sectoriales nacionales.

³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El gobierno municipal en el constitucionalismo español*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 73.

³⁶ No obstante, Fernández considera que: “...la ley que enuncie esas otras competencias deberá respetar el núcleo irreductible de la institución de la autonomía, pues, caso contrario, la autonomía municipal quedaría convertida más en un puro nombre que en una institución auténtica.” FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El gobierno municipal...* Ob. cit., p. 122.

³⁷ Al respecto, vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Estado y Municipio en el Perú”, Ob. cit., p. 16. vid. también SOSA WAGNER, “La autonomía local”, Ob. Cit. p. 3217.

El ejercicio de las competencias municipales, se encuentran limitadas mayormente por lo que establezcan las leyes sectoriales que orientan las políticas nacionales, a las cuales les corresponde un papel decisivo para concretar las posibilidades de acción de las potestades de los gobiernos locales³⁸ o imponerles los marcos jurídicos sobre los cuales se van a desenvolver. El Tribunal constitucional ha expresado también esos límites de la autonomía local³⁹. Las normas del transporte terrestre público, como parte de una política sectorial nacional que van a regir a diferentes ciudades, zonas o regiones de un país con unidad política y económica, con una estrategia común, deban estar basadas en los mismos principios y definidos en una norma nacional⁴⁰.

En materia de transporte terrestre este rol le corresponde a la ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley 27181 (en adelante LTTT), la misma que establece las competencias de los municipios, sin que aquello constituya una afectación a la autonomía municipal⁴¹.

1.2.- Competencias municipales en transporte terrestre público de pasajeros.

El interés de los gobiernos locales, identificado por el legislador, se traduce en la asignación de una competencia que puede ser normativa, de gestión y de fiscalización. En ese sentido competencia se define como la facultad irrenunciable de

³⁸ Al respecto Pareja afirma: "...se viene entendiendo que la posibilidad de intervención de la Administración Local en las distintas maneras que constituyen su ámbito competencial viene condicionada a la especificación concreta que en cada caso las distintas leyes sectoriales puedan establecer al respecto." PAREJA LOZANO, Carles. "Autonomía y Potestad Normativa de las Corporaciones Locales", en: *Revista de Administración Pública*, No 138, Set-Oct. 1995, Madrid, p. 110.

³⁹ vid. Nota 27.

⁴⁰ Al respecto vid. MEAKIN, Richard. "Normas y planificación de buses", en: *Transporte Sostenible*, GTZ, Módulo 3C, Alemania, 2002, p. 5. También vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico, Ob. cit., p. 990.

⁴¹ Al respecto vid. el Art. VIII de la Ley Orgánica de Municipalidades: "Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo."

emanar actos jurídicos, atribuida por el ordenamiento jurídico a un determinado órgano administrativo en relación a lo demás⁴².

El órgano administrativo competente se circunscribe a ejercer potestades que le atribuye el constituyente y dentro de los límites establecidos por aquel⁴³. Está prohibido que el ente público altere las competencias que se le ha fijado, Sayagués siguiendo a Fraga, su cumplimiento es una obligación, no una facultad. Las potestades son serviciales o fiduciarias, se ejercitan en beneficio del interés público que es absolutamente superior al interés del órgano administrativo⁴⁴.

Un aspecto adicional, competencia como principio, los órganos territoriales actúan sus potestades dentro de su jurisdicción, emitiendo dispositivos normativos al margen del principio de jerarquía, es decir, la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico es con exclusión de los demás estamentos incluyendo los políticamente superiores⁴⁵.

En cuanto a la clasificación de las competencias, podemos abordarlas desde el punto de vista tradicional: competencia material, competencia territorial y competencia jerárquica. Sin embargo, la presencia de factores sociológicos, económicos y políticos, que afectan la naturaleza de los órganos administrativos, supera el elemento territorial, generan un entrecruzamiento o concurrencia de potestades de otros organismos de diversas administraciones públicas, lo cual obliga al legislador admitir otras variantes. En tal sentido, a las tradicionales se pueden sumar competencias

⁴² GONZALES NAVARRO, Francisco. “De la delegación, avocación y sustitución interorgánicas”, en: *Tratado de Derecho Municipal*, Ob. cit., p. 302.

⁴³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Martín Bianchi, Montevideo, 1953, T. I, p. 191.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Ob. cit., T. I, p. 445. vid. también MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Thomson, Madrid, 2004, T. I, p. 511.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Ob. cit., T. I, p. 131. vid. FERNANDO SEGADO, *Naturaleza de la autonomía que la Constitución atribuye a las Municipalidades*, Ob. cit., p. 125.

específicas, inespecíficas, exclusivas, residuales, indistintas, compartidas o concurrentes, repartidas, etc.⁴⁶.

Respecto a las competencias que precisa la Constitución Política para las Municipalidades, las listadas en el artículo 194º, algunas tienen la característica de exclusivas dentro de su ámbito territorial⁴⁷. Sin embargo, no obsta en otros casos, deban ser compartidas con otros niveles de gobierno, sobre todo cuando se trata de armonizar políticas, planes nacionales y regionales de desarrollo⁴⁸.

Tampoco son las únicas competencias que asumen las municipalidades, la Constitución (artículo 195º Inc. 10) hace remisión a otras competencias que el legislador ordinario puede atribuirles. Esta ampliación y/o detalle de competencias, se materializa vía la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOMP), la misma que hace referencia a otras leyes sectoriales, las cuales hacen una labor de complementación, concurrencia o limitación, sin que esta técnica lleve a disminuir a las otorgadas directamente por la Constitución. En ese sentido, la LOMP y las leyes nacionales sobre políticas sectoriales se convierten en parámetros de Constitucionalidad⁴⁹.

⁴⁶ GONZALES NAVARRO, “De la delegación, avocación y sustitución interorgánicas”, Ob. cit., p. 307. vid. también MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Thomson, 23 Ed., Navarra, 2004, p. 121-122.

⁴⁷ Son exclusivas: a) La potestad tributaria en materia de tasas y contribuciones locales, b) La organización, reglamentación y administración de los servicios locales excepto los servicios de transporte público. y c) La planificación del desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones. Las demás competencias son compartidas o concurrentes.

⁴⁸ Un caso palpable puede ser la implementación de una política nacional perfilada sobre los servicios de transporte público, introducir concesiones o permisos de operación, control de tarifas, el empleo de vehículos con determinada tecnología en el uso de combustibles, seguridad de tráfico, señales, conservación de vías, educación vial etc.

⁴⁹ El bloque de constitucionalidad, institución francesa que ha hecho fortuna en nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional, recogida indirectamente a través de la doctrina española y ésta de la doctrina francesa (el Bloque lo forman normas con igual jerarquía). Países con distintas realidades normativas entre sí como dice RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”, en: *Estudios sobre la Constitución Española*. Civitas, Madrid, 1991, T. I, p. 3-27, donde el debate se traslada a las normas que conforman dicho bloque, por lo menos se apunta a normas con un grado de indisponibilidad para el legislador ordinario. En tanto que García Belaunde considera que en nuestro ordenamiento jurídico no se da la figura del bloque, simplemente son leyes de delegación constitucional, no tienen el mismo rango que la Constitución pueden ser modificadas por el legislador ordinario, se utilizan como parámetros a voluntad del Tribunal debido a que su examen varía en función a las modificaciones que estas sufran por el legislador ordinario. De la misma manera no hay ninguna diferencia entre ley orgánica y ley ordinaria, tan solo en cuanto al quórum de votación y el tema específico a regular. GARCÍA

Los gobiernos locales gozan de una competencia residual, según el artículo 87° de la LOMP⁵⁰. Pero en materia de tránsito y transporte terrestre no funcionaría esta competencia residual⁵¹. Sin embargo, en temas eminentemente locales, los municipios pueden asumir competencias innominadas, conforme a la LBD bajo el criterio de subsidiaridad⁵². Sin dejar de mencionar la potencialidad de las iniciativas de las municipalidades en razón a sus vínculos con otros actores sociales, han logrado resolver un conjunto de tareas que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico como parte de sus competencias⁵³.

En materia de transporte terrestre, las municipalidades son competentes de manera específica y con preferente exclusividad en su territorio⁵⁴, según el artículo 195° de la Constitución, para desarrollar y regular complementariamente actividades o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito conforme a ley (inciso 8). Otras competencias que se vinculan con el transporte son las de fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local (inciso 7). Organizar, reglamentar y administrar los

BELAUNDE, Domingo. “El Estado y Municipio en el Perú”, Ob. cit., p. 12-15. También, vid. el Fj. No 29 de la STC No 020 y 021-2005-PI/TC del 27.09.05, reconoce implícitamente dicha situación expuesta por García Belaunde.

⁵⁰ “Las Municipalidades provinciales y distritales, para cumplir su fin de atender las necesidades de los vecinos, podrán ejercer otras funciones y competencias no establecidas específicamente en la presente ley o en leyes especiales, de acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional.”

⁵¹ Al respecto, vid. el artículo 14.2 de la Ley 27181 (LTTT), dispone que las competencias que no sean expresamente asignadas por la presente Ley a ninguna autoridad corresponden exclusivamente al Ministerio de Transportes, Comunicaciones.

⁵² Al respecto, el artículo 14.2 Inc. a) de la Ley 27783 (LBD): “El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones.”

⁵³ Al respecto, vid. GROMPONE, Romeo. “Los dilemas no resueltos de la descentralización”, en *Documento de Trabajo No 118*, IEP, Lima, 2002, p. 22.

⁵⁴ En realidad es una competencia normativa complementaria, luego que la ley sectorial haya establecido los márgenes normativos, por cuanto en materia de transporte terrestre según el artículo 11° de la Ley 27181 el MTC establece los lineamientos generales económicos, organizativos y reglamentarios del transporte y tránsito, para luego el Municipio dentro de dicho marco ejercer su potestad normativa complementaria, recién se origina su preferente exclusividad. vid. el FJ. No 14 de la STC 001-2005-AI/TC del 06.06.05, Sentencia del SOAT.

servicios públicos locales de su responsabilidad (inciso 5). Competencias de los municipios que la Constitución las reduce o las delimita a una demarcación territorial, sobre actividades que nacen y culminan dentro de la jurisdicción territorial local.

El artículo 81° de la LOMP desarrolla en detalle las competencias de los gobiernos locales en materia de tránsito, viabilidad y transporte público. Estableciendo como función específica y exclusiva de los gobiernos locales, normar, regular y planificar el transporte terrestre en general en su jurisdicción, es decir el de pasajeros y de carga (inciso 1.1) pero de ámbito provincial (inciso. 1.7), modalidad del transporte urbano e interurbano (inciso 1.2); pero deriva tales competencias dentro del marco general de las leyes y reglamentos sectoriales sobre la materia.

De manera general, los gobiernos locales son competentes para regular todo el transporte terrestre que se desarrolle dentro de su jurisdicción territorial⁵⁵. Aunque resulta difícil asumir que sea una competencia exclusiva de los gobiernos locales, por cuanto todo Estado imparte políticas sectoriales nacionales⁵⁶, es más no se descarta en el futuro políticas regionales en materia de transporte terrestre, las cuales involucren a más de una provincia o más de una región con ello la concurrencia de otros estamentos competentes.

Es un equívoco de la LOMP considerarlas como competencias exclusivas, la LTTT y sus reglamentos sustentan nuestra afirmación⁵⁷. El gobierno nacional a través del

⁵⁵ Según la LTTT y sus reglamentos, las competencias que le asigna a los diferentes niveles de gobiernos las divide en normativas, de gestión y fiscalización, dentro de esta última considera la potestad sancionadora. Resulta indispensable que si se asigna potestad de fiscalización conlleva necesariamente que se otorgue potestad de sanción, caso contrario sería una mera formalidad el otorgamiento de competencias si no se tiene la posibilidad de ejercer la coerción para el cumplimiento de lo que se norma.

⁵⁶ La doctrina cuestiona que el transporte, en cuanto actividad de desplazamiento de especial relevancia socioeconómica, pudiera regularse separadamente en atención al territorio y defiende un mínimo de organización común para toda la nación. Sin embargo esta posición no afecta cuando se trata del transporte urbano el cual no interfiere con la ordenación general la misma que concreta las competencias municipales, al respecto vid. CARBONELL PORRAS, Eloisa y CANO CAMPOS, Tomás. “Los Transportes Urbanos”, Ob. cit., p. 1692.

⁵⁷ Al respecto, el artículo 11° de la LTTT, precisa que la capacidad normativa en materia de transporte y tránsito es exclusiva del MTC a pesar del artículo 81°, numeral 1.2, de la LOMP. Más bien la exclusividad que hace referencia la LOMP, debe interpretarse como hemos referido en la nota 54.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC) concurre con los gobiernos locales en materia de transporte terrestre. La LBD, no incurre en tal equívoco, por cuanto en el artículo 43° inciso g) en materia de transporte colectivo local, reconoce que existe una competencia compartida con otros órganos públicos en materia de transporte terrestre.

La competencia de los gobiernos locales, en materia de transporte terrestre, por mandato del artículo 195° de la Constitución, se encuentra derivada al marco jurídico establecido por la LTTT. El artículo 17.1 de la LTTT, privilegia a las Municipalidades Provinciales frente a las Distritales, las primeras son las encargadas de emitir las normas y disposiciones sobre tránsito y transporte terrestre en la jurisdicción provincial (Inc. a), jerarquizar la red vial (Inc. b), declarar vías o áreas saturadas (inc. c), todas estas funciones dentro de los márgenes establecidos por los Reglamentos Nacionales de la LTTT⁵⁸.

En materia de tránsito terrestre de personas y vehículos, los gobiernos locales, debido al factor desplazamiento urbano⁵⁹ asumen en exclusividad las competencias sobre tránsito terrestre, al interior de su ámbito territorial pero dentro de los lineamientos establecidos por los artículos 5° y 6° del Reglamento Nacional de Tránsito (en adelante RNT). En función al inicio y destino de los servicios de transporte terrestre que se presten, el Reglamento Nacional de Administración de Transporte (en adelante RNAT) atribuye las competencias a los diferentes niveles de gobierno en materia de transporte terrestre⁶⁰.

⁵⁸ Reglamento Nacional de Tránsito D. S. No 034-2001-MTC; Reglamento Nacional de Administración de Transporte Nacional D. S. 009-2004-MTC. Los Reglamentos de Gestión de Infraestructura, de Cobro por Uso de Infraestructura Pública y de Jerarquización Vial, aún no han sido promulgados.

⁵⁹ Sin embargo, Cano hace una precisión: "...no porque se considere que el tráfico urbano y la problemática que encierra forma parte de un supuesto elenco natural de competencias que corresponde privativamente a los Municipios, sino más bien porque la circulación urbana constituye un asunto que afecta directamente al círculo de intereses de dichos entes." CANO CAMPOS, Tomás. "Las competencias de los municipios en materia de tráfico: Evolución histórica y regulación actual", en: *Tratado de Derecho Municipal*. MUÑOZ MACHADO, Ob. cit., p. 1883.

⁶⁰ Al respecto, el artículo 7° del D. S. No 009-2004-MTC, realiza una clasificación del transporte terrestre por el ámbito territorial de las operaciones de las empresas, si movilizan personas dentro de una ciudad o entre varias de una provincia, urbano o interurbano, será transporte provincial y, es transporte interprovincial regional cuando se da entre ciudades de dos provincias de la misma región y entre dos provincias de distintas regiones será transporte interprovincial nacional.

A los gobiernos locales les corresponde como potestad normativa, regular el transporte terrestre de ámbito provincial⁶¹, en sus modalidades urbano e interurbano, emitiendo normas complementarias al RNAT (artículo 16° inc. a). Dentro de su potestad de gestión otorgan concesiones en vías saturadas y autorizaciones donde no lo son (inc. b.2 y b.3), otorgan certificados de compatibilidad de uso y de conformidad de obra, licencia de construcción y funcionamiento de los terminales terrestres y estaciones de ruta del transporte terrestre de cualquier ámbito, ubicados en su jurisdicción (inc. b.6); otorgan los certificados de habilitación técnica de terminales terrestres y estaciones de ruta del transporte terrestre provincial de personas (inc. b.7); autorizan y establecen los paraderos del transporte terrestre provincial (inc. b.8), competencias asignadas en función a servicios de transporte terrestre que tienen un origen y destino dentro de una jurisdiccional territorial local.

Las competencias del gobierno nacional y gobiernos regionales, también están asignadas en función al origen y destino de los servicios de transporte que prestan los operadores del transporte, conforme se precisan en los artículos 12° y 15° del RNAT. Competencias normativas, de gestión y de fiscalización sobre los servicios de transporte terrestre Interprovincial que se dan entre provincias de distintas regiones, están a cargo de la Dirección de Circulación Terrestre del MTC; en tanto los servicios de transporte terrestre que se dan entre provincias de una misma región, son competentes las Direcciones Regionales Sectoriales respectivas. En el mismo sentido, funciona para las actividades complementarias de los servicios de transporte terrestre interprovincial, la emisión de los certificados de habilitación técnica de los terminales terrestres interprovinciales de ámbito regional los otorga la Dirección Regional de Transporte (artículo 15 inc. a.2) y los de ámbito nacional los otorga la Dirección Nacional de Circulación Terrestre del MTC (artículo 12 inc. b.2), los gobiernos locales están al margen de estas funciones, salvo las competencias en materia urbanísticas: zonificación, compatibilidad de uso, licencia de construcción y licencia de funcionamiento. .

⁶¹ Criterio que la doctrina acompaña: “Las ordenanzas municipales, dentro de los límites marcados por las normas sectoriales, regularán la materia en cuestión con plena autonomía y en atención a sus intereses locales en la materia.”, vid. CANO CAMPOS, “Las competencias de los municipios en materia de tráfico...”, Ob. cit., p. 1913.

Toda norma local que pretenda arrogarse competencias contradiciendo el marco jurídico delineado por las normas sectoriales de transporte terrestre, será considerada como un exceso a los límites de la autonomía municipal cuyos contornos están establecidos en la Constitución y desarrollados en las leyes sectoriales y sus reglamentos.



MODELO ECONÓMICO, LIBERTAD DE EMPRESA Y TRANSPORTE TERRESTRE PÚBLICO

2.1.- Rol del Estado en las actividades económicas.

Las competencias y especialmente las atribuciones de cada órgano estatal de toda sociedad organizada, se encuentran definidas a partir de máximas jurídicas contenidas en un código político, el cual preserva y establece los límites del ordenamiento económico y social, mediante principios informadores⁶² y/o normas jurídicas constitucionales vinculantes, debido a su alta jerarquía jurídica atribuida⁶³.

En estos tiempos de auge del constitucionalismo, emblema originario de restricción del ejercicio del poder⁶⁴, la carta política viene a constituir la máxima garantía del

⁶² Según Ariño, contrariando la tesis de García Enterría, la Constitución no es una norma jurídica común, no todo lo escrito es exigible y jurisdiccionalmente garantizado, a veces son conceptos abiertos, principios de orientación política, ajenos a la rigurosa lógica jurídica. Es un intento o pauta de diseño configurador de la sociedad. Se formula en términos ambiguos que permita albergar diferentes alternativas políticas. ARIÑO ORTIZ, Principios de derecho público económico, Ob. cit., p. 135-136.

⁶³ OCHOA CARDICH, Oscar. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”, en: *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, T. II, p. 87.

⁶⁴ Para Castillo Córdova: “El constitucionalismo en general y la Constitución en particular surgieron con la finalidad de evitar que el poder fuera ejercitado de modo que interfiriese en la esfera de autodeterminación individual de las personas” CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en: *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, 2006, T. II, p. 879.

ejercicio de libertad del individuo dentro de una sociedad organizada. Quien ejerce el poder sólo puede maniobrar en los espacios delimitados por la Constitución⁶⁵, al personaje entronizado en el poder le está prohibido realizar actividades o ejercer funciones que no se encuentren previamente autorizadas⁶⁶, en cambio, al individuo común le es permitido todo aquello que la ley no le prohíbe hacer, siempre y cuando tal libertad no afecte el derecho de los demás individuos⁶⁷.

Podemos decir que los objetivos de una Constitución son evitar la concentración del poder político en un solo titular, reconocer o garantizar a través de una lista, cerrada o abierta, los derechos de la persona frente a los poderes públicos, además de normar las relaciones entre particulares⁶⁸. Una parte de dicha regulación es la que vamos reconocer en nuestra Constitución, el rol asignado al Estado en las actividades económicas y los límites a los particulares.

Este segmento normativo que aparece en las Constituciones modernas, a partir de la segunda década del siglo pasado⁶⁹, se le ha denominado Constitución Económica, “conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, la sociedad mercantil y el

⁶⁵ “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente” KARL LOEWENSTEIN, “Teoría de la Constitución”, en: *Selección de lecturas de derecho constitucional*, Ob. cit., p. 326.

⁶⁶ AL respecto, vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio. “Seguridad Jurídica y Actuación Administrativa”, en: *Documentación Administrativa*, No 218-219, abril-septiembre, Madrid, 1989, p. 201. También nuestra Constitución recoge este principio en el artículo 45º: “Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”

⁶⁷ Al respecto, el artículo 2º inc. 24) parágrafo a) de la Constitución: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, Ob. cit., p. 880.

⁶⁹ “Si bien existen diversas versiones sobre la fecha de su aparición y quien lo utiliza por vez primera, lo cierto es que es en Alemania, a partir de 1925, cuando su empleo se encuentra generalizado. Esto lo podemos apreciar en el clásico libro de Carl Schmitt *Der Hüter Verfassung*, editado en 1931, sobre la base de estudios publicados en 1931. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La Constitución Económica”, en: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1993, T. II, p. 53.

Estado, y en virtud de las cuales se determinan sus derechos deberes y responsabilidades”⁷⁰.

Una forma de trabar conocimiento sobre la Constitución de 1993 respecto a la actuación del Estado en la economía, es compararla con la Constitución de 1979, sin dejar de mencionar que los contextos socio económicos y políticos de ambas cartas al debatirse y aprobarse fueron totalmente distintos⁷¹. El Estado actual ha reducido significativamente su accionar económico en la sociedad:

“La Constitución (de 1993) ha convertido al Estado en 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, circunstancias que se vincula al hecho que la nueva Carta política conserve tan sólo aquellos derechos Constitucionales que no signifiquen costos directos para el Estado”⁷².

Un régimen económico desvinculado de los principios de justicia social⁷³, privatización generalizada de la vida económica, eliminación de la potestad de reservar a favor del Estado actividades productivas o de servicios, reforzamiento de

⁷⁰ KRESALJA, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico”, en: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Comité editor Alfredo Bullard y VV., Fondo Ed. PUCP, Lima, 2004, p. 518. Según Ochoa se conoce como: “Constitución económica formal al marco jurídico fundamental de regulación de la iniciativa privada, el derecho de propiedad y de la acción reguladora del Estado en la economía”, OCHOA CARDICH, César. “Bases Fundamentales de la Constitución Económica de 1993”, Ob. cit., p. 85. Para García Belaunde Constitución Económica es: “El sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional”, GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Ob. cit., p. 61.

⁷¹ La Constitución de 1979, se da en un momento en que el Estado tenía un control mayoritario de los medios de producción, la intervención pública era la regla, la carta política simplemente consolidó dicha realidad, pero bajo un esquema de economía social de mercado, con la alternativa que en el futuro si las condiciones variaran la iniciativa privada pueda cumplir un rol más protagónico que hasta ese momento se le había relegado, en cambio la Constitución de 1993, se da en un contexto en que el Estado estaba siendo retirado de las actividades económicas, una fuerte concepción ideológica donde todo lo público no era bueno, el Estado era fuerte sólo para imponer el libre mercado, donde el Estado era retirado de muchas de sus obligaciones sociales, lo paradójico es que este modelo se comienza a gestar al amparo de la Constitución de 1979, pero se lo consolida con la carta de 1993 según lo refiere KRESLAJA, Baldo. “La Reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, en: *Ius et veritas*, Año 11, No 22, Junio 2001, Lima, Mavisa, p. 293.

⁷² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El nuevo orden constitucional del Perú”, en: *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994, p. 16.

⁷³ FERNÁNDEZ SEGADO, “El nuevo orden constitucional del Perú”, Ob. cit., p. 26. El autor considera que la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana (artículo 110° de la 1979) no se trasladó a la Constitución de 1993.

inmunidad ante la ley, la libertad de contratar, igualdad de condiciones tanto a la inversión nacional como extranjera, libre tenencia y disposición de moneda extranjera, declaración de la propiedad de inviolable, con reducción de las causales de expropiación, pago previo y solamente derecho de acción contra el monto señalado; por último, ausencia de cualquier sistema de planificación en la economía⁷⁴.

En comparación a la Constitución de 1979, representa una declaración de abierta vinculación a un sistema de libertad económica, una huída del Estado de muchas de sus obligaciones. Las libertades económicas individuales restringidas solamente a temas muy puntuales, como educación, salud, seguridad social, laboral, servicios públicos, infraestructura, etc. Mientras la de 1979 era una Constitución cercana a todo un sistema económico⁷⁵, la de 1993 está más vecina a la interpretación de un determinado modelo económico⁷⁶, a pesar que ambas declaran ser partidarias de una economía social de mercado.

En estas relaciones de amplia libertad de la iniciativa privada sobre la vida económica del país, no significa que el Estado se mantenga al margen, si bien no participa o no se inmiscuye, pero si ejerce una labor de vigilancia sobre el mercado, sea para mantener parámetros competitivos o resguardar los intereses de los usuarios⁷⁷. Si la

⁷⁴ Sin embargo Ochoa Cardich, no descarta que de la frase “orienta el desarrollo del país” del artículo 58º, se reconoce la viabilidad de la planificación. Coincidimos con tal afirmación pero una planificación indicadora o en todo caso concertada sin imposición, de respeto a la libre iniciativa privada. Ob. Cit. p. 90. Al respecto, Kresalja afirma: “Pero en el campo sectorial y regional, si el método utilizado es el de la consulta y el consenso, (la planificación) ha obtenido mejores resultados.”, KRESALJA, Baldo. “La Libertad de Empresa: fundamento del sistema económico”, Ob. cit., p. 559.

⁷⁵ Lo correcto sería hablar de sistema económico antes que de modelo, las normas económicas de la Constitución se interpretan globalmente. Al respecto, vid. KRESALJA, Baldo. “La Libertad de Empresa: fundamento del sistema económico”, Ob. cit., p. 519. Para Entrena la Constitución debe integrar la ideas políticas sobre la organización de la economía sin neutralidad, pluralista con principios básicos, un sistema, el grupo político de turno en el poder al orientar el orden económico a los objetivos de su programa no debe alterar sus fundamentos, evitar la inestabilidad a largo plazo, vid. ENTRENA CUESTA, Ramón. “EL principio de libertad de empresa”, en: *El modelo económico en la Constitución española*, GARRIDO FALLA, Fernando, Coordinador, Instituto de Estudios Económicos, V. I, Madrid, 1981, pp. 107-109.

⁷⁶ No olvidemos que la Constitución de 1979 tuvo un nacimiento consensuado de varias fuerzas políticas ideológicamente diferentes en tanto la de 1993, fue producto de la imposición de una sola fuerza política donde predominaba el neo liberalismo ideológico, además de una orientación propagandística que la gestión privada es superior a la estatal.

⁷⁷ Al respecto Zegarra dice: “...el sector público está tan inmiscuido en la dinámica económica que no podemos concebir una actividad económica regular, estable, en un espacio no dotado de variable institucional...” ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La regulación como técnica de

intención del constituyente de 1993 fue marginar al Estado de todo rol tuitivo, las normas al separarse de su creador se independizan y adquieren su propia dinámica sobre la realidad a regular, felizmente la Constitución de 1993 tiene una lectura distinta de la pretensión originaria de un Estado totalmente distraído.

El Estado ejerce una actividad reglada de las relaciones que se entablan en la explotación de las actividades productivas y de servicios, solicitará requisitos previos, algunos más estrictos si tienen que ver con salud, alimentación, seguridad, etc.; en otros casos, las regulaciones serán menos flexibles donde no involucre intereses colectivos o intereses públicos. Si bien el intervencionismo del Estado no tiene el mismo nivel al descrito en la Constitución de 1979, no es óbice para marginarlo de su rol garantizador de la satisfacción de las necesidades primordiales de la población y protección de los derechos fundamentales de los individuos⁷⁸.

Un aspecto importante de nuestra Constitución actual, en comparación a la de 1979, es haber diferenciado el monopolio que nace como expresión de la eficiencia de la empresa privada de aquella práctica monopolística que se ampara en el abuso de una posición de dominio al interior del mercado⁷⁹; en el mismo camino, opta por la prohibición de los monopolios legales y la erradicación progresiva de los

intervención administrativa”, en: *Derecho y Sociedad*, Año XV, No 23, Lima, 2004, Los Andes, p. 51.

⁷⁸ Esta posición la ha desarrollado el Tribunal constitucional en la sentencia de “los costos mínimos” STC No 008-2003-AI/TC del 11.09.03 De la cual muchos esperaban una defensa privilegiada del libre mercado, lo cual no fue así, estableció los lineamientos del rol del Estado interpretando las disposiciones del régimen económico de la Constitución de 1993 en función de la defensa de los derechos fundamentales de las personas, que luego ha reiterado en los Fj. No 11 y 12 de la STC No 0048-2004-PI/TC del 01.04.05

⁷⁹ EL artículo 61° de la Constitución asigna al Estado la función de promover la competencia antes que perseguir monopolios, se centra en el tema de las conductas que fomentan la concentración del mercado. Al respecto, vid. BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra, Lima, 2003, p. 681-682.

preexistentes⁸⁰, la subsidiaridad y las limitaciones tecnológicas⁸¹, serán las únicas razones que justifiquen su presencia en la vida económica del país⁸².

Al Estado actual le es permitido un papel decisivo en la economía, en los siguientes casos:

- a) En actividades económicas que ayudan a garantizar el otorgamiento de derechos sociales de salud, pensiones y educación, se presenta en concurrencia con la iniciativa privada, pero el Estado asume un rol orientador y de exigencia de condiciones mínimas en tales servicios.
- b) En actividades productivas o de servicios donde la oferta privada es inexistente o insuficiente, activa su rol empresario por subsidiaridad⁸³, apremiado como Estado en resolver dichas necesidades no cubiertas por la empresa privada. Esto exige una declaración formal por ley del congreso. Donde dicha intervención se sustente en un interés público superior, o una causal de conveniencia nacional⁸⁴, el probable rol empresario.

⁸⁰ Al respecto, vid. el Inc. 2 de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

⁸¹ Es más fácil introducir mayor competencia en los servicios de telecomunicaciones, con dificultades en los servicios de energía eléctrica, imposible de introducir competencia en los servicios de agua y saneamiento.

⁸² Mercados reducidos también obligan a la monopolización de los servicios, es el caso de los Aeropuertos, Puertos y Carreteras. Esto no quita que el Estado se encuentra obligado a introducir competencia por el mercado antes de otorgar el monopolio. La presencia de un organismo regulador permitirá paliar sus efectos nocivos, facilitando la concurrencia de competidores en los servicios que se presten al interior o sobre dichas infraestructuras.

⁸³ El Tribunal Constitucional la ha definido como: "...la subsidiaridad horizontal esta referida a la relación existente 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. Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, 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, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo...", vid. el Fj. No 19 de la STC. 008-2003-AI/TC del 11.09.03.

⁸⁴ Interés público y conveniencia nacional, son términos que se originan en el ámbito jurídico pero se introducen en el debate político. La configuración de ambas causales que motivan la intervención del Estado en la economía, es de una amplia periferia a favor del legislador, dependerá de sus opciones ideológicas, el único límite será que la materialización de dicha configuración no afecte en demasía la libre iniciativa privada que haga imposible su ejercicio y también represente la última opción a la que el Estado apela para cumplir su rol subsidiario, la intensidad de la intervención será parte de la polémica. La razonabilidad y la proporcionalidad de la intervención estatal debe ser evaluada a pedido de los afectados en cada caso concreto.

En éste último caso, su intervención no conlleva necesariamente a ejercer medidas de restricción a la participación de la iniciativa privada, ni mucho menos declarar como reservas para el sector público las actividades productivas o de servicios, salvo la necesidad en función al rol subsidiario sobre todo en materia de servicios básicos para la población. Incluso así haya sido habilitado legalmente el Estado, para ejercer su rol de empresario, la Constitución tampoco lo autoriza a tener condiciones de ventaja en perjuicio de los demás operadores privados⁸⁵.

El Estado puede desarrollar su rol de empresario, directa o indirectamente, esto último mediante el concurso de la empresa privada⁸⁶, en el caso que el Estado optara por realizar actividad empresarial por intermedio de la empresa privada, el mecanismo utilizado es el contrato estatal. No debe descartarse que el rol subsidiario del Estado, en razón del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, podrían presentarse prerrogativas de exclusividad, sobre todo en servicios públicos⁸⁷, a fin de dar cabida a la suscripción de un contrato de concesión con el operador privado, estos casos serán de naturaleza muy excepcional⁸⁸.

Conforme a lo expuesto anteriormente, la actividad del Estado se reduce en general a roles secundarios en cuanto a gestionar actividades productivas y de servicios. Este rol debe ser replicado e interiorizado por todo órgano estatal, desde aquel de mayor a menor jerarquía del órgano ejecutivo, del órgano legislativo⁸⁹, del órgano

⁸⁵ Al respecto, última parte del artículo 60° de la Constitución: “La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.” Como una expresión del pluralismo económico, se ha desarrollado en el artículo 7° del D. Leg. No 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada.

⁸⁶ Debido al carácter subsidiario de su intervención debe preferir en primer orden la gestión indirecta, y sólo en caso de imposibilidad, resistencia o insuficiencia privada lo hará directamente.

⁸⁷ Aquellos servicios donde se presentan fallos del mercado, por limitaciones tecnológicas, infraestructuras de servicios únicas, demanda reducida, etc. Es necesario prohibir el acceso privado, para incentivar la inversión privada, evitando que aquello involucre a todo el sector de la actividad.

⁸⁸ En el transporte público de personas en rutas no rentables, es forzoso que el Estado otorgue exclusividades para mantener un equilibrio financiero en el operador privado que se ha comprometido a otorgar tales servicios, incluso utilizar el subsidio. Aquello constituye un mecanismo más del Estado. De igual manera en vías saturadas se hace necesario previamente prohibir para proceder a conceder a determinados operadores seleccionados competitivamente y de manera transparente.

⁸⁹ Las normas de desarrollo constitucional como la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Bases de Regionalización, las Leyes nacionales sobre políticas sectoriales y la Ley marco para el

jurisdiccional y de cualesquier otro órgano autónomo, incluye a los gobiernos locales y regionales. La Ley de Tránsito y Transporte terrestre en sus artículos 4° y 5°, ha replicado este diseño del rol del Estado en nuestra Constitución, donde se precisa que la iniciativa privada es el motor de desarrollo en el transporte terrestre, el Estado incentiva una leal competencia, promoción de la inversión privada, pero también la intervención supletoria ante ausencia o incapacidad de los privados o distorsiones a libre competencia en los servicios de transporte terrestre.

2.2.- Libertad de empresa y transporte terrestre de pasajeros.

Cuando se habla de Libertad de Empresa, no debemos entenderla como una libertad de corte estrictamente estructural, es decir necesidad de una capacidad económica que haga posible su ejercicio⁹⁰; impensable tal diseño en un país como el nuestro, donde la labor dependiente es escasa y mayormente precaria⁹¹, por lo que cuatro de cada diez peruanos emprenden una aventura empresarial y no porque gocen de una buena capacidad económica⁹², sino debido al esquema abierto de libertad jurídica.

La libertad de empresa es un derecho que debe encontrarse a disposición de todos, independientemente de la necesidad o no de ser enarbolarlo por cualquiera que pretenda realizar una aventura empresarial. No podemos negar que el objetivo del ejercicio de dicha libertad se vincula con el derecho patrimonial, presencia indudable del derecho a la propiedad. La libertad de empresa, tampoco es el disfrute o el

crecimiento de la inversión privada, no pueden contener dispositivos que le otorguen a las entidades estatales mayores roles en las actividades económicas que los establecidos en la propia Constitución, caso contrario significaría torcer los principios orientadores de la Constitución económica.

⁹⁰ Identificar libertad de empresa con el goce de tal derecho con un sector o grupo social, en función a su capacidad económica, es pervertir su propia naturaleza y limitar su rango de acción.

⁹¹ “Su función específica de la libertad de empresa- junto a las restantes libertades económicas- la de garantizar la independencia de los ciudadanos permitiéndoles ganarse la vida de forma autónoma respecto del Estado”. PAZ-ARES, Cándido y ÁGUILA REAL, Jesús. “Un ensayo sobre la libertad de empresa”. p. 3, disponible en http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direito/libertad.pdf, (26.08.06, hrs: 15.35).

⁹² El Perú ocupa el primer lugar en el mundo con una TEA del 40.3% contra el 1.3% de Japón en cuanto capacidad de emprendimiento empresarial de parte de la población de 16 a 64 años. Esto corresponde a una muestra mundial. INFORME GEM/PERU Centro de Desarrollo de Emprendedor de ESAN. GLOBAL. Fuente: GLOBAL ENTREPRENEUSHIP MONITOR PERU 2004-2005, en: Diario *El Comercio*, Lima, 11.12.05. “Radiografía de un emprendimiento, p. b 5.

derecho que se le asigna al ente u organización que los hombres elaboran para desarrollar actividades económicas, en ese sentido el beneficiario de esa libertad es la persona natural que asume derechos y obligaciones⁹³.

El nacimiento del derecho a la libertad de empresa, se remonta a las luchas que se dieron para consagrar la obtención de la libertad económica, en tiempos de la Revolución Francesa⁹⁴. Libertad de comercio e industria, han sido los pilares sobre los cuales se ha venido asentando el concepto de libertad de empresa⁹⁵, es decir, en un primer momento un grupo social con capacidad económica, reclamaba como derecho natural para todos, el ejercicio sin trabas de cualquier actividad económica.

Hoy en día tal noción de libertad de empresa es restrictiva. La evolución del Estado⁹⁶, el desarrollo superior del sistema capitalista⁹⁷, la aparición de derechos y libertades supranacionales por encima de los desarrollos Constitucionales estatales⁹⁸, la

⁹³ Existe una distinción entre empresa y empresario, la primera es una organización de diversos elementos sin el requisito sine qua non de la personalidad jurídica, pero para actuar necesita de un sujeto con capacidad jurídica que será quien realice los negocios jurídicos, es decir el empresario. KRESALJA, Baldo. “La Libertad de empresa, fundamento del sistema económico”, Ob. cit., p. 494.

⁹⁴ Siendo el germen, de la libertad de empresa, en aquellas batallas, la libertad de comercio e industria, donde la burguesía pugnaba por derribar restricciones y regulaciones que imponía la nobleza, como clase social dominante, aprovechando la careta del Estado feudal caduco, aquel Estado, discrecionalmente, decidía quienes podrían ejercer el comercio, así como también tendía trabas internas en el territorio estatal mediante un sistema de aduanas interno, vid. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, p. 435. vid. también MUÑOZ MACHADO, Santiago, Derecho Administrativo, Ob. cit., T. II, p. 706-710.

⁹⁵ “La libertad de empresa, comercio e industria en realidad son varias libertades expresadas bajo la forma de una sola” RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo PUCP, Lima, 1993, T. III, p. 227.

⁹⁶ De Estado bienestar a Estado subsidiario, Estado gestor a Estado contratante, Estado prestador a Estado Regulador-controlador, vid. a DESDENTADO DAROCA, Eva. La crisis del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tiran lo blanch, Valencia, 1999, pp. 155-154.

⁹⁷ “Las empresas multinacionales o transnacionales, que constituyen las organizaciones económicas privadas más poderosas del mundo contemporáneo y controlan los recursos económicos principales, la oferta, la demanda, los precios y en definitiva, la competencia.” FONT GALÁN, Juan. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Tecnos, Madrid, 1987, p. 41-42.

⁹⁸ Actualmente los derechos humanos, su fundamento, reconocimiento o formulación jurídica, no es un problema, la cuestión se ha reducido a buscar su eficacia y realización en un ordenamiento jurídico. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos fundamentales. Ara, Lima, 2003, p. 15.

existencia de un mercado mundial por efecto de la globalización ha permitido que el concepto de libertad de empresa tenga una noción totalmente distinta a la de su origen, es decir, como libertad de goce de una clase social determinada en función a su capacidad económica.

A pesar de los factores que la han acompañado y la han desarrollado como tal, la libertad de empresa, es un tema de libertad individual, en el sentido que se ejerce el derecho con fines u objetivos patrimoniales. Sin embargo, eso no quita que la libertad de empresa se tenga como un derecho subjetivo encaminado a garantizar la libertad económica individual frente al Estado, sin dejar de mencionar que dicha libertad puede ser limitada en función a intereses colectivos o sociales, razones de moral, salud, seguridad pública, límites que no solamente se dan en el Perú, también se sustentan de la misma forma en otros países⁹⁹.

Posteriormente a los temas de libertad de comercio e industria, se han venido sumando otras libertades que han reforzado un concepto de mayor firmeza social, como la libertad económica, como la libre iniciativa privada, la libre competencia, libertad de consumo, libertad de trabajo, libertad de contratar etc. Algunas de las mencionadas se vinculan o forman parte de la libertad de empresa o posibilitan que se pueda ejercer dicha libertad, todo ello dentro del contexto de una economía social de mercado.

Nuestra norma constitucional desarrolla la noción de Libertad de empresa, estableciendo factores intrínsecos y extrínsecos a dicha libertad. Es posible hablar de libertad de empresa en la medida en que una persona frente al Estado y las demás personas se le permita ejercitar los siguientes derechos: a) Acceder al mercado b) Permanecer en el mercado c) Salir del mercado¹⁰⁰. Si bien lo anterior es el núcleo duro de la libertad de empresa, estos derechos no se ejercen de manera aislada;

⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El Régimen Socio-Económico y Hacendístico en el Ordenamiento constitucional Español”, en: *Derecho y Sociedad*, Año VI, No 10, Lima, 1995, Los Andes, p. 85.

¹⁰⁰ Tanto de defensa en la continuidad de explotación de las actividades económicas, como el ejercicio del poder de dirección al interior de las actividades empresariales. La libertad de escoger que actividades económicas podemos desarrollar, sin más restricción que los requisitos previos establecidos en la ley. vid. Fj. 2 STC 018-2003-AI del 26.04.04 y Fj. 16 STC 3315-2004-AA del 17.01.05, también vid. el artículo 3 del D. Leg. No 757

necesitan relacionarse o sustentarse con otros derechos o libertades¹⁰¹ para garantizar no sólo su ejercicio sino también su viabilidad: a) La libre iniciativa privada, b) La libre competencia c) Libertad de Contratar. En tanto, nuestro Tribunal constitucional habla de un contenido esencial, el cual está conformado por los factores intrínsecos señalados anteriormente y la libre competencia¹⁰².

El artículo 159 de la Carta Magna, establece como primer límite general al ejercicio de la libertad de empresa, no afectar a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado en su rol subsidiario, mediante declaración contenida en una ley, puede restringir total o parcialmente, o imponer obligaciones a los privados, en áreas como de salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. También el Estado puede asignar ciertas obligaciones de índole económica a los operadores privados, respetando el contenido esencial de la libertad de empresa, imponiéndoles la solidaridad con los menos favorecidos y en lealtad con el sistema económico imperante, nuestro Tribunal constitucional así se ha pronunciado¹⁰³.

La libertad de empresa no es un derecho absoluto, tiene límites; algunos consagrados constitucionalmente de manera directa, en otros casos se han derivado a un desarrollo

¹⁰¹ Libre iniciativa privada, noción que se forma a partir de los derechos personales contenidos en el artículo 2º de la Constitución Política, inc. 14, libertad de contratar con fines lícitos, inc. 15, libertad de trabajo con sujeción a la ley, inc. 16, el derecho a la propiedad, inc. 17, libertad para participar en forma individual o asociada en la economía del país y, que se culmina con una declaración textual en el artículo 58 de la Constitución, el libre ejercicio de la iniciativa privada o individual, vid. Fj. 17 de la STC 008-2003-AI, 11.09.03. Quienes ejercen actividad económica y quienes son impactados con los trastornos en la interacción del ejercicio de esta libertad, empresarios y usuarios, les corresponde velar porqué se cumplan las declaraciones constitucionales de prohibición de los monopolios legales y la eliminación de las prácticas abusivas de las posiciones dominantes de los monopolios privados, vid. Fj. 37 de la STC 008-2003-AI. No existe un libre ejercicio de libertad de empresa, si el agente económico se ve afectado por factores externos en sus relaciones transaccionales, de intercambio de bienes, venta de productos, compra de insumos, etc. La imposición de contratar o cambios posteriores a su celebración, la libertad de empresa se vuelve una libertad efímera, vid. Fj. 2 STC 2185-2002-AA del 04.08.04.

¹⁰² Contenido esencial desarrollados en los: Fj. No 46 de la STC. 0001-2005-PI/TC y Fj. No 11 y 13 de la STC 3330-2004-AA/TC del 11.07.05. Al respecto vid. los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del D. Leg. No 757, la cual podría llamarse como una ley de desarrollo constitucional del régimen económico.

¹⁰³“En efecto, la medida adoptada es idónea para los fines establecidos, puesto que en una economía social de mercado, la subsidiariedad no excluye a la solidaridad como principio, encontrándose este directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho y se (es) derivada del principio-derecho de dignidad del artículo 1º de la Constitución” vid. Fj. No 68 de la STC. No 0034-2004-AI/TC del 15.02.05.

constitucional mediante ley. Respecto al acceso y permanencia en el mercado, en el sector transporte terrestre, conlleva algunos límites a la libertad de empresa, mayormente se habilitan por ley para luego los niveles de decisión intermedia o los gobiernos locales los ejecuten. Por lo general, la titularidad en materia de transporte terrestre es privada, a pesar del alto interés público que arrastra su desarrollo, excepcionalmente se convierte en un tema de titularidad pública, en razón a las fuertes externalidades que provoca el transporte urbano en las ciudades.

En cuanto a la defensa, que tienen los individuos contra decisiones del poder intermedio, por exceso o abuso, afecten su introducción o permanencia en el mercado, mediante el uso de las llamadas barreras burocráticas¹⁰⁴, pueden ejercer acciones de tutela de carácter administrativo. La Comisión de Acceso al Mercado del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI) es la instancia donde se solicita la eliminación o expulsión de las mencionadas barreras burocráticas del ordenamiento jurídico, siempre y cuando dichas barreras estén contenidas en normas que no sobrepasen el rango de ley.

En cuanto a las habilitaciones otorgadas a las entidades estatales para intervenir en las actividades económicas, especialmente en materia de transporte público de pasajeros, se encuentran establecidas a partir de la LOMP y la LTTT y su reglamento. Los gobiernos locales bajo su función gestora, intervienen en las actividades económicas exclusivamente en materia de servicios públicos de orden local, incluso ejerciendo actividad empresarial municipal (artículo. 35° LOMP) aunque en su versión subsidiaria. Este rol empresarial local, debe ser compatible con lo establecido por la norma constitucional, tal como se reclama en el artículo. 18.3 de la LBD, subsidiaria y de respeto pleno al mercado, declaración que se encuentra enfatizada en todo el desarrollo del artículo 4° de la LTTT. La última parte del artículo. 35° de la LOMP, prescribe prohibición expresa de actuar deslealmente con los operadores privados, el objetivo de una intervención empresarial municipal no tiene otro propósito que estimular la inversión privada.

¹⁰⁴ Del artículo 26 BIS del D. L. No 25868 se desprende la siguiente definición: Los actos y disposiciones emanadas de las entidades de la Administración Pública (las definidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444) que impidan, obstaculicen, ilegal o irracionalmente, el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial las pequeñas empresas.

Sólo se habilita la intervención del Estado con titularidad pública, y probable rol empresario, como última opción, cuando a la iniciativa privada no le interese, en materia de transporte terrestre de pasajeros, en mercados de baja demanda, a fin de mejorar su competitividad, y en áreas urbanas de alta densidad vehicular a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión y la contaminación. El rol del Estado, artículo 5° de la LTTT, es promover la inversión privada tanto en infraestructura como en servicios de transporte, esto incluye garantizar la estabilidad de las reglas y el trato equitativo de los agentes privados. La LTTT en su artículo 8°, en materia de Terminales Terrestres asigna el rol principal a la iniciativa privada y la libre competencia, todas estas actividades bajo un régimen de titularidad privada.

Los gobiernos locales, según incisos. a) y c) del artículo 73° e inciso 2.1 del artículo 79° de la LOMP, a través de la planificación del desarrollo local y el ordenamiento territorial, se encuentran habilitados para ejecutar proyectos de inversión que presenten externalidades o sean de escala provincial en materia de infraestructuras¹⁰⁵ es decir en servicios locales, esta disposición de contenido subsidiario le permite subordinar el mandato del inciso 1.5 del artículo 81° de la misma LOMP que sólo les autoriza a promover la construcción de terminales terrestres provinciales¹⁰⁶, en esa misma línea también pueden subordinar el inciso 1.4 del mismo artículo y poder gestionar los servicios de transporte terrestre provincial de pasajeros¹⁰⁷, siempre que la iniciativa privada se resista a participar en la explotación y operación en estos servicios locales.

Una herramienta de intervención local, que afecta de manera general a todas las actividades económicas, es la organización del espacio físico, potestad de admitir o prohibir ciertas actividades económicas en determinadas zonas del casco urbano de la

¹⁰⁵ artículo 153° del reglamento de la LTTT precisa que las condiciones técnicas para los terminales terrestres provinciales los determina la Municipalidad provincial respectiva.

¹⁰⁶ Como hemos visto en el Capítulo 1.2 la regulación y control de los terminales terrestres interprovinciales están a cargo del Ministerio de Transportes o Gobiernos Regionales, según el ámbito de esas actividades.

¹⁰⁷ Al concordarse el artículo 195° inc. 5 de la Constitución, los servicios públicos locales, su administración corresponde a los municipios, les permite gestionar directamente vía empresas municipales o indirectamente vía la concesión. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”, en: *Thémis*, Año XXXV, No 39, 1999, Lima, p. 100.

ciudad¹⁰⁸. Los gobiernos locales son los únicos autorizados a expedir los certificados de zonificación, licencia de construcción, conformidad de obra y licencia de funcionamiento de los Terminales Terrestres de pasajeros de cualquier ámbito¹⁰⁹, precisar las vías de acceso y entrada a la ciudad¹¹⁰. EL incumplimiento determina que la autoridad puede ejercer su potestad de clausura y/o, demolición según sea el caso¹¹¹. Una herramienta adicional es la expropiación, pero no es una atribución municipal, requiere de autorización legal específica y adecuada a una necesidad pública específica¹¹².

Las empresas que se dedican al transporte terrestre público de pasajeros, para acceder y permanecer en el mercado, en un servicio primordial para la población, se encuentran obligadas a cumplir y asumir el compromiso de mantener cada uno de los requisitos de idoneidad descritos en el artículo 37° del RNAT de la LTTT, determinadas características de vehículos, infraestructura mínima requerida para la prestación del servicio, esto incluye terminales terrestres y la organización requerida para la prestación del servicio, bajo un régimen de autorizaciones o permisos, por excepción, artículo 94° del RNAT, se aplica un régimen de concesiones. Hay prohibición expresa que los gobiernos regionales y locales, sumen vía normas complementarias nuevos requisitos a los establecidos en la LTTT y su Reglamento¹¹³, en estas actividades hay rechazo a la discrecionalidad estatal en materia de transporte terrestre de pasajeros.

En la medida que los operadores privados de transporte terrestre cumplan con los requisitos establecidos previamente en las normas sectoriales, mantienen expedito el acceso y/o la permanencia en la explotación y operación de estas actividades

¹⁰⁸ Al respecto, el artículo 73° inciso d) párrafo 1.1 de la LOMP, también el artículo 957° del Código Civil, la propiedad predial se somete a las disposiciones sobre zonificación. Los cambios de zonificación no son oponibles dentro de los cinco años a quienes están en el mercado, al respecto vid. artículo 74° del D. Leg. No 776.

¹⁰⁹ Al respecto, el artículo 81° inciso 1.8, artículo 92° de la LOMP, artículo 16° inciso b.6 del Reglamento de la LTTT

¹¹⁰ Al respecto, el artículo 155° del Reglamento de la LTTT.

¹¹¹ Al respecto, los artículos 49° y 93° de la LOMP

¹¹² Al respecto, los artículos 94°, 95° y 96° de la LOMP

¹¹³ Al respecto, el artículo 34° del RNAT.

económicas, mediante un régimen de autorizaciones, por cuanto la LTTT regula actividades de titularidad privada, solo en caso excepcionales y concretos el Estado o gobierno local asumen dicha titularidad, con lo cual nos sumerge en la concesión, tema que veremos más adelante.

2.3.- El transporte terrestre de pasajeros como servicio público.

La noción de servicio público es un concepto resbaladizo, no se encuentra definida en nuestra legislación, es probable pensar que tal ausencia, provoque ciertos conflictos o interpretaciones antojadizas respecto a que actividades económicas se las pueda categorizar como servicios públicos¹¹⁴. Sin dejar de mencionar que la noción de servicio público, es la herramienta más usada en el lenguaje de un político, representa el instrumento que lo conecta con sus electores¹¹⁵, no interesándole los contornos de su definición.

El término “servicio público” es una expresión de uso generalizado de manera extra-jurídica y también de uso frecuente en otras categorías jurídicas públicas distintas a la intervencionista del Estado en las actividades económicas¹¹⁶. Al margen de su uso corriente del término como expresión de función pública o servicio al público¹¹⁷, pero hoy tiene la función de ser un mecanismo de intervención pública en la actividad privada, permite garantizar los intereses de la comunidad en su conjunto, donde el problema se traslada a la intensidad de dicha intervención y no tanto el uso de la denominación como tal.

¹¹⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La noción de servicio público en el sistema jurídico peruano: Una aproximación”, en: *Derecho Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 511.

¹¹⁵ Para el político, dice De la Cuétara: “... significa poder sobre un área social determinada. Este poder puede ser poder redistributivo (ayuda a los que menos tienen) o poder de conformación social (satisfacción de necesidades sociales) pero en todo es poder, es una parcela concreta de poder público que el político quiere y puede manejar.” DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 126.

¹¹⁶ KRESALJA, Baldo. “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, en: *Thémis*, XXXV, No 39, 1999, Lima, p. 39.

¹¹⁷ “por norma general todo servicio público tiene por finalidad “servir al público”, o mejor aún, satisfacer una necesidad general y permanente, pero no todo servicio al público es necesariamente un servicio público”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Seguridad jurídica, servicio público y confiabilidad judicial”, en: *Thémis*, Año XL, No 50, 2005, Lima, Impreso, p. 35.

Otro término cercano a la frase servicio público que siempre genera vinculación al tema, es la noción de infraestructura. Siguiendo a Villar Ezcurra, quien nos da una noción distinta al de obra pública, ésta última conectada a una red se convierte en infraestructura¹¹⁸. Nuestra Constitución hace la diferencia con obra pública al precisarlas en diferentes artículos¹¹⁹. Las infraestructuras públicas son aquellas de titularidad pública (carreteras, puertos, aeropuertos, etc) y las privadas aquellas en manos privadas pero afectas al uso público, tienen un componente claro de interés público (terminales terrestres, depósitos, estacionamientos, etc.).

La infraestructura, mayormente, tiene como objeto prestar servicios o estar destinada al uso general de la población, sin la existencia de dicha infraestructura no habría forma de encaminar la prestación de tales servicios a la población, Es por ello que los términos servicios públicos e infraestructura, siempre los vamos a encontrar muy unidos, sea por una cuestión legal o un tema de operatividad. Difícilmente podemos encontrar prestación de servicios públicos sin preexistencia de una infraestructura a través de la cual prestarlos¹²⁰.

Este tema de los servicios públicos, es un concepto con demasiadas definiciones en la doctrina jurídica, los límites o contornos sobre que actividades son alcanzadas por

¹¹⁸ VILLAR EZCURRA, José. “Las infraestructuras públicas”, en: Ariño Gaspar. *Principio de derecho público económico*, Ob. cit., p. 682-685. “Se admiten como infraestructura elementos o instalaciones inmateriales (infraestructuras de telecomunicaciones) (...) el concepto de infraestructura abarca más supuestos que el clásico de obra pública (...) no se consideran infraestructuras obras públicas no susceptibles de constituir red o ser elementos de una red...”

¹¹⁹ Al respecto, el artículo 58° de la Constitución se refiere a infraestructuras, artículo 76° de la Constitución a obras públicas. Por otro lado, el artículo 2° del D. S. No 056-96-PCM se refiere al aspecto constructivo de las infraestructuras como un tratamiento de obras públicas, sin desearlo, estas obras las vincula para la prestación de servicios públicos para el uso general de la población.

¹²⁰ En un estudio sobre déficit de inversión en servicios públicos, se identifica de manera lógica que dicha inversión se refiere netamente a la inversión en infraestructura para sostener la prestación de los servicios públicos, es el caso de las carreteras, red de comunicaciones, red eléctrica, red de saneamiento, puentes, aeropuertos, etc. Como vemos ambos términos siempre caminan juntos. Pero es una inversión mayormente de titularidad pública INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA, “La infraestructura que necesita el Perú”. Por encargo de ADEPSEP-2005, p. 11. Hasta en el Transporte Terrestre de pasajeros que se le considera como servicios puros, requieren de alguna infraestructura para prestarlos como son los paraderos, estaciones de ruta o terminales terrestres, estos últimos inversión de titularidad privada.

dicha noción, siempre han respondido a una determinada época¹²¹, donde el carácter del Estado y muchas veces la ideología de los gobernantes, apuntan una definición de servicios públicos, unas tan abarcadoras y otras demasiado restringidas. Un Estado benefactor llevará a clasificar como servicios públicos al mayor número de actividades, para anexarlos a su dominio de intervención¹²², en cambio una fórmula Estatal de corte liberal, tendrá por norte deshacerse y trasladar tales servicios para su prestación a la iniciativa privada, quienes están a la espera de cualquier negocio con el Estado¹²³.

La mutabilidad del concepto de servicio público o mejor dicho su evolución y variabilidad a lo largo de la historia en compañía con la evolución del Estado¹²⁴, nos lleva a comprender actualmente el porqué no existe una definición o clasificación de actividades como servicios públicos, mucho menos una definición estable¹²⁵. Esto se sustenta en que el servicio público es el “...resultado jurídico de determinados

¹²¹ Sobre el tema Cassagne nos dice: “...el servicio público, como todas las instituciones del Derecho Administrativo, no pasa de ser una de las tantas categorías históricas a que el Estado acude para satisfacer las necesidades primordiales de la población (...) el error en que cayó la escuela de Burdeos, advertido en su momento por Hauriou, fue el suponer que el servicio público podría ser capaz de absorber toda la actividad del Estado, y aún de los particulares (...) mediante una teoría autoritaria que transformó al Estado en una gran cooperativa de servicios públicos.” CASSAGNE, Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos”, en: *Revista de Administración Pública*, No 157, Enero-Abril, 2002, Madrid, p. 473.

¹²² “...hay una visión política que presenta al servicio público como la apoyatura y justificación del poder público, visión que ha estado presente desde el mismo momento en que León Daguit y su <Escuela de Burdeos> centraron la atención en esta figura y que en la España actual aparece con fuerza en una buena parte de nuestra legislación (...)” DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. “Perspectivas de los servicios públicos españoles”, en: *El nuevo servicio público*, Ob. cit., p. 67.

¹²³ Al respecto, De la Cuétara afirma: “de una visión empresarial, pragmática, que contempla los servicios públicos como un sector en el que, si bien las reglas del juego son impuestas por la Administración cabe hacer negocios”. Ibid. Loc. cit.

¹²⁴ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “Perspectivas de los servicios públicos...” Ob. cit., p. 61.

¹²⁵ Según Ariño: “Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de <servicio público>, cambia radicalmente el marco socio político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la Vida social: son, por ello, mutables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez.”, ARIÑO, Gaspar. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en: *El Nuevo Servicio Público*, Ob. cit., p. 24.

compromisos ideológicos-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible”¹²⁶.

Si verificamos nuestra Constitución política, el término servicio público sin haberse definido en su texto, lo vamos a encontrar en el artículo 58°, sobre economía social de mercado; artículo 92°, función pública, sobre incompatibilidades de los congresistas; artículo 119°, sobre las funciones del Presidente de Consejo de Ministros; artículo 162°, funciones del Defensor del Pueblo; artículo 192°, competencias de los gobiernos regionales para promoverlos y fomentarlos; artículo 195°, competencia de los gobiernos locales para organizarlos, reglamentarlos y administrarlos. Todos ellos no son utilizados en el mismo sentido, su significación está cargada de una pluralidad¹²⁷.

Sin embargo, esta ausencia conceptual sobre servicios públicos en nuestra carta magna no impide que podamos encontrar ciertos parámetros delimitadores que nos permita establecer cuando estamos frente actividades de servicios públicos. El artículo 58° de la Constitución contiene una declaración básica y fundamental, en cuanto al rol del Estado y del individuo (persona natural y jurídica) en la economía. El término social que se le suma, tiene como propósito enfatizar el rol subsidiario del Estado precisando donde debe apuntar su mayor esfuerzo: empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Como vemos, los servicios públicos han sido diferenciados de aquellos servicios catalogados tradicionalmente, durante largo tiempo, como parte de dicha definición, es el caso de la educación y la salud, actualmente han pasado a nominarse como

¹²⁶ MEILÁN, J.L. “El servicio público en el derecho actual”. En *Rev. de Derecho Administrativo*, No 15, Buenos Aires-1994, p. 343 Citado por Baldo Kresalja, “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, *Ob. cit.*, p. 40.

¹²⁷ En nuestro texto constitucional encontraremos: Servicios de la Administración pública (función pública), servicios al amparo del derecho regulatorio (servicios públicos en estricto), servicios al amparo de la libre competencia (servicios de interés económicos). Al respecto, vid. SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. “Servicios Públicos, Regulación y Constitución”, en: *Revista Peruana de Derecho de Empresa*, Año XIX, No 57, Junio-2004, Lima, Osbac, p. 32-33. También vid. PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Servicios Públicos y Reforma constitucional”, en: *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 3, No 4, Enero-junio, 2003, Lima, Grijley, p. 117.

servicios sociales¹²⁸. Nuestra Constitución apunta a denominar como servicios públicos, aquellos servicios que se mueven dentro de la actividad económica, producidos y distribuidos en el mercado, generan una utilidad, objeto de una empresa, satisfacen exigencias de los usuarios, prestaciones estandarizadas, susceptibles de producción con técnicas industriales¹²⁹ y que la doctrina los ha diferenciado de los servicios sociales¹³⁰, servicios públicos de carácter económico o si queremos utilizar la terminología de la comunidad europea servicios de interés económico general¹³¹, según Muñoz Machado incumbe decir misiones de servicio público¹³² a partir de la implementación de una política liberalizadora de la iniciativa pública de las actividades económicas consideradas esenciales para la población.

Estos servicios de interés público económico, no necesariamente están vinculados a una determinada cualidad intervencionista del Estado, es decir potestad de reserva o titularidad estatal, aquello necesariamente no corresponde a la naturaleza actual de estos servicios públicos. Es una visión tradicional de medir o calificar a los servicios públicos como monopolios públicos¹³³. Esta posibilidad en el Perú se encuentra

¹²⁸ Según SORACE: "...aquellos que requieren preponderantemente de prestaciones adaptadas a específicas necesidades de las personas (llamados "servicios a la persona")". SORACE, Domenico. Estado y Servicios Públicos. Tr. Eugenia Ariano. Palestra, Lima, 2006, p. 19.

¹²⁹ Loc. cit. Idem.

¹³⁰ Al respecto, vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan. "Tres postulados para el nuevo servicio público", Ob. cit., p. 129. También vid. MAIRAL, Héctor. "La Influencia de los Derechos francés, español y norteamericano", en: *Revista de Documentación Administrativa*, No 267-268. Septiembre 203- Abril 20004. Madrid. p. 361. De igual modo vid. KRESALJA, Baldo. "El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", Ob. cit., p. 81. En los servicios sociales es inimaginable que el Estado pueda asumir titularidad alguna, cuando de por medio están derechos a la vida la salud y libertad de enseñanza.

¹³¹ Sobre el tema, vid. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El servicio público: fundamentos. Palestra, Lima, 2005, p. 234-302, También vid. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. "Servicio público y derecho comunitario europeo", en: *Derecho y Sociedad*, Año XVII, No 26, 2006, Lima, Cartolan, p. 36. De igual manera, vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Logros y fracasos de la regulación", en: *Thémis*, 1965-2006, Lima, p. 44.

¹³² Como refiere Muñoz Machado: "...pueden ser atribuidas tanto a empresas y establecimientos públicos como a empresas privadas. Es pertinente por ello la observación de Kovar de que la noción comunitaria europea de servicio público no es orgánica, sino material o funcional. La apreciación es exacta, peor debe decirse que, como hemos comprobado, han existido siempre, tanto en la tradición francesa como en la española servicios públicos no calificados como de titularidad de la Administración." MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo, Ob. cit., T. I, p. 1140. Los llamados servicios públicos impropios

¹³³ Como expresa De la Cuétara: "Una vez efectuada la *publicatio* sólo son válidos los títulos administrativos en un sector que se ha presentado también de <regalía monopolística>. Los servicios públicos son, así, un monopolio legal, una titularidad pública y un sector excluido a la

descartada en razón de que no existe norma constitucional genérica que habilite al Estado establecer reservas o monopolios legales, en consonancia, el Decreto Legislativo No 757 que actúa como una norma de desarrollo constitucional, artículo 6°, interpretó tal ausencia normativa y dispuso la derogación de cualquier reserva a favor del Estado.

Tampoco podemos negar que las actividades económicas catalogadas como servicios públicos, el Estado bajo dicho reconocimiento, tenga como propósito mantenerlas al margen de todas o algunas reglas del mercado, pero la titularidad estatal no se asume como característica exclusiva, que permita relegarlos a ser denominados servicios públicos, a pesar que actualmente una parte mayoritaria de la doctrina así lo plantea como una forma de reducirlos a su noción tradicional¹³⁴. Al contrario, Rodríguez-Arana afirma: “lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios”¹³⁵, para ello la sociedad a través del Estado podrá utilizar diferentes instrumentos de intervención en las actividades económicas que permitan lograr tales fines, el punto de discusión no debe trasladarse al uso del término servicios públicos, tampoco a la

iniciativa privada salvo habilitación...”, DE LA CUÉTARA, Juan. “Perspectivas de los Servicios Públicos españoles”, Ob. cit., p. 68.

¹³⁴ A nuestro entender, Lazarte Molina asume una posición restrictiva cuando nos dice que la titularidad estatal es lo que determina la calificación del servicio como público, por ende su otorgamiento es discrecional y solo entregado a los particulares mediante concesión. LAZARTE MOLINA, Jorge. “El concepto de servicio público en el Derecho Peruano”, en: *Ius et veritas*, Año 13, No 26, Junio 2003, Lima, p. 74-85. Pretende concretar la tesis del maestro Ariño sobre el concepto de servicios públicos según el artículo 128 de la Constitución Española, los cuáles deben restringirse a aquellos prestados en monopolio, que implican titularidad estatal, cuya reserva establecida con rango constitucional, al respecto, vid.. ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado, crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 305. Consideramos la propuesta no válida para nuestro sistema constitucional, no existe un dispositivo de reserva genérica estatal que permita sólo a éstas calificar como servicios públicos al estilo francés del término. Aunque Zegarra Valdivia nos dice que tampoco el servicio público a la francesa se identifica con el monopolio, sería una más de las muchas maneras de garantizar la prestación del servicio, al respecto ha realizado un estudio completo del tema, vid. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Servicio Público: Fundamentos*, Ob. cit., pp. 69-125; también vid. MALARET, “Elisenda. Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, en: *Revista de Administración Pública*, No 145, Enero-Abril 1998, Madrid, pp. 56-68, quien afirma: “Lo que se pretende expresar con la noción de titularidad es tan ajeno al Derecho francés que no tiene incluso traducción posible.”

¹³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, “Servicio público y derecho comunitario europeo”, Ob. cit., p. 37.

intensidad de la intervención, sino al interés económico general que se pretende proteger.

En los antecedentes normativos de nuestro derecho, recogidos por Zegarra Valdivia, sobre servicios públicos, ha encontrado los siguientes elementos conformadores a) Declaración de titularidad estatal vía legislativa b) Sobre actividades de materia económica c) Actividades de interés general d) Prerrogativas del Estado e) Participación de los particulares por concesión. Sin embargo, nuestra Constitución actual, lejana de la reserva estatal genérica de 1979, se encuentra más cerca de la propuesta de que el Estado se convierte en el garante de la prestación de estos servicios antes de empeñarse en la titularidad estatal como la única posibilidad para su prestación¹³⁶. Como refiere Pérez Hualde, el servicio público en nuestro texto constitucional, la norma enrola tanto al Estado como titular de los mismos o también la potestad de determinarlos y someterlos a un régimen jurídico específico de derecho público¹³⁷.

Coincidimos sobre la necesidad de una declaración legal que identifique los servicios públicos, pero la declaración no puede convertirse en el objetivo mismo de establecer reservas o titularidades estatales sobre toda la actividad económica de dichos servicios, como tampoco restringir el término a determinados segmentos de la actividad por el hecho de ser declarados de titularidad estatal. Debemos decir, más que una declaración pesa el contenido sustantivo del régimen jurídico que los identifica con los objetivos de mejorar las condiciones de vida de las personas y permita el mejor ejercicio de sus derechos. En realidad la preocupación estatal debe estar más afianzada a garantizar mediante un régimen jurídico público que los usuarios del servicio puedan acceder a ellos¹³⁸, criterio que el Tribunal constitucional, aunque dubitativamente, también recoge cuando dice:

¹³⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado que: “Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día lo fundamental en materia de servicios público, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”, Fj. No 41 de la STC No 0034-2004-PI/TC del 15.02.05.

¹³⁷ Al respecto, vid. PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Servicios Públicos y Reforma constitucional”, Ob. cit., p. 112.

¹³⁸ “Ni la universalidad ni la permanencia identifican al servicio público, porque mediante economía de mercado puede también lograrse atender la totalidad de una demanda de forma

“...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”¹³⁹.

Aquello también puede dar cabida a la existencia de ciertos servicios que la ley no los haya declarado de manera expresa, pero debido a que reúnen ciertos elementos que lo caracterizan como esenciales para la población¹⁴⁰, se hace razonable someterlos a un régimen jurídico especial, con lo cual la declaración implícita de servicios públicos se convierte en una alternativa a la declaración expresa¹⁴¹.

Debemos negar de manera categórica que las actividades de servicios públicos o servicios de interés económico general tengan como elemento de identificación la titularidad del Estado por mandato de la Constitución, al contrario ésta deja la puerta abierta a que el legislador mediante ley ordinaria establezca la forma de intervención o el régimen jurídico al cual debe someterse ciertos servicios económicos para garantizar su acceso en igualdad de oportunidades a la población, si ello conlleva a

permanente, sino que lo hacen las reglas de Derecho Público que en el se aplican. Hablar de normas de Derecho Público es hablar de prerrogativas y garantías.” DE LA CUÉTARA, Juan. Perspectivas de los Servicios Públicos españoles, Ob. cit., p. 69.

¹³⁹ Fj. No 37 de la STC. No 00034-2004-PI/TC del 15.02.05.

¹⁴⁰ El Tribunal a identificado algunos rasgos que caracterizan un servicio como público 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 estándar mínimo de calidad d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.. Fj. No 40 de la STC. No 0034-2004-PI/TC del 15.02.05.

¹⁴¹ Zegarra de alguna manera refuerza esta afirmación cuando comenta sobre los servicios públicos de telecomunicaciones: “Este vacío conceptual de la norma no es sino un reflejo de lo que hemos sostenido con respecto a la noción de servicio público en el Perú: tradicionalmente ha sido utilizada de forma general (e indistinta) de manera que se confundía con la función pública, para luego, su soporte esté en la titularidad estatal de la actividad, como es que se considera hoy en día. Sin embargo, en el caso que analizamos ni siquiera ha sido este último el planteamiento que caracteriza determinados servicios públicos que se prestan dentro de la actividad de telecomunicaciones como servicios públicos, sino que el legislador únicamente ha tenido en cuenta el destino público que se le da a los mismos...”, ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio público y regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Palestra, Lima, 2005, p. 326. En ese camino consideramos que tal soporte no es el único instrumento con el cual el Estado interviene en la actividad económica sino es parte del abanico de posibilidades que le permita cumplir con su rol de garante para que la población acceda a servicios considerados esenciales.

ser retiradas las reglas del mercado, como es el caso del servicio universal¹⁴², es indudable que el Estado podría asumir su titularidad en un segmento determinado y con ello la discrecionalidad en su otorgamiento¹⁴³. La Constitución enuncia los objetivos o fines, la concreción de estos se debe dejar que se materialicen mediante leyes ordinarias, caso contrario convertiremos a la Constitución en un modelo económico único y no en un sistema que albergue todas las alternativas posibles.

Como reconocer qué servicios de contenido económico deben estar sujetos a una declaración legal y sometidos a un régimen jurídico determinado. Al respecto Thomas Fernández nos dice que es difícil establecer:

“...un criterio fijo, un patrón y mucho menos, una regla, ni expresa ni tácita, para determinar ni el quid, ni el quando, ni el quomodo en esta materia. Aquí y fuera de aquí los gobernantes han ido encontrando el camino por tanteos sucesivos, lidiando en cada caso con las concretas- y cambiantes- circunstancias de tiempo y lugar en función de los apoyos con que contaban y de las resistencias a las que habían de enfrentarse”¹⁴⁴.

Sin dejar de mencionar lo expresado por Zegarra Valdivia respecto al servicio público en Francia¹⁴⁵, de donde se puede percibir que uno de los elementos que ha sobrevivido a toda teorización y evolución de la noción del servicio público es el interés general, conjuntamente con los principios que conforman tal noción: igualdad, continuidad y mutabilidad; la presencia de este elemento y la necesidad de concretar dichos principios en una actividad económica nos asegurara que

¹⁴² “El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independiente de su situación económica, social o geográfica (...) es una obligación de servicio público. Si, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio.” RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, Ob. cit., p. 40.

¹⁴³“Lo que básicamente se argumenta para negarle utilidad a la noción de servicio público es la ausencia de titularidad estatal sobre los mismos, pues como esta titularidad no nace de la Constitución, necesariamente depende de una decisión legislativa.” NALLAR, Daniel. El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Depalma, B. Aires, 1999, p. 60. Sin embargo, el autor ha preferido plegarse a la tendencia mayoritaria, que sólo reconocen como servicios públicos aquellos servicios donde se ha impuesto la titularidad estatal, como técnica legal de regulación estatal. p. 64.

¹⁴⁴ THOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ. “Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy”, en: *Revista de Administración Pública*, No 150, Septiembre-diciembre, 1999, Madrid. p. 61.

¹⁴⁵ Al respecto, vid. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El servicio público Fundamentos, Ob. cit., pp. 91 y 99. Si bien, Francia como cuna de la noción del servicio público, el autor advierte en la p. 201. que no se puede hablar de una noción universal, los países que la han asimilado como categoría jurídica lo han hecho teniendo en cuenta sus propias particularidades.

estamos frente a una actividad que no puede escapar a la denominación de un servicio público.

El cambio constitucional operado a partir de 1993, donde el Estado aparentemente muestra una despreocupación de la satisfacción de las necesidades básicas de la población; en realidad es una muestra de su nuevo rol, dejar que la iniciativa privada asuma la obligación de satisfacer dichas necesidades en una economía de mercado, en un régimen de concurrencia competitiva¹⁴⁶, su intervención será posterior ante la deficiencia de los privados. Una interpretación conjunta de los artículos 58° y 60° de la Constitución, nos permite percibir el verdadero rol que al Estado se le tiene asignado, de intervención vía ley ordinaria de manera subsidiaria, en servicios que son esenciales¹⁴⁷ o básicos para la población. Dentro de ellos están comprendidos los servicios de transporte terrestre público de pasajeros, actividades de interés general, donde el Estado se encuentra obligado a concretar una prestación con regularidad y en condiciones de igualdad de acceso a la población.

El transporte terrestre de pasajeros, su denominación como servicio público, nunca ha estado en cuestionamiento hasta la dación de la Ley 27181, norma que se emitió en un contexto de consolidación de la apertura neo liberal en nuestro país, donde lo relacionado con el Estado y dentro de aquello las declaraciones de servicios públicos, generaba una carga ideológica más que una apreciación jurídica en correspondencia con el nuevo rol del Estado¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cuando a través del mercado no es posible lograr los objetivos planteados, ejerciendo su rol subsidiario el Estado interviene imponiendo un régimen jurídico determinado, obligaciones de servicio público, en aquellas actividades económicas donde la población acude a satisfacer necesidades básicas de contenido económico, como podrían ser comunicaciones, transporte, energía, agua, etc. y que podrían ser sumadas otras mas en la medida en que se conviertan en determinantes para el desenvolvimiento en comunidad de la población, no olvidemos que los servicios públicos tienen un componente ideológico, queramos o no.

¹⁴⁷ Nombre con el cual se debe designar a los servicios públicos, propuesta de QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. “¿Están desapareciendo los servicios públicos?”, en: *Derecho y Sociedad*, Año VIII, No 12, 1997, Lima, Los Andes, p. 212. Aunque Nallar dice que “...no todo servicio esencial es a su vez servicio público, sino que agregamos que todo servicio público es un servicio esencial (...) los intereses y bienes que tiende a cubrir y satisfacer en sus necesidades el servicio público constituyen derechos fundamentales y se hallan constitucionalmente protegidos.” NALLAR, Daniel, Ob. cit., p. 77.

¹⁴⁸ A pesar del cambio constitucional operado, hay un temor de la autoridad política declarar servicio público a una actividad económica, se lo vincula con un régimen de titularidad a favor del Estado y con ello la posibilidad de establecer un control de tarifas. Prueba de aquello es la imperiosa necesidad de algunos gremios de transportes de acreditar que las actividades que

El servicio de transporte terrestre de pasajeros actualmente no tiene una declaración expresa como servicio público¹⁴⁹, pero si tiene una regulación específica por parte del Estado como parte de una política nacional sectorial, debido a su importancia como servicio básico para la población¹⁵⁰, el interés económico general está presente, se le reconoce los caracteres de continuidad y regularidad, su prestación no debe ser interrumpida, bajo sanción de cancelación de la autorización otorgada a los privados. Podemos no estar de acuerdo con dicho régimen jurídico sectorial en cuanto a su eficacia para mejorar el calamitoso servicio de transporte terrestre de pasajeros actual, pero dicho régimen jurídico público existe, que las autoridades por desidia, cálculos políticos o por debilidad institucional no implementen o desarrollen las normas reglamentarias que posibilita dicho régimen jurídico público, no desmerece su condición de un servicio público de contenido esencial para la población.

Formalmente se apunta a garantizar el acceso al disfrute de este servicio de manera amplia en un régimen de competencia y en aquellos segmentos que no es posible, el Estado interviene subsidiariamente para garantizar efectivamente que la población

desarrollan son servicios públicos, a fin de que el Estado pueda intervenir para garantizarles fletes y tarifas “justas”, sin embargo, sus problemas son: la alta informalidad del sector, abusiva imposición tributaria, exceso de flotas vehiculares, incumplimiento de estándares mínimos, fiscalización tan solo a los formales, etc., lo que motiva que muchos no interiorizan los costos del servicio. Al respecto, vid. COMISION ANDINA DE JURISTAS. “EL transporte terrestre de pasajeros y el Transporte de carga como servicios públicos: Una mirada a partir de la Constitución de 1993”. Consulta solicitada por la CONATT, Lima-2004.

¹⁴⁹ Sin embargo, existen dispositivos vigentes con rango de ley que de manera indirecta asumen como tal dicha declaración. EL artículo 2° del D. Leg. No 758 sobre normas de inversiones en infraestructura de servicios públicos: “El concepto de servicios públicos comprende, entre otros, transporte público...”. EL artículo 73. inc. 2.2 de la LOMP considera al transporte público urbano como servicio público. El artículo 280 del Código Penal implícitamente como servicio público le prodiga protección. EL Tribunal Constitucional en varias sentencias de amparo nunca ha dejado de considerar al transporte público de pasajeros como un servicio público: Fj. No 03 STC 037-2000-AA/TC del 24.08.01, Fj. No 03 STC. 1270-99-AA/TC del 13.07.00, Fj. No 02 STC 522-2001-AA/TC del 10.07.02 y Fj. No 02 STC 498-2001-AA/TC del 10.07.02.

¹⁵⁰ El objetivo de la acción estatal se deriva del artículo 3° de la LTTT: “La acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto.” De la misma manera se complementa con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LTTT: “El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia, en particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación.”

acceda al goce de dichos servicios¹⁵¹. La LTTT en concordancia con el rol que el Estado tiene asignado, ha establecido como regla general que los servicios de transporte de pasajeros son de titularidad privada bajo reglamentación pública, se accede a ellos por autorización, excepcionalmente por causas de saturación vial, baja demanda o contaminación ambiental, el Estado asume la titularidad pública de dichos servicios en estos segmentos afectados y pasa a un régimen de concesiones, sistema que se encuentra respaldado por la doctrina económica¹⁵².

En tal sentido, estamos de acuerdo con los elementos tipificantes que Kresalja anota para distinguir a los servicios públicos¹⁵³, el transporte terrestre público de pasajeros reúne dichos elementos anotados. Como refiere el Libro Blanco de la Comunidad Europea en materia de transporte, lo importante son las misiones de servicio público, reflejados en un régimen especial, un cometido de interés económico general, donde exista la libre prestación de servicios, siempre que se cumplan los principios de regularidad y proporcionalidad¹⁵⁴.

El organismo mundial de comercio la OMC, así como el análisis de la legislación comparada confirma la tendencia en el mundo actual el considerar al transporte de terrestre de pasajeros como un servicio público¹⁵⁵. A pesar de estar ausente la expresión servicios públicos en la LTTT, el régimen económico constitucional vigente, aunado a una regulación jurídica sectorial, donde el Estado garantiza a la población estos servicios en condiciones de igualdad y regularidad, el transporte

¹⁵¹ En este régimen el Estado impone a los particulares ciertas obligaciones que tienen que cumplir, previo al acceso y mantenerlas durante la explotación de estos servicios de transporte, no se irroga titularidad sobre dichos servicios, salvo por causas debidamente establecidas en la propia LTTT.

¹⁵² Al respecto, vid. GINES DE RUS y VV. Economía del Transporte. Antoni Bosch, Barcelona, 2003, pp. 9-10 sobre competencia limitada, pp. 12-13 externalidades negativas y pp. 15-16 sobre obligaciones de servicio público.

¹⁵³ 1) El Estado asume su organización propia o por delegación 2) La titularidad puede suponer la reserva o una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad 3) Se aplica un régimen de derecho público 4) No son actividades estatales de soberanía sino de mera utilidad aunque indispensables 5) Prestaciones regulares y continuas 6) Actividad dirigida a la utilidad general del público. KRESALJA, Baldo. "EL Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", Ob. cit., p. 39-40.

¹⁵⁴ Al respecto, vid. COMISION EUROPEA. Libro Blanco. La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad. Comunidades Europeas, Italia, 2002, p. 88-89.

¹⁵⁵ Al respecto, vid. COMISION ANDINA DE JURISTAS, Ob. cit, p. 99 y 105.

terrestre de pasajeros nunca ha dejado de ser un servicio público o servicio de interés económico general. Parafraseando a Rodríguez-Arana¹⁵⁶ diremos habrá muerto la titularidad pública como característica de los servicios públicos pero el interés general jamás podrá morir a manos de la eficacia del mercado.

Aun considerados los servicios de transporte terrestre de pasajeros como servicios públicos, los que prestan el transporte interprovincial de pasajeros, están lejos de ser competencia municipal, debido al ámbito de desplazamiento, son servicios supralocales, se encuentran fuera de la competencia normativa y de gestión de los gobiernos locales. La intervención del aparato administrativo en su organización y gestión, debido a su naturaleza de servicio esencial para la población, en caso fuere necesario, su ámbito interprovincial indica que corresponde al gobierno nacional o regional asumir intervenciones o competencias sobre estos servicios.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, “Servicio público y derecho comunitario europeo”, Ob. cit., p. 38.

LA CONCESIÓN Y EL MODELO PROPUESTO POR PROINVERSIÓN

3.1.- El modelo de concesión propuesto por PROINVERSIÓN.

La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante PROINVERSIÓN) tiene en cartera seis proyectos de concesiones sobre terminales terrestres interprovinciales en ómnibus en todo el país¹⁵⁷, como parte de sus actividades institucionales, colaborar con las entidades estatales para promocionar la inversión privada¹⁵⁸. Sin mencionar las solicitudes en trámite, que vienen presentando otros gobiernos locales a fin que esta institución encamine sus respectivos planes.

Estos proyectos tienen el mismo perfil, nosotros hemos escogido el proyecto de la Municipalidad de Lima Metropolitana¹⁵⁹, lo que se diga sobre este, será válido para los demás proyectos. Sin embargo, en su descripción tendremos oportunidad de hacer

¹⁵⁷ Los proyectos para las ciudades de Trujillo, Chiclayo, Ica, Cajamarca Ayacucho y Lima.

¹⁵⁸ La participación de los funcionarios de PROINVERSIÓN en estos proyectos se regula por la Directiva N° 06-2004-DE-PROINVERSIÓN, Lineamientos para la Asistencia Técnica de PROINVERSIÓN en la Promoción de la Inversión Privada en Proyectos Descentralizados.

¹⁵⁹ Como producto del Convenio de Asesoría suscrito entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Dirección Ejecutiva FOPRI del 27/12/ 2001 aprobado según Acuerdo COPRI adoptado en la sesión del 07/11/2001, y su Addendum suscrito con PROINVERSIÓN de fecha 31/05 2004.

referencia a los demás proyectos, en la medida que algunos de ellos se encuentran en etapas más avanzadas¹⁶⁰.

De la ficha preparada por PROINVERSIÓN sobre el proyecto¹⁶¹, de los Términos de Referencia, de las Bases para la licitación del sistema de terminales terrestres para Lima¹⁶² y del borrador de contrato¹⁶³; así como también del proyecto de Ordenanza Municipal¹⁶⁴ podemos graficar las características más saltantes sobre el esquema de concesión de los Terminales Terrestres para Lima.

Según la Municipalidad de Lima¹⁶⁵, las actividades económicas de embarque y desembarque de pasajeros interprovinciales, terminales terrestres, son un mercado competitivo, ha proliferado en demasía en la ciudad, por tal razón, se debe restringir dichas actividades bajo los parámetros de rentabilidad y calidad de servicio, que permita el reordenamiento y recuperación del centro histórico de la ciudad¹⁶⁶. Esta finalidad se lograría, según el municipio limeño, entregando todas las actividades

¹⁶⁰ El proyecto de la Municipalidad de San Juan Bautista, Huamanga, Ayacucho, el Terminal Terrestre se encuentra en operación. De la misma manera el proyecto para la ciudad de Huancayo se encuentra en etapa de finalizar su construcción (Al 30.09.06).

¹⁶¹ PROINVERSIÓN: <http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/sd007.htm>; (15.05.06, hrs. 14.30) se puede apreciar los proyectos y su estrategia económica y legal.

¹⁶² PROINVERSIÓN: Bases del Concurso Internacional de Proyectos Integrales No 001-2005-MML/CEPRI/LIMA, aprobadas por la Resolución Municipal de Lima No 113, 31/03/2005. http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/Documentos/Terminales_TerrestreMETROPOLITANA/Bases%20del%20Concurso.pdf (15.05.06, hrs. 15.40).

¹⁶³ PROINVERSIÓN: Proyecto de contrato para los Terminales Terrestres de Lima. Disponible en: [http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/Documentos/Terminales_Terrestres_LIMA METROPOLITANA/Primer%20Borrador%20Contrato.pdf](http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/Documentos/Terminales_Terrestres_LIMA_METROPOLITANA/Primer%20Borrador%20Contrato.pdf) (15.05.06, hrs. 15.50)

¹⁶⁴ MUNICIPALIDAD DE LIMA: Documento de Trabajo al 19/09/05. El cual obra en poder de PROINVERSIÓN y la CEPRI-LIMA, copia del mismo les ha sido remitido a los postores, una copia electrónica se encuentra en la sede de Asociación de Propietarios de Ómnibus Interprovinciales del Perú-APOIP, Av. Paseo de la República No 291-507 Lima.

¹⁶⁵ De los considerandos del Acuerdo de Concejo N° 095-MML, del 22/04/2004, que faculta dar inicio al proceso de promoción de inversión privada del Sistema de Terminales Terrestres de Pasajeros para el Área Metropolitana de Lima de Transporte Nacional e Internacional.

¹⁶⁶ Resulta sintomática la fundamentación de la Municipalidad de Lima, resolver el problema del transporte interprovincial y no el transporte urbano. El sociólogo Julio Cotler, afirma que el problema de la saturación de las principales vías de la ciudad se debe a una falta de autoridad y decisión política del gobierno local para ordenar el transporte urbano, en: Diario *EL COMERCIO*, Lima, del 21.05.06, Entrevista, p. A2. Se confirma este diagnóstico en varios artículos del mismo diario: "Por falta de un buen transporte público el tráfico en Lima es lento y congestionado" del 11.06.06. p. A22. "Atrapados en el laberinto, entre el pavimento y los fierros" del 16.07.06, p. A 8.

económicas de embarque y desembarque de pasajeros en ómnibus interprovinciales en la ciudad de Lima, a un solo operador¹⁶⁷.

Con el asesoramiento de PROINVERSIÓN, se ha establecido un esquema económico legal que permita a la Municipalidad de Lima entregar las actividades de terminales terrestres interprovinciales en la ciudad a un solo operador, en las siguientes condiciones:

- a) La prestación de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros en ómnibus interprovinciales, en la jurisdicción de la provincia de Lima, declaración como actividad restringida y de titularidad estatal a favor del gobierno local y por ende materia concesionable¹⁶⁸.
- b) Restricción de la prestación de los servicios a dos terminales terrestres centrales¹⁶⁹.
- c) El operador deberá adquirir los terrenos sobre los cuales se construirán los terminales terrestres¹⁷⁰, según lo dispone el numeral 1.5.3 de las Bases, además de exigencia de una inversión mínima de 40 millones de dólares conforme al numeral 1.5.6 de las Bases.

¹⁶⁷ El argumento de la proliferación no es nuevo en el Municipio Limeño para restringir las actividades privadas. Mediante Decreto de Alcaldía No 085 del 29.10.1998, el Municipio pretendía restringir la presencia de las Estaciones de Servicios de venta de combustibles en la ciudad a no menos de mil metros entre cada estación. La Comisión de Acceso al Mercado del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial-INDECOPI tuvo que declararla como una barrera burocrática que impide el acceso al mercado a los privados, según Resolución No 0089-2004/TDC DEL 17.03.2004,

¹⁶⁸ Si bien no existe una declaración legal como tal, las Municipalidades provinciales y PROINVERSIÓN, manejan y publicitan (ver nota 161) estos proyectos bajo dicho esquema, para ello se servirán de normas municipales que cumplan con tal objetivo, otorgamiento de licencias de funcionamiento a discrecionalidad de los gobiernos locales. La ordenanza No 161-MPH-CM del 22.10.03 del municipio de Huancayo va por ese camino, así como el proyecto de ordenanza municipal que prepara el Municipio limeño.

¹⁶⁹ Propuesta del número de terminales y paraderos, basada en el: "Estudio de demanda, localización y análisis económico financiero de los terminales interprovinciales de pasajeros de Lima Metropolitana" realizado el año 2003 por TÉCNICA Y PROYECTOS S.A., encargado por el Municipio de Lima (Una copia se encuentra en el local de APOIP). Existe otro Estudio "Evaluación del sector transporte y terminales terrestres de Lima" en mayo del 2006, realizado por APOYO OPINIÓN Y MERCADO-CIDATT donde se cuestiona la centralidad y el reducido número de Terminales, según esta investigación los usuarios de Lima requieren una mayor oferta en el número de terminales y rechazan la propuesta de la Municipalidad de Lima.

¹⁷⁰ En los proyectos sobre los terminales de Chiclayo y Trujillo, los municipios aportan los terrenos.

- d) La concesión del sistema de terminales terrestre será otorgada por el plazo de 40 años, según la cláusula 4.1 del proyecto del contrato y el numeral 1.5.2 de las Bases ¹⁷¹.
- e) La elección de un solo operador con experiencia internacional, el cual debe cumplir con los siguientes requisitos:
- Patrimonio neto no menor de U\$ 7.000.000.00, según el numeral 9 de las Bases.
 - Experiencia de operación de 200,000 buses al año ¹⁷²
- f) Terminada la concesión, conforme a la cláusula 7.6.1 del contrato, el Concesionario deberá transferir en propiedad los terrenos, así como las construcciones y equipamiento de los terminales a la Municipalidad de Lima ¹⁷³.
- g) Los ingresos del Concesionario, conforme a la cláusula 13.1 del contrato y al numeral 1.5.7 de las Bases, serán los siguientes:
- Tarifa de embarque por pasajero.
 - Tarifa por uso de rampa por embarque y desembarque.
 - Alquiler locales comerciales, almacenamiento de encomiendas y estacionamientos. Es advertir que los locales comerciales (restaurantes, hoteles, casinos, etc) como negocios anexos podrían convertir a los terminales terrestres, innecesariamente, en un centro de aglomeración de actividades económicas, las cuales podrían contribuir a saturar excesivamente las zonas urbanas aledañas a los terminales terrestres, obteniéndose de esta manera los mismos efectos que se desean evitar con el proyecto.

¹⁷¹ Esto define la naturaleza exclusiva de este esquema, el municipio limeño no entrega ninguna infraestructura al ganador de la licitación, ni siquiera los inmuebles sobre los cuales se construirán los terminales terrestres. Los postores participan con la convicción de que el municipio les otorgará una concesión que les garantiza una explotación exclusiva de estos servicios de embarque y desembarque, con la finalidad de recuperar la inversión en obras conectadas a una red de servicios, para ello requieren una concesión que les otorga la exclusividad por un plazo determinado.

¹⁷² Para muchos empresarios transportistas que manejan terminales terrestres propios en el país, este requisito constituye una barrera que les impide participar como postores. Ninguno cumpliría con dicha experiencia, en razón de que no se tiene antecedentes en el Perú sobre tal magnitud de operaciones de embarque y desembarque, menos hayan estado centralizadas en un solo operador que les permita acumular una experiencia de la magnitud que exige el municipio limeño.

¹⁷³ Al final del plazo de la concesión la Municipalidad de Lima convertida en un agente económico, dueña de un monopolio legal en su jurisdicción territorial, concentrando atribuciones normativas, de gestión y de fiscalización sobre actividades de embarque y desembarque de pasajeros, sin posibilidades que los usuarios puedan encaminar la defensa de sus intereses ante esta situación tan particular, el gobierno local como empresario.

- h) Durante la concesión el operador deberá trasladar el 2% de los ingresos totales a la Municipalidad Metropolitana¹⁷⁴, según la cláusula 9.19 del contrato de concesión y numeral 1.5.1 de las Bases¹⁷⁵.

Como encanto del proyecto y, para garantizar el retorno de la inversión del postor ganador más su rentabilidad, la Municipalidad de Lima con asesoramiento de PROINVERSIÓN¹⁷⁶, se compromete a lo siguiente:

- Expedición de Ordenanzas Municipales sobre zonificación, circuitos viales y zonas de exclusión (medidas contra los actuales y los potenciales operadores) para garantizar una demanda tal que haga rentable la operación del Terminal Terrestre¹⁷⁷.
- Contrato de Estabilidad Jurídica¹⁷⁸, todos los proyectos asumen este compromiso.
- Apoyo de los gobiernos locales para que el postor ganador pueda obtener los permisos y autorizaciones que se necesitan para ejecutar el contrato¹⁷⁹.

¹⁷⁴ La Municipalidad de Lima, no deberá esperar la finalización de la concesión para beneficiarse de los ingresos de la operación económica del modelo de los terminales terrestres. Desde el inicio de la operación se convierte en un socio del operador, con ello el gobierno local asume la condición de agente económico en el mercado de los terminales terrestre, sin necesidad de una habilitación legal.

¹⁷⁵ En el caso del Proyecto del Terminal de Chiclayo, quien otorgue una mayor retribución económica de los ingresos de la concesión al gobierno local, tendrá una mayor calificación, CIRCULAR N° 05-2004-GPCH/CEPRI-TT del 20.05.04. Esto es una demostración que la motivación no es la ordenación del tránsito en la ciudad sino una alternativa de adicional de ingresos para las arcas municipales.

¹⁷⁶ PROINVERSIÓN: Ficha Técnica, punto 3. Atractivos de la propuesta para el inversionista, disponible en: <http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/sd007.htm>. (30.05.06, hrs. 15.45)

¹⁷⁷ La propuesta que hace PROINVERSIÓN para Lima, difiere de aquella planteada por el Fondo de Inversión de la Municipalidad Metropolitana de Lima-INVERMET mediante el Decreto de Alcaldía No 018 del 16/02/1996, donde se disponía en el artículo 4°: “Concluida la construcción de los Terminales Terrestres será de uso obligatorio inmediato (...)”. Si bien PROINVERSIÓN abandona el esquema directo de monopolización, pero al final el objetivo de ambos proyectos es el mismo, asegurar la monopolización de las actividades de una u otra manera.

¹⁷⁸ Modelo Tipo de Convenio de Estabilidad Jurídica de Inversión Privada en Lima Metropolitana, aprobado según Acuerdo de Concejo N° 271-MML, de fecha 16/09/2004, al amparo del artículo 40° de la LOMP.

¹⁷⁹ Al respecto, vid. la cláusula 8.1 del proyecto de contrato para los terminales de Lima. La administración pública local al servicio incondicional del postor ganador, su socio económico.

La Municipalidad de Lima, asumiendo sus obligaciones que hemos descrito anteriormente, maneja de manera conjunta con los funcionarios de PROINVERSIÓN, un proyecto de ordenanza, en la cual se establecen barreras burocráticas. Barreras que tienen como propósito expulsar del mercado a los operadores privados que actualmente manejan terminales terrestres en la ciudad de Lima y también evitar en el futuro el acceso al mercado de potenciales inversionistas.

En el proyecto de ordenanza se utilizan las siguientes herramientas de restricción:

- a) Reducción en el número de vías para que las unidades interprovinciales accedan a la ciudad, los terminales terrestres que actualmente no se encuentren en las áreas lindantes con estas vías, dejarían de operar¹⁸⁰
- b) El establecer ubicaciones únicas¹⁸¹ y áreas mínimas¹⁸², todo terminal terrestre de la ciudad de Lima que incumpla con estos requisitos tendría que dejar de operar.

Estos requisitos mínimos sobre dimensiones de los Terminales Terrestres al margen de la regulación sectorial sobre terminales terrestre¹⁸³, tiene como propósito, impedir, en la provincia de Lima, operen pequeños y medianos terminales terrestres, al exigírseles mantener innecesariamente mayores inversiones en instalaciones y mantenimiento las cuales no responden a su real dimensión de sus operaciones comerciales¹⁸⁴; además de otras disposiciones¹⁸⁵ de

¹⁸⁰ Al respecto, vid. el artículo 31° del Proyecto de ordenanza: “Vías de Acceso a la Ciudad.- Son las vías autorizadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con carácter obligatorio para el ingreso y salida en el tránsito de vehículos que brindan el servicio de transporte regular de personas de ámbito interprovincial o internacional, las mismas que se señalan a continuación: i)- Panamericana Norte ii) Panamericana Sur. iii) Autopista Ramiro Prialé, iv) Carretera Central.”. Condenarlos a la inactividad, sin cancelarles sus licencias de funcionamiento, una verdadera expropiación regulatoria.

¹⁸¹ Al respecto vid. el artículo 7° del Proyecto de Ordenanza: “Ubicación del Terminal Terrestre. (...) 2) Ubicarse en esquina de dos vías, de las cuales por lo menos una deberá pertenecer al Sistema Vial Metropolitano (Expresa o Arterial) y la otra vía deberá ser Avenida con doble calzada para ambos sentidos de circulación provisto de un separador central. 3) El frente mínimo será de 150.00 metros lineales.”

¹⁸² Puede verse el artículo 8° del Proyecto de Ordenanza: “Áreas Mínimas. El área mínima con la que deberá contar cada Terminal Terrestre será de 3.5 hectáreas, la misma que podrá ampliarse en función a la demanda futura.”

¹⁸³ Al respecto, vid. los artículos 148° y 151° del D. S. No 009-2004-MTC, Reglamento de Administración de Transporte Terrestre, no impone estas condiciones, más bien exige dimensiones espaciales en proporción a la magnitud de los servicios de embarque y desembarque a realizar.

¹⁸⁴ La Municipalidad de Huancayo, a fin de restringir el acceso al mercado de terminales terrestres, mediante O. M. No 161-MPH-CM del 22/10/2003, inciso 3 del artículo 8°, impone el área

imposible cumplimiento que los condenaría a los actuales terminales terrestres, construidos bajo la regulación anterior a salir fuera del mercado.

De la misma manera se ha introducido en el artículo 12° del proyecto de ordenanza municipal un área de saturación, mecanismo que funciona como una barrera legal, sustentado en los problemas de congestión del tránsito de vehículos y de personas, una realidad concreta de nuestra ciudad, pero como veremos en el Capítulo 5.2 obedecen directamente a otros factores. Concentración de externalidades negativas, que han llevado a proponer la imposición de una distancia no menor de seis kilómetros entre Terminales Terrestres¹⁸⁶.

Resumiendo debemos decir que el esquema legal formulado por la Municipalidad de Lima con el asesoramiento de PROINVERSIÓN, refleja las siguientes características:

- a) Se distancian del esquema de monopolización abierta del primer proyecto, debido al fracaso de dicho esquema, pero no renuncian a la monopolización de manera indirecta.
- b) Declaración, vía normas locales, de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros del transporte interprovincial como servicios de titularidad estatal a favor de los gobiernos locales.
- c) Como corolario de lo anterior, la entrega de en concesión a un solo operador, cumpliendo así el compromiso asumido, otorgar en exclusividad dichos servicios a favor del postor ganador de la licitación.
- d) Eliminar o restringir la competencia actual existente y futura en la ciudad en beneficio del operador elegido y del municipio de Lima, mediante normas que impondrán altas exigencias, las cuales no vinculadas a la magnitud de las actividades de los operadores actuales y futuros.

mínima de 30,000 Metros cuadrados. El objetivo es eliminar cualquier operación mediana o pequeña que podría resultar más eficiente y por ende minar la operación del Terminal Terrestre que la Municipalidad patrocina.

¹⁸⁵ Como la descrita en el artículo 11° del proyecto de ordenanza del municipio limeño: los terminales terrestres interprovinciales se encuentran obligados a incorporar en sus instalaciones, sin usar para ello la vía pública, una vía de desaceleración interna de ciento cincuenta metros lineales, como mínimo, paralela a la vía metropolitana.

¹⁸⁶ Este mecanismo también ha sido impuesto por la Municipalidad de Huancayo mediante la Ordenanza No 161-MPH-CM, inciso 5 del artículo 8°, una distancia mínima de 4.5 Km., entre uno y otro terminal, el su casco urbano de la ciudad no es mayor a 8 km., convierte al primer terminal que se instale en el único de la jurisdicción.

- e) La Municipalidad de Lima convertida en agente económico, se beneficiará durante toda la concesión con parte del ingreso y al término de ella con la propiedad de las obras de la concesión.

La Municipalidad de Lima, como agente económico en el mercado de terminales terrestres, un mal ejemplo que puede irradiarse a otras actividades económicas, sin que se justifique tal situación, menos aún que tal contexto no se condice con una necesidad de intervención subsidiaria del ente público. El gobierno municipal, ejerce su *ius imperium* para consolidar una posición monopólica, a favor de un tercero del cual recibe un beneficio económico, no por capacidad, sino estableciendo un régimen de monopolio legal, el mismo que se encuentra expresamente prohibido en nuestro ordenamiento constitucional¹⁸⁷.

Éste es el esquema que PROINVERSIÓN, ha propuesto a la ciudad de Lima y que ha replicado dicho modelo para los demás gobiernos locales del interior del país.

3.2.- El contrato de concesión de servicios públicos y obras de infraestructura pública.

El contrato de concesión sobre servicios públicos y de obras de infraestructura públicas, como cualquier contrato estatal¹⁸⁸, es un instrumento de colaboración que se celebra entre la administración pública y los particulares, con el fin de satisfacer los intereses de la colectividad y/o satisfacer las necesidades propias de la existencia del Estado¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Al respecto, vid. el artículo 61° de la Constitución: “...Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.”

¹⁸⁸ No utilizamos el término contrato administrativo, por cuanto nuestra legislación y la práctica contractual estatal, rechaza la clasificación dualista sobre los contratos con el Estado, somos tributarios de la teoría unitaria, esbozada por SAYAGUÉS LASO, Enrique, Ob. cit., p. 531. vid. también ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Contrato-Ley. Los contratos de estabilidad jurídica. Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 72. De igual modo vid. LINARES, Mario. El contrato estatal. Grijley, Lima, 2002, p. 2- 9.

¹⁸⁹ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires-1979, T. III-A, Pág. 20. “Para el cumplimiento de sus fines administrativos, el Estado, a través de la Administración Pública, actúa o puede actuar en dos formas distintas: ejerce por sí mismo la actividad respectiva o utiliza al administrado o particular para que colabore con él”.

Según Ariño, el contrato de concesión aparece cuando el Estado cargado de dogmas liberales y el advenimiento de una sociedad urbana e industrial con nuevas necesidades públicas, además de aquellas arrebatadas a la propia sociedad, estaba impedido de hacerse cargo directamente de esas nuevas responsabilidades, la concesión aparece como el “mecanismo genial” que resolvía este debate ideológico¹⁹⁰.

Entender su naturaleza, es necesario precisar su origen y su diferencia con otros términos como la autorización¹⁹¹. La concesión nace bajo una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, titularidad estatal de la cual disponen discrecionalmente¹⁹². Actividades económicas que no eran intrínsecamente públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado. Aunque la Administración en la concesión no cede la titularidad de la actividad, sino su ejercicio¹⁹³.

La autorización en confrontación con la concesión, corresponde a ser una mera declaración jurídica de la autoridad administrativa sobre la acción de los particulares, en actividades económicas no reservadas al ente estatal, tal vez altamente regladas, donde concurren en el solicitante las condiciones exigibles legalmente para ejercitar un derecho que la autorización pretende¹⁹⁴.

El contrato de concesión de servicios públicos no se encuentra dentro de los contratos estatales que se mencionan en la Ley No 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La regulación del contrato de concesión se realiza mediante el D. S. No 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango

¹⁹⁰ ARIÑO, Gaspar, El nuevo servicio público, Ob. cit., p. 21.

¹⁹¹ Título habilitante, reglado, también se utilizan los términos: licencia o permiso. Acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, pertenece al sujeto con anterioridad. La autorización simplemente declara su conformidad a derecho y correspondiente legitimidad del derecho preexistente. La autoridad simplemente tiene potestad de control estrictamente sujeta al ordenamiento. Al respecto, vid. MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L. “La regulación económica en España”, en: *El nuevo servicio público*, Ob. cit., p. 237-239.

¹⁹² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, Ob. cit., p. 137.

¹⁹³ ARIÑO, Gaspar, Ibid.

¹⁹⁴ DESDENTADO DAROCA, EVA. El Precario Administrativo. Un Estudio de las licencias autorizaciones y Concesiones en precario. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 67.

de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su Reglamento D. S. No 060-96-PCM.

El contrato de concesión se define como el contrato estatal¹⁹⁵ por excelencia, a pesar que su nacimiento se da con normas de orden público y su ejecución se somete a las normas de derecho privado, el Estado mantiene una presencia permanente, vía sus diferentes órganos de control, supervisión y fiscalización, caen en la esfera del ámbito regulatorio del Estado. La razón de esta acción tiene el basamento de la protección o preservación del interés público superior, en particular proteger los derechos de los consumidores o usuario conforme lo establece el artículo 65 de la Constitución.

La concesión no es un contrato que se utiliza para cualquier actividad, el Estado la utiliza para emprender una gestión indirecta en la prestación de servicios públicos y las obras que se requieren para las infraestructuras públicas, donde previamente se ha declarado una reserva a favor del Estado en estas actividades. Infraestructura pública implica construcción de obras conectadas a una red, para la prestación de servicios bajo titularidad pública¹⁹⁶. Sin dejar de mencionar que la concesión como institución jurídica es usada también como instrumento de regulación para el otorgamiento a particulares de la explotación de los recursos naturales escasos o no renovables¹⁹⁷

¹⁹⁵ El tema de su naturaleza es polémico, como acto administrativo, algunos consideran que es de naturaleza privada por la preponderancia del derecho privado en su ejecución, para otros es un contrato híbrido se aplica el derecho público y privado y por último dentro de la misma línea es un contrato privado montado o asegurado en una norma estatal. Al respecto, vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos, en: *Lecturas Escogidas del curso Contratación Pública*, Maestría en Derecho de la Empresa, PUCP, Lima, 2005, T. II, p. 7. También vid. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”, Ob. cit., pp.102-103. De igual modo vid. GÓMEZ DE LA TORRE, Andrés. “Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?”, en: *Ius et veritas*, No 22, Lima, pp. 77-80. Asimismo, vid. DANÓS ORDONÑEZ, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones”, en: *Advocatus*, Año II, Segunda Entrega, Lima, 2000, pp. 56-57.

¹⁹⁶ La diferencia es sutil, en tanto la concesión de servicios públicos representa una actividad que el particular realizará en reemplazo del Estado, de quien se puede recibir bienes públicos o es necesario aportar bienes o construir obras percibiendo un ingreso por el costo de mantener en servicio dicha actividad; en el caso de la concesión de infraestructura pública hay una obligación principal de fabricar una obra para luego con los ingresos que se perciben de los usuarios de la misma por un plazo determinado amortizar el costo y el mantenimiento del servicio de la obra. También vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. “Concesión de Servicios Públicos”, Ob. cit., p. 1-2. También vid. GÓMEZ DE LA TORRE, Ob. cit., p. 80-81. De igual modo vid. GUGLIELMI, Gilles. Gestión Privada de los Servicios Públicos, en: *Serie Servicios Públicos*, No 9, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 108.

¹⁹⁷ Si bien la concesión de servicios públicos e infraestructura le ha servido como base, actualmente contiene su propio desarrollo y características muy diferenciadas en cuanto a su

En cuanto al tema conceptual de la concesión sobre servicios públicos y obras de infraestructura, Zegarra Valdivia establece una definición muy precisa al respecto:

“...(La concesión) no es más que una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, representado por una entidad administrativa designada por Ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión”¹⁹⁸.

En el contrato de concesión, las partes y los intereses contractuales se encuentran identificados y resumidos a los coparticipes del contrato, el Estado y el particular, pero el Estado no participa para obtener un servicio o un producto específico para sí, en el contrato de concesión, si bien participa el Estado y el particular en su suscripción, pero los efectos del mismo recaen en el público usuario del servicio o de la infraestructura, con lo cual hay obligación de la administración de mantener sus prerrogativas o potestades estatales hasta la culminación de la ejecución del contrato de concesión, o ante el incumplimiento solicitar la reversión a favor del Estado.

Lo anteriormente expuesto, nos lleva a identificar algunos elementos esenciales en el contrato de concesión, tal instrumento solamente es utilizado por la administración en actividades económicas que sean servicios públicos o infraestructura pública donde sea factible brindar servicios públicos o servicios de uso general a la población¹⁹⁹, y en tales actividades el Estado es titular de las mismas por una *publicatio* previa y no las desea realizar directamente sino a través de la empresa privada²⁰⁰.

tratamiento incluso a nivel constitucional. Al respecto, vid. el artículo 66° de nuestra Constitución de 1993.

¹⁹⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”, Ob. cit., p. 102.

¹⁹⁹ Caso contrario podríamos estar hablando de un contrato de obra.

²⁰⁰ Esta decisión depende de la opción política del gobernante de turno de no inmiscuir al Estado en un rol gestor sino todo lo contrario en su rol de regulador y de control.

El contrato de concesión, no es un instrumento que utilice la administración pública como un mecanismo de intervención estatal en la economía²⁰¹. Las únicas actividades donde el Estado se encuentra habilitado a intervenir, son las establecidas en vía de interpretación de los artículos 58° y 60° de la Constitución pero de forma excepcional, en su rol subsidiario. Cuando el mercado no está en capacidad de proveer a los usuarios de los servicios públicos y de la infraestructura necesaria en un régimen de competencia o existiendo tal régimen la ausencia de supervisión puede conllevar a la oferta de servicios degradados o discriminatorios.

El Estado asume su rol supletorio de la iniciativa privada y establece su mecanismo de intervención en la economía para garantizar que los usuarios mantengan la provisión de dichos servicios y la infraestructura necesaria, esto incluye tomar medidas extremas de intervención²⁰². El Estado como regulador y responsable de garantizar la provisión de los servicios públicos a nivel constitucional, puede decidir legislativamente que servicios públicos se darán en régimen de concesión o de autorización²⁰³. También hay un reparto, una vez declarada la titularidad estatal de los servicios, los servicios locales para los entes municipales, fuera de ellos pertenecen al gobierno regional o nacional.

Servicios públicos o infraestructura pública, previamente declarada la *publicatio* de estas actividades económicas, dentro del ámbito de las competencias otorgadas a los entes públicos y bajo gestión indirecta de las entidades estatales, podemos decir que estamos ante un contrato de concesión. Cualquier elemento ausente a los señalados,

²⁰¹ Al contrario, el régimen de concesiones es posterior a la decisión del Estado de intervenir gruesamente en la economía. Una vez tomada la decisión, solo si se opta por la intervención indirecta se recurre al contrato de concesión.

²⁰² El Estado ejecuta dicha intervención, por una reserva estatal del sector o aplicando una intensa reglamentación., la primera como regla genérica se encuentra descartada por nuestra actual Constitución, pero se acepta excepcionalmente para cumplir con los fines del rol subsidiario del Estado y que legislativamente se viene dando, especialmente en materia de servicios públicos.

²⁰³ No existe uniformidad en nuestro ordenamiento jurídico que servicios públicos deben adjudicarse en concesión, en el sector Comunicaciones los servicios que se denominan públicos se da en un régimen de concesiones. Al respecto vid. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación..., Ob. cit., p. 356-357. En el transporte de pasajeros no hay tal denominación, solo es otorgado en régimen de concesiones por motivos excepcionales, no en función al tipo de servicio sino a las restricciones y limitaciones físicas u operativas del servicio donde se va prestar.

determinará que nos encontramos frente a una mera autorización o cualquier contrato estatal, pero no un contrato de concesión.

3.3.- La concesión y los servicios de transporte terrestre de pasajeros.

Existe un equivocado tratamiento terminológico de la concesión en las normas de transporte terrestre, LTTT y el RNAT, en algunos casos establecen sinonimias entre la autorización y la concesión. Denomina concesión de transporte interprovincial de pasajeros cuando en realidad se está refiriendo a una autorización²⁰⁴. Se hace más evidente el equívoco si verificamos el artículo 12° del mencionado reglamento²⁰⁵. Estos yerros se mantienen a pesar de que el RNAT realiza una aclaración operacional de los términos en capítulos separados de ambas categorías, donde se diferencia cuándo estamos ante una autorización y cuándo ante una concesión²⁰⁶.

No obstante, en materia de transporte terrestre provincial, normativamente, la concesión coincide con la necesidad de restringir discrecionalmente el acceso a los operadores en el transporte urbano²⁰⁷. Si bien el centro de atención de la norma no es la concesión misma sino el proceso de licitación²⁰⁸, necesidad de transparencia en su

²⁰⁴ Al respecto, vid. los artículos: “3.5.- Autorización: Acto administrativo mediante el cual la autoridad competente otorga a una persona natural o jurídica, según corresponda, concesión interprovincial, permiso de operación, permiso excepcional o permiso eventual para prestar servicio de transporte terrestre.” y el “3.12.- Concesión Interprovincial: Acto administrativo mediante el cual la autoridad competente autoriza a una persona natural o jurídica, según corresponda, la prestación del servicio de transporte terrestre.”

²⁰⁵ Al respecto, vid. el artículo 12 inciso b.1: “Otorgar autorizaciones en forma de concesiones interprovinciales, permisos de operación, permisos excepcionales y permisos eventuales, para la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas de ámbito nacional, según corresponda; así como permisos de operación para la prestación del servicio de transporte de mercancías para operar en todo el territorio de la República”.

²⁰⁶ Al respecto, vid. el Capítulo III del Reglamento de la LTTT, sobre la regulación de las autorizaciones que se otorgan y, el Capítulo IV sobre la regulación de las Concesiones que se pueden conceder así como el proceso para su adjudicación.

²⁰⁷ Al respecto, vid. el artículo 3.11: “Concesión: Contrato administrativo mediante el cual la Municipalidad provincial competente, luego de un proceso de licitación pública, concede a una persona natural o jurídica el derecho de prestar el servicio de transporte terrestre regular urbano de personas.”

²⁰⁸ Tampoco todas aquellas que se denominan concesiones administrativas se otorgan necesariamente vía licitación pública, podemos encontrar varios ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico se otorgan a solicitud de parte: artículo 127 del Reglamento de Telecomunicaciones,

otorgamiento, todos los gobiernos locales deben someterse ha dicho proceso, como un mandato derivado de las políticas nacionales sectoriales.

En materia de transporte terrestre de pasajeros, el contrato de concesión aparece como una herramienta a ser utilizada de manera excepcional por el Estado²⁰⁹, en su rol subsidiario de garantizar que la mayoría de la población acceda al goce de los servicios de transporte Terrestre de manera regular y permanente, también ante la deficiencias técnicas de demanda u oferta en determinadas rutas, contaminación ambiental o por saturación vial²¹⁰. Como refiere el artículo 4.2 de la LTTT, el Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. Estas situaciones de insuficiencia de la iniciativa privada, áreas urbanas con alta congestión vehicular y contaminación ambiental, el legislador, para conjurar la situación excepcional, autoriza al gobernante de turno emplear todos los mecanismos legales que estén en armonía con el orden constitucional, la concesión es uno de estos mecanismos.

La LOMP y la LTTT no establecen ningún régimen genérico de reserva estatal, en materia de transporte terrestre, lo que hacen es establecer algunas medidas excepcionales de restricción de acceso y permanencia en el mercado a los particulares, en función al interés público superior que representan las actividades del transporte terrestre de pasajeros, los entes estatales, ante una saturación de las vías, pueden pasar de un régimen de autorizaciones a uno de concesiones²¹¹. Asumen un papel de discrecionalidad en el acceso en estas actividades como una manera de lograr el objetivo de reducir el número de unidades en vías saturadas o reducir la contaminación ambiental que genera el exceso de motorización de las ciudades.

artículo 5 del Reglamento de Servicios y Concesiones Postales, pero en realidad tienen todas las características de ser autorizaciones.

²⁰⁹ De la lectura del RNAT, la autorización viene hacer la figura típica a través de la cual se accede a la prestación de todos los servicios de transporte terrestre de personas y mercancías en vehículo automotor, más bien la concesión corresponde a una situación de excepcionalidad frente a determinadas situaciones taxativamente establecidas en la norma.

²¹⁰ La Primera Disposición Final de la LTTT le asigna a la Municipalidad Metropolitana de Lima sumar otros motivos adicionales para someter a concesión áreas o vías, considerando factores relacionados con la salud y seguridad de las personas, calidad del servicio y distorsiones o limitaciones a la libre competencia.

²¹¹ Esta habilitación se la otorga el artículo 81° inc. 1.4 de la LOMP y en materia de Transporte el artículo 17.1 de la LTTT.

Estas habilitaciones de gestión indirecta por concesión, en el ámbito local, sólo es de aplicación para el transporte provincial y sus actividades complementarias los paraderos y terminales terrestres provinciales. Esta habilitación legal permite que los gobiernos locales sean ejecutores de proyectos de terminales terrestres y paraderos de ruta en el ámbito provincial, tiene como propósito no sucumbir en la saturación del espacio físico del casco urbano de la ciudad²¹².

La LTTT y el RNAT excluyen la posibilidad de someter a un régimen de concesiones la actividad del transporte interprovincial de pasajeros, así como a sus infraestructuras complementarias, los terminales terrestres. Tanto el régimen de habilitación para prestar el servicio de transporte interprovincial de pasajeros así como los servicios de embarque y desembarque de pasajeros se accede mediante autorizaciones²¹³, salvo que nos encontremos con una saturación en el tránsito carretero, en tal caso habría causal suficiente y respaldo legal para implementar un régimen de Concesiones. A pesar de lo dicho, la frase concesión interprovincial que usa el reglamento y las resoluciones respectivas que habilitan a las empresas de transporte interprovincial, se refiere netamente a un régimen de autorizaciones.

El transporte interprovincial con su bajo nivel del parque automotor²¹⁴ es improbable que pueda representar un tema de saturación en las vías tanto en las carreteras como en las zonas urbanas. Mas bien la causa de la saturación vehicular urbana obedece al excesivo parque automotor de las ciudades, en especial la ciudad de Lima, aunado al hecho evidente que la movilización de los vehículos interprovinciales se focaliza en las carreteras, fuera de las áreas urbanas, no alcanza a ser un factor para que el

²¹² Un ejemplo, la ciudad de Lima soporta un tráfico diario de 880, 000 vehículos, 2/3 partes del parque automotor del país, es fundamental que la autoridad tenga ingerencia en establecer paraderos de ruta y terminales provinciales, datos disponibles en www.CIDATT.com.pe/parque2000. (11.09.06, hrs: 16.22).

²¹³ Al respecto, vid. el artículo 58° del RNAT de la LTTT.

²¹⁴ Es de 3,672 unidades, CIDATT. Estudio de Mercado del Transporte Interprovincial de Pasajeros en el Ámbito Nacional. CIDATT, Mayo 2006. p. 7. frente a las 80,000 unidades vehiculares urbanas. MTC. PERU: Parque vehicular 1999-2005. datos disponibles en www.CIDATT.com.pe/parque2000. (11.09.06, hrs: 16.22).

gobierno central o regional según sea el caso, pueda verse obligado a implantar un sistema de Concesiones²¹⁵.

Las infraestructuras complementarias al transporte interprovincial de pasajeros, los terminales terrestres, conforme al artículo 8° de la LTTT se encuentran librados a un régimen de libre competencia expresamente declarada, no existiendo la declaración de una *publicatio* sobre estas actividades económicas, es improbable aceptar la imposición de un régimen de concesiones por parte del gobierno central o gobiernos regionales, menos de los gobiernos locales quienes además no tienen competencia para normar ni fiscalizar su organización interna, salvo los permisos previos para su instalación, funcionamiento y accesos viales.

²¹⁵ Las postergaciones que se han dado en las concesiones viales, se ha debido a la escasa motorización de nuestras carreteras que no garantizaban un flujo vehicular que permita financiar la construcción de las carreteras. INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA, Ob. cit., Lima, 2005, p. 48-49.

TERMINALES TERRESTRES INTERPROVINCIALES

4.1.- Antecedentes.

La existencia de los terminales terrestres interprovinciales en el Perú, se remonta al propio desarrollo de las actividades del transporte público de pasajeros entre Lima y las demás ciudades importantes del país. Surgen también las primeras regulaciones sobre estas actividades, dentro de un régimen jurídico de tutela de las actividades económicas de los privados por el Estado²¹⁶.

El primer antecedente normativo²¹⁷ data de 1941. Simplemente se requería de los operadores, precisar los terminales, es decir el inicio o final del trayecto (Inc. f artículo 1º). Luego el artículo. 47º disponía que los terminales a los cuales hacía referencia, era el estacionamiento en la vía pública. La regulación del transporte

²¹⁶ Durante la vigencia de las Constituciones de 1933 y 1979, el transporte de pasajeros se mantuvo como un servicio público de titularidad estatal, fijándose las tarifas por comisiones reguladoras. La Ley No 8429, D. L. 10889, D. L. No 14167 y D. L. No 17063 emitidos por las diversas dictaduras para insertarse en la vida legal del país, no cambiaron dicho marco jurídico.

²¹⁷ La R. S. del 23/09/1941, no diferenciaba el transporte urbano del transporte interprovincial. La regulación se hacía en función al tipo de vehículo con el cual se efectuaba el servicio, es decir, era un reglamento para el transporte colectivo de pasajeros en ómnibus.

interprovincial desde un inicio se ha mantenido como política sectorial a cargo del gobierno central²¹⁸.

La poca movilidad de pasajeros entre las ciudades, en la primera mitad del siglo XX utilizando el automóvil, no generaba efectos negativos en el tránsito de las ciudades, especialmente en la ciudad de Lima²¹⁹. Pero la proliferación de esta actividad, debido a su posterior crecimiento con la introducción del ómnibus y la atomización de la propiedad, generó preocupaciones en las autoridades. El embarque y desembarque de pasajeros era efectuado en la vía pública.

El gobierno central no exigía a los operadores instalaciones, con las cuales se hubiera evitado invadir la vía pública y así de esa manera reducir los efectos negativos al tránsito de la ciudad. Sólo se regulaba la utilización racional de los estacionamientos en la vía pública que estaban frente a los locales de las Agencias de Transporte, institucionalizando el uso privado de la vía pública²²⁰.

EL gobierno local de la provincia de Lima tomó algunas medidas contra las agencias de transporte en la ciudad, en la misma senda que el gobierno central, no hacía exigencia que éstas cuenten con una infraestructura básica, solamente expulsarlas de las vías principales de la ciudad, incluso dándoles el mismo tratamiento que al transporte de carga. Transportar personas no era un negocio de primera categoría para las autoridades locales²²¹.

²¹⁸ A partir de la Constitución de 1979, las Municipalidades asumieron competencia para regular el transporte urbano, la circulación y el tránsito en su jurisdicción, se materializó con el D. Leg. No 51 del 16/03/1981.

²¹⁹ El transporte de personas entre las ciudades de la costa se hacía preferentemente por mar, cabotaje en vapores. La R. S. 23/05/1946, autorizando el aumento de los pasajes a la Corporación Peruana de Vapores, prueba que esta modalidad aun competía con el transporte terrestre, sin dejar de mencionar el automóvil como vehículo preferido frente al ómnibus en el transporte interprovincial de pasajeros.

²²⁰ Al respecto, vid. el artículo 1º de la R. S.: “Toda solicitud para la apertura de Agencias de Transportes, será presentada a la Dirección General de Tránsito; única entidad que podrá autorizar la ubicación de estas, teniendo en cuenta las evidentes facilidades de que debe gozar el tránsito de vehículos en las diferentes arterias de la Capital.”.

²²¹ El D. A. del 24/07/1953, consideraba que: “...por razones de ornato (...) 1º. Queda prohibido el otorgamiento de licencias municipales de apertura para negocios de empresas de transporte de pasajeros y carga en las avenidas Tacna, Abancay, Nicolás de Piérola y Parque de la Universidad (...) 2º Todos los negocios que se instalen en dichas Avenidas-con excepción de los puntualizados- serán de primera categoría...”.

El primer intento por dotar de una infraestructura al transporte interprovincial en Lima surgió del gobierno central. Solución que tuvo como propósito resolver, únicamente el tráfico derivado de la sierra, preferentemente el transporte de carga, al cual se sumó al transporte de pasajeros²²². La norma paralelamente, impuso la monopolización de la actividad del embarque y desembarque de pasajeros y de carga a favor de una empresa inmobiliaria²²³.

Esta decisión no solamente fue cuestionada por las empresas de transporte, también los usuarios, consideraban que la ubicación del terminal terrestre no era la más adecuada, alejado del centro urbano, incrementaba los costos de movilidad, sobre todo, a los sectores de escasos recursos, quienes con mayor frecuencia utilizan este servicio. Luego de dos años, el gobierno ante una resistencia generalizada, dejó sin efecto la obligatoriedad del uso del terminal terrestre de San Pablo²²⁴, también con ello, el fracaso del primer intento de monopolizar esta actividad vía iniciativa pública.

Posteriormente se emite una norma complementaria para el transporte interprovincial en ómnibus²²⁵, sin cambio alguno. Se continúa con la política de incentivar a los transportistas de operar en la vía pública, a las cuales se les denominó las *Estaciones de Espera*²²⁶. Se reforzó la titularidad de los transportistas en el uso de la vía pública²²⁷.

²²² En el transporte hacia la sierra, estaba autorizado que pasajeros y carga viajen en el mismo vehículo, la. R. S. del 05/12/1956, simplemente legalizó esta realidad.

²²³ La R. S. del 15/11/1955 ordenaba que el: "...Terminal Terrestre, ubicado en la Urbanización San Pablo distrito de la Victoria (...) contribuye a resolver los urgentes problemas derivados del transporte de la Región de la Sierra (...) 2º.- A partir del 29 de los corrientes, el transporte de pasajeros y carga en vehículos motorizados, entre Lima y la Región sierra y viceversa, tendrá obligatoriamente como punto de partida...".

²²⁴ El artículo 2º de la R. S. del 30/11/1957 dispuso que solo: "...será usado solamente como Puesto de Control, sin estar obligadas las Empresas a dejar o recoger pasajeros en dicho lugar".

²²⁵ Al respecto, véase la R. S. del 12/08/1957.

²²⁶ El artículo 26º de la R. S. del 12/08/1957 dispuso que: "Las Empresas de Transportes que presten un servicio interprovincial o interdistrital, están obligadas a establecer en los puntos terminales y en los pueblos o ciudades principales de la ruta, estaciones de espera para el público, cuyos planos deberán ser aprobados por la autoridad respectiva".

²²⁷ El artículo 30º de la R. S. del 12/08/1957 estableció: "a) ...prohibido el funcionamiento de paraderos o estacionamiento de automóviles, en las aproximaciones de los locales de las empresas

Con los años, los omnibuses continuaron operando en la vía pública, lo que causó problemas al tránsito en Lima, esto llevó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a plantear por primera vez: las agencias de transportes deberían contar con patios o estacionamientos y dejen de usar la vía pública²²⁸. Obligación que muchas de las empresas de transportes hasta la actualidad no cumplen, debido a la desidia de las autoridades y su permanente prórroga en los plazos²²⁹. Actualmente la norma de zonificación veta la presencia de terminales terrestres en el centro de Lima, pero la pasividad de las autoridades de turno convierte en letra muerta el dispositivo, castigando con su desidia a las empresas que hicieron el esfuerzo económico de migrar a otras zonas de la ciudad y premiando con su inacción a las empresas infractoras que aún permanecen operando en la zona prohibida.

EL gobierno central también ensayó otras formas, exoneró de impuestos a las empresas de transporte en la adquisición de inmuebles para infraestructura de transporte²³⁰, sin fiscalizar tal beneficio²³¹. Por otro lado, frente a la imposibilidad de impedir el uso de la vía pública, se delegó en las autoridades locales se agencien de recursos propios por el uso de estas²³², con lo cual se reforzó la idea en los transportistas de no adquirir inmuebles, al tener la alternativa legal de usar la vía pública a un menor costo económico.

de ómnibus, legalmente establecidas; b) La distancia fijada para esta prohibición, no podrá ser menor de ciento cincuenta metros en ambos lados; c) ... serán sancionadas con una multa..."

²²⁸ La R. M. No 0046-75-TC/TE del 10.04.1975, ordenaba la erradicación de Agencias de Transporte que operan en la vía pública.

²²⁹ La R. M. No 0097-75-TC/TE del 20.06.1975, dispuso la prórroga de los plazos para la reubicación de las Agencias de Transporte. No obstante que el artículo 131° de la O. M. N.° 062 del 15.07.94 ordena nuevamente la erradicación y el artículo 19° de la Ordenanza Municipal N.° 201 de fecha 12.04.99, prohíbe otorgar autorizaciones para terminales terrestres, actualmente continúan operando en el Cercado de Lima.

²³⁰ El D. L. No: 18387 exoneraba del pago del impuesto a la Alcabala y su adicional, a las empresas del servicio público de transporte para la adquisición de inmuebles, dicho beneficio se prorrogó sucesivamente con los Decretos Leyes: N° 19256, No 20037, No 21030 y No 21414.

²³¹ Recién con el D. L. No 22120, se dispuso una sanción para aquellos que hagan un mal uso de dicho beneficio.

²³² Con el D. L. 18813, se benefició a la Municipalidad de Lima y con el D. L. 22302, se amplió a los demás gobiernos locales.

La aprobación de un reglamento específico para el transporte interprovincial²³³, en el cual por primera vez se definía, artículo 143°, a los terminales terrestres como "... (los) locales destinados al despacho y recepción de los vehículos del servicio de transporte en ómnibus y así como a la atención de los usuarios.", esta definición se repetirá en todos los reglamentos promulgados con posterioridad. También, esta reglamentación, por vez primera reguló la organización interna y las áreas necesarias que deberían tener los locales de embarque y desembarque de pasajeros para ser considerados como terminales terrestres interprovinciales.

Los terminales, artículo 145°, eran clasificados en: *Obligatorios*, propiedad del gobierno nacional o de los gobiernos locales; y *facultativos*, propiedad de una empresa concesionaria o de una entidad particular. Los Terminales obligatorios podían ser explotados directamente por las entidades estatales o municipales o darlos a terceros mediante licitación, artículo 146°. Los proyectos de los Terminales debían ser aprobados previamente por el MTC, artículo. 147°. Las tarifas que abonen las empresas usuarias del Terminal, serán aprobadas por el MTC, artículo. 154°.

El nuevo régimen sobre terminales terrestres interprovinciales, fue consolidado años después con la dación de la primera Ley General y de Promoción del Servicio Público de Transporte²³⁴ Pero la ley, como el reglamento, no exigían a las empresas contar con la mencionada infraestructura para sus operaciones²³⁵, solo se convertía en obligatoria, cuando el MTC o el gobierno local las hubieran construido²³⁶.

²³³ Al respecto, véase el D. S. No 034-83-TC del 17/08/1983 modificado por el D. S. No 011-83-TC del 20/04/1983.

²³⁴ El artículo 37 del D. Leg. No 329 del 07/02/1985 dispuso que el Transporte Terrestre Interprovincial seguirá rigiéndose por el D. S. No 034-83-TC. Además el Inc. h) del artículo 1° define a los terminales terrestres como "...la infraestructura complementaria del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Pasajeros ubicada en lugar estratégico de las ciudades..."

²³⁵ El artículo. 26° del D. S. 034-83-TC, establecía una puntuación mayor para el otorgamiento de Concesiones de transporte interprovincial, más no era requisito indispensable para acceder a ellas.

²³⁶ EL único gobierno local que aprovechó este régimen fue la Municipalidad provincial de Tacna, construyó el Terminal Terrestre "Manuel A. Odría", hasta el año 2005 funcionaba como único Terminal en la ciudad, se ha sumado otro terminal, sin embargo, operan sólo empresas de ámbito regional y con provincias de la sierra, aún no constituye competencia para el terminal municipal de Tacna.

Al amparo de este nuevo régimen, el voluntarismo político tampoco ha sido ajeno a los terminales terrestres interprovinciales. El Congreso de la República, bajo la iniciativa de un parlamentario de Junín, logró la dación de una ley²³⁷, para la construcción de un terminal terrestre en la ciudad de Huancayo, involucrando a la municipalidad como destinataria final en la propiedad de dicha infraestructura, esta iniciativa nunca se concretó por falta de financiamiento.

Con la desregulación de todas las actividades económicas, en el país, a inicio de los noventa del siglo pasado²³⁸, el transporte terrestre no fue la excepción, se derogaron todas las normas sobre transporte interprovincial²³⁹, equivocadamente se pensaba que esto ayudaría a atraer inversión al sector, como en cualquier otra actividad, el mercado como único instrumento de desarrollo²⁴⁰. Ante el desorden, exceso de oferta²⁴¹ y el aumento de la siniestralidad en el sector²⁴², el gobierno se vio forzado a regular el transporte, aprobando un nuevo reglamento para el transporte interprovincial²⁴³. Este dispositivo, replicó el mismo sistema de terminales obligatorios y facultativos del derogado D. S. No 034-83-MTC.

²³⁷ La Ley No 25112 del 05.10.1989 dispuso en sus artículos: “artículo 1º .Declárese de necesidad y utilidad públicas y de primera prioridad, la construcción de un Terminal Terrestre en la ciudad de Huancayo, en un área de 100,000 metros cuadrados (...) artículo 3º. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, una vez terminada la construcción del Terminal Terrestre, transferirá dicho inmueble al Concejo Provincial de Huancayo para su administración.”.

²³⁸ Según Gonzáles Olarte: "La desregulación se hizo, en su mayor parte, con el mismo estilo del resto de reformas: lo más rápido posible y sin planificación (...) el mercado de transportes urbano y rural, cuyas características tan peculiares hicieron que pronto se notara que la desregulación no puede ser total". GONZÁLES OLARTE, Efraín. *El neoliberalismo a la peruana: economía política del ajuste estructural, 1990-1997*. IEP, Lima, 1999, p. 53.

²³⁹ Al respecto, vid. los D. Leg. No 640 y el D. Leg. No 642, se derogaron todas las normas sobre Transporte Terrestre. El país se quedó de un día para otro sin norma alguna.

²⁴⁰ Según Haro Seijas: "De la misma manera que adoptar una orientación económica para pensar las instituciones jurídicas no supone negar al Derecho el fundamental espacio que le corresponde en nuestra sociedad, desregular no consiste-como podría pensarse de un modo apriorístico- en eliminar por completo todo tipo de normas jurídicas.", HARO SEJIAS, José. "Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas", en: *Thémis*, No 50, Lima., 2005, Impreso, p. 153.

²⁴¹ El parque automotor del transporte público creció de 22,000 en 1991 a 45,000 el 2001. Al respecto, vid. RAMÍREZ URUETA, Luis. "El Problema del Transporte Terrestre en el Perú", en: MORALES, Lastenio. *La Problemática del Transporte Interprovincial de Pasajeros*. Transporte Terrestre, Lima, 2004, Documento No 06, p. 6.

²⁴² Según Ramírez en el Perú hay 32 muertos por cada 10,000 vehículos, ocupando el tercer lugar en el mundo en siniestralidad por accidentes de tránsito. RAMÍREZ URUETA, Ob. cit., p. 16.

²⁴³ Al respecto, vid. el D. S. No 013-92-TC del 02/04/1992.

La Constitución de 1993 que marca un cambio en nuestro modelo económico, "...distanciamiento de las concepciones políticas que asignan al Estado una intervención intensa y directa sobre el mercado."²⁴⁴, donde se reconoce que la libre iniciativa privada, es el motor de la actividades económicas, sin dejar de mencionar que el cambio se inició mucho más antes, como lo anota el propio Kresalja con la dación de 50 dispositivos específicos que significaron un cambio de rumbo neoliberal de la economía. En este nuevo contexto se aprueba un nuevo reglamento para el transporte terrestre interprovincial²⁴⁵.

El nuevo reglamento dispuso, por primera vez, la obligación a las empresas del transporte interprovincial de pasajeros, inc. f) artículo 27°, artículo 62° y, artículo 65°, para acceder a la concesión de una ruta, contar con terminales terrestres, los cuáles serán autorizados por el MTC. De igual manera, artículo 63°, implantó como competencia de los gobiernos locales señalar las vías de acceso y/o salida de los vehículos de los terminales terrestres²⁴⁶. Este régimen nunca entró en vigencia, artículo 64°, dispuso la emisión de normas complementarias, las cuáles jamás se dieron. Los terminales terrestres estaban al margen de la regulación y con ello las empresas de transporte sin la exigencia ni la seguridad jurídica de invertir en infraestructura básica para el desarrollo de sus actividades.

Este vacío de regulación, fue aprovechado por el municipio provincial de Lima. Pretextando tomar medidas para salvaguardar el Centro Histórico²⁴⁷, proyectó como medida prioritaria la construcción de un sistema de terminales terrestres pero bajo un

²⁴⁴ KRESALJA, Baldo. "La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993", Ob. cit., p. 276.

²⁴⁵ Al respecto, vid. el D. S. No 05-MTC del 12/04/1995.

²⁴⁶ Facultad de los gobiernos locales que se ha mantenido inalterable hasta la fecha.

²⁴⁷ Si el gobierno central se negaba a regular estas actividades, todas las ciudades del país como Lima, sufrían los efectos negativos de la ausencia del Estado en materia de terminales terrestre. La idea original de un sistema integrado de Terminales Terrestre Interprovinciales fue hecha por Ortiz de Zevallos, lamentablemente su propuesta fue tergiversada por el Municipio al plantearla al margen de la participación de las empresas del transporte interprovincial. Al respecto, vid. ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto. Urbanismo para sobrevivir en Lima. Apoyo, Lima, 1992, p. 148.

esquema de monopolización directa o abierta²⁴⁸. Los terminales terrestres privados autorizados son escasos en el centro de Lima²⁴⁹ y abundante las agencias de transportes que no los tienen o teniéndolos no son los adecuados para prestar dichos servicios.

La medida tomada, por el municipio, no correspondía a los objetivos que ellos mismos se habían planteado. Bastaba con erradicar a quienes no tenían las instalaciones adecuadas y la aplicación de la norma municipal de zonificación, a fin de lograr transferir las actividades de los terminales privados formales, fuera del Centro Histórico y sus áreas de influencia. Debido a la pretensión monopólica de la Municipalidad de Lima, los operadores privados recurrieron en denuncia ante la Comisión de Acceso al Mercado²⁵⁰.

El mismo modelo de monopolización abierta, de uso obligatorio para las empresas de transporte interprovincial, también lo impuso el municipio de Trujillo²⁵¹. El Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI, no se pronunció respecto a la obligatoriedad, la municipalidad la había eliminado con posterioridad a la

²⁴⁸ El D. A. No 018 del 16/02/1996, declaró de necesidad pública la construcción de un Sistema de Terminales Terrestres. “artículo 4.- Concluida la construcción de los Terminales Terrestres será de uso obligatorio...”.

²⁴⁹ Solo 6 Terminales autorizados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el Cercado de Lima y 29 en toda la provincia, para 267 empresas que operan en Lima. Demuestra que la mayoría opera en locales no adecuados. Datos disponibles en: http://www.mtc.gob.pe/portal/logypro/plan_intermodal/principal.html. (MTC 15/06/2006, hrs. 16.40).

²⁵⁰ El Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI confirmó el pronunciamiento de la Comisión, declarando que el modelo de concesión de los Terminales Terrestres de Lima, estableciendo la obligatoriedad de uso mediante normas municipales, son una barrera burocrática ilegal que impide el desarrollo de las actividades de los terminales terrestre dentro de un mercado de libre competencia, además de precisar que la regulación de dichas actividades le correspondían al gobierno central. Al respecto vid. la Resolución No 210-1998/TDC-INDECOPI del 07/08/1998.

²⁵¹ El artículo 2° de la O. M. No 03-97-MPT del 30/01/1997, dispuso que: “Todas las Empresas de Transporte de Pasajeros que brindan servicio entre Trujillo y las provincias de Ascope, Otuzco y Virú, obligatoriamente realizarán sus operaciones de embarque y desembarque, en el citado Terminal.”. Adicionalmente el artículo 1° del D. A. No 14-97-MPT del 02/03/1997, “Aprobar los recorridos siguientes en la ciudad de Trujillo, para las unidades de servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en ómnibus con destino a las provincias de Ascope y Virú.”.

interposición de la denuncia administrativa²⁵² pero mantuvo la restricción de los recorridos urbanos para las empresas, la cual fue declarada como una barrera ilegal²⁵³.

A pesar de haberse sustituido el modelo económico anterior, con la Constitución de 1993, los lineamientos generales en materia de transporte terrestre se dan años más tarde²⁵⁴, pero en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, se obvia declarar al transporte terrestre de pasajeros como una actividad de servicio público y solamente delinearla como actividad sujeta a reglamentación por interés público, marcando una gran diferencia con el régimen anterior. El artículo 4° de la LTTT, establece que la actividad privada en materia de transporte terrestre tiene la iniciativa preferente, la intervención del Estado se somete al rol subsidiario, al igual que en las demás actividades económicas, en conjunción con lo dispuesto en los artículos 58° y 60° de la Constitución.

En materia de terminales terrestres, artículo. 8° de la LTTT, promueve la iniciativa privada y la libre competencia en su construcción y operación. Se precisa por primera vez las competencias de las autoridades locales en materia de transporte terrestre, artículos 17° y 18°, cuya complementación se remiten a los reglamentos nacionales que se darían con posterioridad.

EL Reglamento Nacional de Administración de Transporte que se aprobó²⁵⁵, nunca entró en vigencia. Sus disposiciones no se ajustaban al marco constitucional y legal vigente, además de establecer disposiciones sobre bandas de precios y terminales obligatorios, que se convertían en verdaderas barreras de acceso al mercado del

²⁵² Posteriormente la Municipalidad de Trujillo mediante la O. M. No 10-97-MPT del 11/07/1997, dejó sin efecto la obligación de usar el Terminal Terrestre Municipal a las empresas que explotan la ruta de Trujillo a Virú y Ascope.

²⁵³ Estrategia municipal, de utilizar la facultad sobre las vías de acceso en la ciudad como barrera burocrática para impedir que sigan operando los terminales privados, fue declarada como una barrera burocrática ilegal, que vulnera las garantías a la libertad de comercio, libre iniciativa para la inversión privada y el libre acceso a las actividades económicas. Al respecto, vid. la Resolución No 0034-1998/TDC-INDECOPI del 06/02/1998.

²⁵⁴ Ley 27181 del 05/10/1999.

²⁵⁵ D. S. No 040-2001-MTC del 28.07.2001.

transporte²⁵⁶. Estos vacíos y deficiencias impedían su aplicación, pero generó expectativas equivocadas en varios gobiernos locales, como el caso del Terminal de Huancayo que su esquema de concesión se inició con el D.S. 040-2001-MTC.

Las contradicciones normativas entre la Ley y su reglamentación, en materia de terminales terrestres interprovinciales, llevó a algunas municipalidades, ante las buenas perspectivas de obtener ingresos al margen de las arcas del tesoro público, a gestionar transferencias de inmuebles o terrenos del Estado para la construcción de un terminal terrestre obligatorio²⁵⁷.

La Municipalidad de Ilo mediante el uso de ordenanzas municipales, ha construido un terminal terrestre, de uso obligatorio para las empresas de transporte²⁵⁸. Ante el reclamo de los operadores del transporte interprovincial, eliminó la obligatoriedad del uso del Terminal pero mantuvo las restricciones de acceso a la ciudad, limitándolo al terminal terrestre municipal²⁵⁹. Actualmente, dicha infraestructura no esta siendo usada, las empresas utilizan sus propias instalaciones.

Con la aparición de PROINVERSIÓN²⁶⁰, organismo de promoción de la inversión en el país, se ha reforzado la falta de claridad en el tema de los terminales terrestres interprovinciales. Se ha generado un interés incontenible de los municipios provinciales de llevar a cabo la ejecución de proyectos de concesiones de terminales

²⁵⁶ MTC. Política Sectorial para el Sector Transporte en el Perú. Separata Especial. El Peruano 17/07/2002, p. 5.

²⁵⁷ Al respecto, véase la Resolución No 001-2002-SBN-GO-JAD del 02/01/2002.- Transfieren terreno a favor de la Municipalidad provincial de Camaná, destinado a la construcción de un Terminal Terrestre. Ha pasado cuatro años y el municipio ha sido incapaz de financiar la obra.

²⁵⁸ Según el artículo 2 de la O. M. No 44-MPI del 26/05/1998 de la municipalidad provincial de Ilo, dispone que: “Las empresas Concesionarias u otras que presten el servicio público de transporte terrestre de pasajeros deberán utilizar el Terminal terrestre (Municipal)”.

²⁵⁹ Al respecto la O. M. No 051-MPI del 17(07)/1998, dispuso: “artículo 1.- Restrínjase el ingreso a la ciudad de los vehículos mayores y menores automotores que brindan servicio público de transporte interprovincial e internacional de pasajeros. artículo 5.- Las empresas Concesionarias y otras que presten el servicio de transporte terrestre interprovincial e internacional de pasajeros podrán utilizar el Terminal Terrestre...”.

²⁶⁰ Con el D. S. No 027-2002-PCM, el Ejecutivo fusionó la Dirección Ejecutiva FOPRI, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada-COPRI, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras - CONITE, y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú, creándose una sola institución, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada.-PROINVERSIÓN.

terrestres interprovinciales. Debido a que la propuesta les otorga la posibilidad a los gobiernos locales de agenciarse recursos adicionales, estableciendo para todas las empresas de transportes, el uso obligatorio de la infraestructura municipal o la de un tercero promocionada por el gobierno local.

El nuevo reglamento de administración de transporte²⁶¹, establece las competencias en los tres niveles de gobierno en materia de transporte interprovincial de pasajeros. Recoge el espíritu del marco constitucional y de la LTTT, la iniciativa privada como motor de desarrollo. Sin embargo una interpretación particular, de la LOMP, de la LTTT y del RNAT, ha permitido a PROINVERSIÓN promocionar dentro de los gobiernos locales, un esquema para someter a concesión los servicios de embarque y desembarque de pasajeros del transporte interprovincial.

Bajo esta interpretación, la Municipalidad de Lima por segunda vez se ha embarcado en un proyecto de concesión de terminales terrestres²⁶², al igual que la Municipalidad de Huancayo y los proyectos en camino de los municipios de Ica, Trujillo, Chiclayo y Cajamarca, todos bajo el esquema propuesto por PROINVERSIÓN, la monopolización encubierta de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros del transporte interprovincial.

El terminal terrestre de la municipalidad distrital de San Juan Bautista, está construido. A pesar de haberse cancelado todas las licencias de funcionamiento a los terminales terrestres privados en su jurisdicción²⁶³, no ha logrado que las empresas acudan al terminal terrestre municipal. La intervención del Municipio Provincial de Huamanga a fin de hacer obligatorio el uso del terminal²⁶⁴, ha provocado que las empresas denuncien este modelo de monopolización abierta ante la Comisión de

²⁶¹ D. S. No 009-2004-MTC del 03/03/2004 derogó al 040-2001-MTC

²⁶² Disponible en: <http://www.PROINVERSIÓN.gob.pe/oportunidades/SD/sd007.htm> (30.11.05, 16.40 hrs.).

²⁶³ Al respecto, Vid la O. M. No 004-2005-MDSJB/A.

²⁶⁴ La O. M. No 08-2005-MPH/A, dispuso la cancelación de todas las licencias de funcionamiento de los Terminales Terrestres privados y la obligación de uso del Terminal Terrestre del Municipio distrital de San Juan Bautista.

Acceso al Mercado²⁶⁵. El tema aún se encuentra por definirse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

El terminal terrestre interprovincial de Huancayo, el municipio, con el propósito de hacer obligatorio su uso ha decidido no otorgar licencias de funcionamiento para Terminales en su jurisdicción, vía el cambio de zonificación, además de imponer algunas barreras de acceso²⁶⁶, además de invadir competencias sectoriales²⁶⁷. Los operadores consideran que es un modelo monopolizador encubierto que pretende beneficiar al operador seleccionado por el municipio de Huancayo en perjuicio de los demás operadores y del público usuario, se les restringe su derecho a elegir en el mercado de servicios de transporte, el mismo que se encuentra sujeto a las reglas de la competencia²⁶⁸.

El modelo que viene siendo planteado desde los municipios por PROINVERSIÓN, si bien deja de lado la monopolización abierta o directa, la misma que ha fracasado en los anteriores proyectos²⁶⁹, pero no obstante mantiene el mismo espíritu, un solo operador en el mercado, vía la implementación de barreras burocráticas, en algunos casos ilegales en otros irracionales, valiéndose para ello de ordenanzas municipales, como si la regulación constitucional y legal en materia de transporte público no hubiese cambiado a partir de la dación de la Constitución de 1993 y posterior emisión de la LTTT..

²⁶⁵ La Resolución No 0025-2006/CAM-INDECOPI del 09/02/2006, primera instancia administrativa, les ha otorgado la razón y ha declarado que: "... (Las municipalidades) no pueden disponer el uso obligatorio y exclusivo del Terminal Terrestre Municipal Interdistrital e Interprovincial creado por ellas pues ello contraviene lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo No 757 que prohíbe a las entidades de la administración pública reservarse actividades económicas en su favor y lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley No 27181 que contempla un régimen de iniciativa privada y libre competencia en la explotación y operación de terminales terrestres."

²⁶⁶ Al respecto, Vid incisos 3 y 5 del artículo 8º, O. M. No 161-MPH-CM, área no menor a 30,000 metros cuadrados y una distancia no menor de 4,500 metros entre terminales.

²⁶⁷ Según la Ley LTTT y el RNAT, los terminales interprovinciales, su regulación, habilitación y fiscalización corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los gobiernos locales solamente precisan la zonificación, vías de acceso y licencias de construcción y funcionamiento.

²⁶⁸ La Resolución No 0205-2006/CAM-INDECOPI del 02.11.06, primera instancia administrativa, ha resuelto que el área mínima de 20,000 metros y una distancia mínima de 4,500 metros entre terminales, como requisitos de certificación para establecer terminales terrestres interprovinciales, constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales por razones de fondo y de forma.

²⁶⁹ Ver notas 250 y 253.

4.2.- Acceso a las actividades de los terminales terrestres.

Hablar de terminales terrestres, significa hablar del espacio complementario necesario, para que las empresas de transporte terrestre de pasajeros, puedan cumplir con el desarrollo de las actividades de traslado de pasajeros, de un lugar denominado origen hacia otro llamado destino, en función a las necesidades de estos pasajeros²⁷⁰, definición que se ajusta a la establecida en el artículo 3.31 del reglamento de la LTTT.

Un terminal terrestre, es una instalación física que se encuentra conectada a una red de servicios, por ello podemos considerarlo como una infraestructura, al igual que los puertos para el transporte marítimo y los aeropuertos para el transporte aéreo, pero con características distintas. Pretender instalar un puerto no solamente requiere la necesidad de su uso, es imprescindible contar con un accidente geográfico de factibilidad, de la misma manera un aeropuerto requiere un mega espacio suficiente para operar. Las inversiones en estas actividades son tan altas y riesgosas, por ello sus promotores y/o financistas buscan la intervención del Estado para garantizar el retorno de la inversión; monopolio y titularidad pública van de la mano en estos casos, en tanto un terminal terrestre no requiere ni de accidente geográfico, ni de grandes dimensiones en espacio, tampoco una alta inversión, salvo que se pretenda hacer una concentración artificial excesiva de estas operaciones en un solo lugar de las ciudades.

El empresario del transporte terrestre público de pasajeros, no solamente debe agenciarse de unidades vehiculares²⁷¹, para acceder a dicho mercado también se le exige una infraestructura básica o suficiente que permita a sus pasajeros embarcarse o desembarcarse de los vehículos automotores²⁷², espacios que ofrezcan condiciones

²⁷⁰ EL transporte en sí no es un fin en si mismo, no es un bien de consumo final, es un medio, se utiliza para conseguir otros fines, movilizarse para concretar actividades educativas, laborales, recreativas, etc. GINES DE RUS, Ob. cit., p. 5.

²⁷¹ Los artículos 38° al 46° del RNAT, precisan las condiciones, tipos, antigüedad y características de los vehículos para acceder como operadores del transporte terrestre público de pasajeros.

²⁷² El artículo 47° del RNAT, impone como obligación al transportista acreditar previamente que cuenta con terminales terrestres, estaciones de ruta, paraderos y oficinas administrativas que le

mínimas de seguridad y de calidad, tanto en origen como en el destino de la ruta que explotan, infraestructuras que se encuentran al alcance de los operadores y además estén en función al nivel de operaciones que realizan²⁷³.

Los terminales terrestres no son las únicas infraestructura con la cual se cubre la necesidad complementaria de embarque y desembarque de pasajeros en el transporte interprovincial²⁷⁴, el RNAT establece algunas otras alternativas como son las estaciones de ruta²⁷⁵ en ciudades menores y los paraderos de ruta²⁷⁶ en la periferia de las ciudades mayores o en zonas rurales donde la escasa concentración de usuarios no requiere de una infraestructura de las dimensiones de un terminal terrestre. Como vemos, la existencia de una infraestructura complementaria tienen mucho que ver con las necesidades de los usuarios, de la ciudad que se sirve y el nivel de operaciones que desarrollan los operadores involucrados²⁷⁷.

Esto trae a colación, que los servicios de embarque y desembarque de pasajeros, el empresario transportista, los concrete de manera directa o vía la tercerización, en el sentido que una persona natural o jurídica distinta de quien realiza las operaciones del traslado de pasajeros, se encargue de estos servicios complementarios a la operación del transporte interprovincial de pasajeros.

permita llevar a cabo una operación de transporte. A la cual se denomina infraestructura complementaria.

²⁷³ Última parte del artículo 151 del RNAT: “Todas las áreas y servicios del terminal serán diseñadas en función al mayor volumen de vehículos que embarquen y desembarquen en sus instalaciones, así como de mayor afluencia de personas.”

²⁷⁴ Específicamente el artículo 69° inciso g) del RNAT, impone como requisito previo para obtener una autorización a los operadores del transporte interprovincial acreditar la infraestructura complementaria.

²⁷⁵ Artículo 3.15 del RNAT, dice: " Estación de ruta: Infraestructura complementaria del servicio de transporte terrestre, cuya función es equivalente a la de un Terminal terrestre, aplicable a ciudades de hasta cincuenta mil (50,000) habitantes."

²⁷⁶ Al respecto, vid. el D. S. No 019-2006-MTC, también se considera el uso de paraderos de ruta para el embarque y desembarque de pasajeros en el transporte interprovincial de pasajeros.

²⁷⁷ El artículo 151° del RNAT establece las: “Condiciones técnicas para terminales terrestres del transporte interprovincial de personas (.....) Todas las áreas y servicios del Terminal serán diseñados en función al mayor volumen de vehículos que embarquen y desembarquen en sus instalaciones, así como de la mayor afluencia de personas.”

Dentro del ámbito de la iniciativa privada y la libertad de empresa, quienes realizan las operaciones de transporte de pasajeros pueden subcontratar los servicios de infraestructura complementaria de transportes de pasajeros, decisión empresarial de realizar aquellas actividades que desea asumir y aquellas que no las delega a terceros, siempre y cuando estas actividades no se encuentren dentro de las obligaciones de ley a conducirlas directamente frente al público usuario²⁷⁸.

Es evidente que esta decisión estará influida principalmente por la incidencia de los costos de organización de las empresas frente a los costos de transacción²⁷⁹, para algunos será rentable operar tales actividades de manera integral para otros el bajo nivel de sus operaciones les representa un alto costo en infraestructura que les impediría continuar operando, por lo que recurren a la subcontratación de las actividades de embarque y desembarque de pasajeros. Esta decisión del transportista de operar en terminales terrestres alquilados o propios se encuentra también respaldada por la posición asumida por el Tribunal constitucional²⁸⁰.

Actualmente, quienes acceden a explotar actividades de infraestructura complementaria en el transporte interprovincial, se someten a una regulación específica de autorizaciones administrativas, no existen normas a favor de algún nivel de gobierno que restrinja o tenga la titularidad sobre el acceso a las actividades que se desarrollan en las infraestructuras complementarias para el transporte de pasajeros. Conforme lo establece el artículo 8° de la LTTT, el Estado en materia de terminales terrestres promueve la iniciativa privada y la libre competencia en la construcción y operación de estas infraestructuras, son actividades de titularidad privada. Los operadores privados, tan solo deben cumplir con los requisitos del ordenamiento local

²⁷⁸ El artículo 148° del RNAT dispone que: “Los Terminales Terrestres y estaciones de ruta son instalaciones de propiedad pública o privada que permiten integrar el servicio de transporte, posibilitando la salida y llegada ordenada de vehículos...”.

²⁷⁹ La asignación de recursos de manera eficientemente, al respecto, Vid BULLARD GONZALES, Alfredo. Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Palestra, Lima, 2003, p. 100.

²⁸⁰ El Tribunal fue de la opinión que: “...para la realización del servicio de transporte público provincial e interprovincial, las empresas deben contar con terminales propios o alquilados, debidamente autorizados y cumplir los requisitos establecidos por cada comuna, uno de los cuales es el certificado de zonificación...”, Fj. No 2 de la STC. No 436-2005-PA/TC-Piura del 18.03.05.

y nacional, para tener asegurado el acceso a explotar actividades de infraestructura complementaria en el transporte terrestre público de pasajeros.

Los terminales terrestres interprovinciales a nivel de gobierno local, por tema urbanístico, se encuentran sometidos a un régimen de autorizaciones: de zonificación, compatibilidad de uso, licencia de construcción, conformidad de obra y licencia de funcionamiento²⁸¹. Además, los gobiernos locales señalan a los operadores cuales serán las vías de acceso y salida que deben utilizar las unidades de transporte para arribar y partir de los terminales terrestres ubicados en la ciudad²⁸², sin que esto constituya un respaldo a los gobiernos locales a que dicha potestad sea utilizada irracionalmente; como fue el caso del gobierno municipal de Trujillo o la pretensión subalterna de la municipalidad de Lima de restringir el acceso de los operadores actuales vía una ordenanza, convierten a la restricción de las vías de acceso, como mecanismo que le permita ir labrando el objetivo de beneficiar a un solo operador en perjuicio de los demás operadores que se encuentran en el mercado..

En cuanto a la habilitación técnica y fiscalización de los terminales terrestres, es decir, verificar dimensiones en función al nivel de operaciones y la organización interna, su regulación depende del ámbito de las operaciones que brindan las empresas, también dicha habilitación técnica es otorgada bajo un régimen de autorización. La habilitación corresponde ser otorgada por, según si transportan pasajeros dentro de una misma provincia, son competentes los gobiernos locales provinciales, entre provincias de una misma región, son competentes los gobiernos regionales²⁸³; si son empresas que movilizan pasajeros entre provincias de diferente región lo asume el MTC a través de la Dirección Nacional de Circulación Terrestre²⁸⁴.

4.3.- Terminales terrestres públicos y privados.

²⁸¹ Al respecto, vid. el artículo 16° Inc. b.6 del RNAT.

²⁸² Al respecto, vid. el artículo 155° del RNAT.

²⁸³ Al respecto, vid. el artículo 15° Inc. a.2 del RNAT.

²⁸⁴ Al respecto, vid. el artículo 12° Inc. b.2 del RNAT.

Actualmente las actividades de embarque y desembarque de pasajeros, en nuestro país, vienen siendo prestadas por las empresas privadas del transporte interprovincial de pasajeros, de conducción directa o en otros casos utilizan terminales de terceros y dentro de estos, se encuentra infraestructura que es propiedad de empresas privadas y de los gobiernos locales, propiedad pública. A pesar que las instalaciones físicas puedan ser propiedad de los entes públicos de ninguna manera se convierten en infraestructura pública, por cuanto no existe una declaración previa de *publicatio* que les permita ser consideradas como actividades de titularidad estatal.

Al margen de algunos casos de abuso de autoridad, en cuanto a imponer a las empresas privadas, el uso obligatorio de terminales únicos o centrales²⁸⁵, la libertad de empresa se ha venido respetando. Las empresas del transporte interprovincial son las que deciden si asumen directamente o subcontratan el servicio de embarque o desembarque de pasajeros con terceros. Existe un solo caso de uso obligatorio, el terminal terrestre de Tacna, sin embargo, debemos decir que la construcción e implementación se dio bajo los parámetros de la Constitución de 1979 y el derogado Decreto Ley No 329 y su reglamento, el D. S. 034-83-TC, normas que amparaban los terminales terrestres públicos de uso obligatorio.

Se han presentado algunos casos sobre uso obligatorio de los terminales terrestres pero han terminado como intentos fallidos. Podemos mencionar el Terminal Municipalidad de la provincia de Huaura, donde el Tribunal Constitucional de manera indirecta ha realizado un pronunciamiento de preservar la libertad de empresa de los operadores, vía el respeto a la libertad de contratar de las empresas de transporte interprovincial²⁸⁶.

Sin dejar de mencionar los peligros aún latentes contra dicha libertad, algunos gobiernos locales mantienen proyectos en ejecución sobre terminales terrestres, como

²⁸⁵ El Terminal de Lima, El Terminal de Trujillo, Terminal de Huancayo y el Terminal de Ayacucho.

²⁸⁶ Según el Tribunal: "...la referida ordenanza y las cartas notariales dirigidas por la comuna a la demandante no importan una limitación a los derechos fundamentales de LITSA, toda vez que son meras invitaciones a negociar un posible contrato para el uso de las instalaciones del Terminal terrestre (...) ninguna empresa de transporte está obligada a suscribir un contrato; pudiendo, cada una de ellas, de manera individual o conjunta, establecer otros terminales terrestres para el embarque y desembarque de pasajeros...", Fj. No 02 de la STC. No 257-2002-AA/TC-Huaura del 08.01.03.

el de la municipalidad de Ica, la municipalidad de Trujillo, municipalidad de Ayacucho bajo el asesoramiento económico legal de PROINVERSIÓN. Se intenta restringir la libertad de empresa en el tema de terminales terrestres, bajo el mismo esquema que la Concesión de los Terminales Terrestres de Lima, el querer convertir la actividad del embarque y desembarque de pasajeros interprovinciales como servicios públicos locales, para asumir competencia municipal e imponerles un régimen de actividades reservadas a su favor, con la finalidad de encaminar un otorgamiento discrecional de estas actividades en su circunscripción territorial.

Ante la presencia en el país de terminales terrestres privados y terminales terrestres públicos, se podría entender que las entidades públicas, los gobiernos locales, tiene el camino abierto para explotar las actividades económicas de embarque y desembarque de los pasajeros interprovinciales sea directa o indirectamente. Es más, podría decirse, para sustentar la presencia de las entidades públicas, que tales actividades representan un interés público superior, pueden en todo caso, dichos servicios haber sido afectados por una declaración de titularidad pública, reservada su gestión a favor de los gobiernos locales. Los terminales terrestres municipales que operan en forma exclusiva en ciudades de Tacna y Chimbote podrían ser los ejemplos palpables de la situación jurídica anteriormente descrita.

Esta situación de convivencia de terminales terrestres privados y públicos se encuentra recogida por normas subalternas sectoriales que regulan la actividad del transporte de pasajeros en ómnibus interprovinciales. Consideramos que dicha situación representa una equívoca lectura de casos específicos, los cuales no deben ni pueden ser generalizados. La presencia de terminales terrestres municipales con las características de exclusivos en algunas ciudades del país, no debe llevarnos a desconocer el esquema legal de libre iniciativa privada, hasta aquí expuesto. Debemos recordar que el nuevo régimen económico constitucional de rol subsidiario del Estado y de libre competencia, recién se inicia con la Constitución de 1993²⁸⁷, donde todas las actividades económicas son de libre iniciativa privada y que el Estado

²⁸⁷ Sin dejar de mencionar que 50 dispositivos emitidos entre 1991 y 1992 marcaron el inicio de tal cambio y que la Constitución de 1993 significó la consolidación de tal régimen. Al respecto, vid. KRESALJA, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, Ob. cit., p. 293.

solo interviene de manera subsidiaria o por un interés público superior o conveniencia nacional, habilitado por una ley de Congreso.

Anterior a este régimen, la Constitución de 1979, si bien establecía una economía social de mercado, tal declaración tenía un desarrollo distinto en su régimen económico al de nuestra actual Constitución. El Estado en aquella época privilegiaba no un rol subsidiario sino un rol interventor, que priorizaba la iniciativa pública sobre iniciativa privada, un rol gestor protagónico de las actividades económicas²⁸⁸. Los privados debían someterse a la decisión unilateral de los órganos estatales sin más declaración que la presencia de un interés público, cualesquiera éste sea, no interesando la intensidad, ni la necesidad superior, menos la racionalidad de la medida, bastaba el amparo de una norma para que el Estado intervenga las actividades económicas²⁸⁹. Esto no solamente era válido para el gobierno nacional, también los gobiernos locales tenían la potestad de formar sus empresas municipales y convertirse en agentes económicos de la noche a la mañana. No existía un desarrollo consecuente de defensa de la libertad de empresa, ni mucho menos defensa alguna contra el monopolio legal que de un momento a otro se podía instituir en cualquier actividad económica.

Estas características de nuestro régimen constitucional económico de 1979, determinó que las municipalidades y en especial la municipalidad de Tacna tenga las herramientas necesarias para imponer un esquema legal y económico de monopolio abierto en la operación de los terminales terrestres, emitiendo las disposiciones municipales necesarias, que privilegiaron la presencia de un solo operador a partir del 26 de noviembre de 1989 en la ciudad de Tacna, el terminal terrestre municipal Manuel A. Odría, de gestión municipal directa²⁹⁰.

²⁸⁸ El artículo 111° de la Constitución de 1979 disponía que: “EL Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio”.

²⁸⁹ El artículo 113° de la Constitución de 1979 habilitaba tal intervención: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.” artículo 114°: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado, actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades a favor de los peruanos”.

²⁹⁰ MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA. Terminal Terrestre Manuel A. Odría, disponible en. <http://www.munitacna.gob.pe/participacion/default.php> (25.05.06, Hrs: 15.55).

En el caso del terminal terrestre de Chimbote, la imposición de un solo operador en el mercado de terminales terrestre en dicha ciudad, se dio con la vigencia de la Constitución de 1993, se presenta como evidente que el municipio del Santa, se introdujo como agente económico en las actividades económicas privadas, aparentemente perpetró un atentado contra la libertad de empresa de los operadores privados que existían en aquella época. Aunque del texto de la sentencia del Tribunal Constitucional, llegada en vía de proceso de amparo, interpuesta por la empresa LIT PERU S.A., dicha resolución hace notar que la Municipalidad provincial del Santa, no impuso tal sistema de un operador único en el mercado, fue un acuerdo entre los operadores privados del transporte y el ente municipal, por tal razón el Tribunal no le otorgó la razón a LIT PERU. Esta empresa y demás operadores privados de la zona, optaron por someterse a un compromiso privado para utilizar el terminal terrestre municipal, una vez que éste se haya construido²⁹¹, según el Tribunal Constitucional no se afectaba la libertad de empresa ante tal iniciativa pública apoyada por los propios operadores privados.

De lo expuesto, podemos comprender, que la presencia de los terminales municipales actuales, su implementación se encuentra debidamente justificada. Antes de que se establezca el régimen económico instaurado por la Constitución de 1993, caso Tacna y en cuanto al terminal municipal de Chimbote, se instaló con la vigencia de la carta magna de 1993, su presencia se produjo en función a un acuerdo suscrito por la municipalidad provincial del Santa y los operadores privados, en todo caso, el acuerdo suscrito no impide que cualquier operador privado que no lo haya firmado o quién pretenda en el futuro incursionar en actividades de terminales terrestres, pueda solicitar permiso para construir y operar un terminal terrestre privado, pero respetando la zonificación y vías de acceso establecidas por el municipio.

²⁹¹ El pronunciamiento del Tribunal se alinea con el respeto al cumplimiento de los acuerdos privados entre las partes: "...a fojas setenta y cinco de autos, obra copia de un acta de acuerdos suscrita el día diecinueve de enero de dos mil, entre el representante de la Municipalidad demandada y los representantes de empresas de transporte que operan en la provincia del Santa, dentro de las que se encuentra la demandante; en la cual consta, el compromiso de las empresas de trasladarse a las instalaciones del Terminal Terrestre Municipal de Chimbote...", Fj. No 3 de la STC. N° 943-2000-AA/TC-SANTA del 18.10.01.

La negativa de la municipalidad supondría un atentado contra la libertad de empresa y la libre competencia, esto último en razón de que el órgano municipal se ha convertido en un agente económico, al ser conductor de un terminal terrestre, supondría contradecir lo normado por nuestra Constitución y lo desarrollado por el Decreto Legislativo No 757, artículo 6°, al derogar toda reserva de las actividades económicas a favor de los entes públicos, artículo 7°, rechazo al uso del *ius imperium* para realizar actos discriminatorio. Este razonamiento, es válido incluso para el régimen implantado en la ciudad de Tacna durante la Constitución de 1979, por cuanto tal rol interventor y gestor del Estado, ha sido sustituido por el régimen subsidiaridad donde el Estado ha optado por privilegiar la libre iniciativa privada y la libre competencia, y que en materia de transporte terrestre se desarrolla en la LTTT, en especial en el artículo 8°, los terminales terrestres son actividades de titularidad privada.

Lo paradójico de nuestro ordenamiento jurídico en materia de transporte terrestre, permite que una norma subalterna, sea quien refleje la realidad de la presencia de terminales terrestres públicos y privados, por cuanto en el artículo. 148° del RNAT se recoge dicha realidad y no en la LTTT. Se podría pensar que tal norma subalterna está sancionando un régimen distinto a la ley, donde el Estado pueda intervenir sin causa justificada como un agente económico más, en actividades económicas las cuales tampoco gozan de una declaración de reservadas o restringidas a la iniciativa privada. Dicha declaración en cierta manera se contraponen con los principios de iniciativa privada y de libre competencia expuesta en el artículo 8 de la LTTT., que refleja el mismo régimen económico establecido por nuestra Constitución.

No existe en la LTTT ninguna disposición, que sancione la permisibilidad o justifique la intervención genérica de los entes estatales en las actividades económicas de embarque y desembarque de pasajeros en ómnibus interprovinciales. La única interpretación razonable, sistemática e histórica, a lo expuesto por el RNAT, al convalidar la presencia de Terminales privados y públicos en una norma subalterna, obedece, a pesar de no existir ningún régimen de titularidad estatal declarada mediante ley, los terminales de gestión estatal son una realidad de nacimiento anterior a la Constitución actual como el caso de la ciudad de Tacna y en algunos casos por la anuencia de los propios operadores privados como el de la ciudad de Chimbote,

donde la inversión no viene de la empresa privada sino de fondos públicos.

La declaración contenida en el artículo 148° del RNAT, de ninguna manera admite una intervención estatal genérica en las actividades económicas de los terminales terrestres, simplemente refleja una realidad existente, situación especial que no se puede convertir en un ejemplo a replicar de manera automática en otras ciudades del país, por cuanto aquello no es el espíritu de nuestro ordenamiento constitucional y legal como hemos expuesto anteriormente.



ANÁLISIS DEL PROYECTO DE PROINVERSIÓN

Después de haber revisado algunos conceptos predefinidores, los cuales nos servirán para contrastar la correspondencia del proyecto de Terminales Terrestre de Lima con el ordenamiento constitucional y legal, dentro de aquello, confirmar lo expuesto en el capítulo 3.3 que el contrato de concesión no es la herramienta de colaboración adecuada para otorgarle viabilidad al modelo propuesto por PROINVERSION.

Cuando la Municipalidad opta por someter a licitación pública la adjudicación de la concesión de terminales terrestres interprovinciales de Lima, conforme se ha descrito en el capítulo 3.1, en síntesis, lo hace en función a los parámetros siguientes:

- La congestión vehicular en la ciudad
- Su naturaleza de infraestructura pública.
- Se ubican dentro del casco urbano de la ciudad
- Es una competencia que deriva de la autonomía municipal
- Titularidad pública para encaminar un régimen de concesiones

El primer aspecto es de índole extra jurídico, debido a que se vincula con el interés público superior de la comunidad limeña, adquiere un gran trascendencia que hace ineludible su análisis, el cual haremos con posterioridad.

5.1.- Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico.

Los terminales terrestres interprovinciales como infraestructura pública, es una declaración que no se ajusta a su realidad material ni a su naturaleza jurídica. Como hemos referido en el capítulo 3.3 las infraestructuras para la prestación de servicios públicos o de uso general del público, pueden ser públicas y privadas, el destino en el uso no las convierte necesariamente en públicas, ni tampoco restringidas a la iniciativa privada, menos podrían ser necesariamente materia de una concesión.

La regulación por el Estado tampoco las convierte en actividades de titularidad estatal, la normación por el Estado es parte de su rol vigilante dentro de la sociedad, sólo ocurriría por excepcionalidad, en vía subsidiaria, mediante un régimen jurídico determinado por una ley. Los terminales terrestres interprovinciales están considerados como actividades de titularidad privada²⁹², se confirma esta situación, con la declaración contenida en el artículo 8° de la LTTT, aspecto que PROINVERSION ha debido tomar en cuenta desde el inicio de la formulación del proyecto, a fin de no generar falsas expectativas en los gobiernos locales y los probables inversionistas, quienes participan asumiendo que dichas actividades son de titularidad estatal.

La presencia de diversas obras de infraestructuras dentro de una ciudad, es tema de lo más común y de necesidad, aunque a veces no son deseables, dichas infraestructuras generan externalidades negativas en su contorno urbano; tampoco es algo que sorprenda. Las ciudades cuentan con un sin número de obras de infraestructura destinadas a diversas actividades económicas, de ninguna manera tal situación puede determinar que la autoridad municipal de la jurisdicción, se adjudique competencias exclusivas, en función a la ubicación o a la existencia de impactos negativos que estas

²⁹² Es el criterio que viene siendo aplicado desde 1998 por el Tribunal de la Defensa de la Competencia de INDECOPI, al respecto, la Resolución No 0210-1998/TDC sobre los Terminales Obligatorios de Lima: "... (la Municipalidad de Lima) no ostenta la titularidad de la gestión y explotación de los terminales terrestres y, en consecuencia, no se encuentra facultada para otorgarlos en concesión...".

puedan generar²⁹³. Seguir este razonamiento nos pondría en la posición de afirmar que los hospitales estatales, las clínicas privadas, los puertos, los aeropuertos, o los supermercados, etc., deberían ser materia de proyectos exclusivos de gestión a favor de los gobiernos locales, debido al lugar de su ubicación o por los impactos negativos que estas obras de infraestructura generan. Para suerte de los titulares de dichas infraestructuras, existen límites sobre las autonomías territoriales locales, contenidos en leyes sectoriales, los cuales impiden que los entes municipales asuman competencias normativas, de gestión o de fiscalización sobre estas obras de infraestructura, salvo en los aspectos urbanísticos que las rodea.

Los terminales terrestres interprovinciales, son infraestructuras complementarias que permiten la prestación de los servicios de transporte terrestre público de pasajeros de ámbito interprovincial. De acuerdo a lo expuesto en el Capítulo 1.2, en materia de transporte terrestre de pasajeros que se presta de una provincia a otra, los intereses públicos que encarnan estas infraestructuras rebasan las competencias de las autoridades locales, se convierten en insumo normativo de las políticas regionales o nacionales conforme lo establecen los artículos 16° y 17° de la LTTT, cuestión que el proyecto de PROINVERSIÓN ha pasado por alto. No obstante, los gobiernos locales tienen la potestad de obligar a sus titulares a reducir los impactos negativos que producen estas infraestructuras mediante la regulación y gestión urbana, administrando una racional zonificación y precisando las vías de acceso en la ciudad.

Si bien estas competencias municipales aparecen como de importancia menor para la actividad del transporte terrestre, al final se convierten en herramientas que trascienden en la actividad, por cuanto pueden restringir o promocionar los servicios de transporte interprovincial de pasajeros al interior del casco urbano de una ciudad. Lamentablemente, PROINVERSIÓN lo ha convertido en un tema eje del proyecto, por cuanto estas competencias urbanísticas locales, procuran las herramientas para montar una estrategia de imposición de barreras burocráticas de acceso a los operadores privados, con esto equilibran en los gobiernos locales la ausencia de

²⁹³ Los impactos negativos, su eliminación deben ser asumidos por quienes los causen, conforme lo establece el artículo 7.4 de la LTTT: “Para tal efecto, el Estado está facultado a obligar al causante de las interferencias o impactos a la implementación de elementos y dispositivos viales y de control de tránsito que eliminen dichos impactos.”.

competencias normativas y de titularidad sobre los servicios que se prestan en estas infraestructuras del transporte interprovincial

Los gobiernos locales, conforme al Capítulo 1.2, no tienen potestad para regular la gestión y organización de los servicios de embarque y desembarque de pasajeros del transporte interprovincial, menos aún, sobre las condiciones técnicas mínimas en que se prestan estos servicios en los terminales terrestres interprovinciales; sin embargo, los municipios vía el ejercicio de competencias urbanísticas ejercen un rol de mayor trascendencia en los terminales terrestres a pesar de adolecer de las competencias específicas en materia de transporte terrestre interprovincial.

Derivado de lo anterior, también podemos agregar que los servicios de transporte público de pasajeros de ámbito interprovincial al rebasar el ámbito local de los municipios, son servicios de responsabilidad de entes territoriales mayores como los gobiernos regionales o el gobierno nacional, con ello cualquier competencia normativa sobre los mismos está lejos de los municipios; además, el artículo 8° de la LTTT por regla general ha establecido que las actividades de los terminales terrestres se deben ofrecer mediante la iniciativa privada, no se ha habilitado ninguna excepción que permita a los entes públicos intervenir como gestores directos o indirectos de estas infraestructuras. EL proyecto de PROINVERSIÓN no expresa ninguna respuesta a esta objeción, simplemente la ignora.

Si las actividades de embarque y desembarque de pasajeros, no se encuentran contenidas en una declaración formal, mediante ley, como actividades económicas reservadas a favor del Estado (incluye gobiernos locales) cualquier acto de la municipalidad de Lima, encaminado a imponer medidas restrictivas a dichas actividades, sin que exista de por medio una habilitación legal para ello, se tendría como una afectación directa a la libertad de empresa, la misma que se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política.

Como hemos desarrollado en el Capítulo 3.2, la libertad de empresa, su núcleo duro se descompone en libre acceso al mercado, derecho a permanecer en el mercado y salida del mismo por decisión empresarial. El libre acceso al mercado, como el derecho de todas las empresas privadas de ingresar a cualquier actividad productiva

sin restricción alguna, salvo las señaladas por una ley que establece un régimen de excepcionalidad. Esta libertad de acceso que gozan los operadores privados a explotar actividades de terminales terrestres, es el objetivo a violentar por parte del municipio limeño, al imponer requisitos que están por encima de los establecidos en la LTTT y el RNAT, convirtiéndose la libertad de acceso y/o permanencia en el mercado en un derecho ilusorio por la presencia de normas o medidas restrictivas que imposibilitan a los operadores privados del transporte interprovincial de pasajeros mantenerse o acceder al mercado de los terminales terrestres.

La Municipalidad de Lima con el asesoramiento de PROINVERSION, afecta el derecho a la libertad de empresa, al ofrecer de manera indirecta, un contrato de concesión de explotación exclusiva para el ganador de la licitación de las actividades de terminales interprovinciales en la provincia de Lima, bajo el ofrecimiento de alcanzar dicha exclusividad con la imposición de barreras burocráticas, las cuáles hemos detallado en el Capítulo 3.1. Si bien, el término exclusividad no viene siendo utilizado por sus promotores, las proyecciones de las medidas que están tomando dichos entes en el proyecto de ordenanza, se perfilan en ese sentido, tiene todos los visos, las medidas a imponerse determinarán que el operador seleccionado, se convertirá en el único operador de las actividades de embarque y desembarque en la jurisdicción territorial de la ciudad de Lima, de no ser así es difícil que algún inversionista participe.

De acuerdo al proyecto de ordenanza de la municipalidad de Lima, se impondrán barreras que impiden no sólo el acceso, sino que también se establecerán medidas de zonificación de áreas, jerarquización de vías, exigencia de adecuación de áreas mínimas de terminales etc., con la finalidad que los operadores que actualmente están en el mercado de los terminales terrestres, se vean obligados a dejar de operar en beneficio del seleccionado por el municipio limeño. La decisión que tomen en el futuro los actuales operadores de terminales terrestres no será una decisión empresarial, sino al contrario será una imposición vía medidas o normas del gobierno local de Lima²⁹⁴.

²⁹⁴ Los gobiernos locales se han ganado el triste mérito del primer lugar dentro de todas las instituciones públicas en imponer barreras burocráticas. El 90% de las denuncias declaradas fundadas corresponden a denuncias formuladas contra los gobiernos locales. vid. nota No 8.

En cuanto al uso del instrumento de colaboración que PROINVERSIÓN recomienda a la Municipalidad de Lima para relacionarse con el operador privado, se ha elegido el contrato de concesión, el cual no es un instrumento jurídico que se ajusta al ordenamiento legal ni constitucional, para tales fines, en el caso de los terminales terrestres interprovinciales, no existe una declaración de titularidad ni mucho menos un régimen de actividades restringidas, por lo tanto PROINVERSIÓN se equivoca en su propuesta, pretende que el Municipio de Lima utilice el contrato de concesión como herramienta de colaboración para la construcción de terminales únicos en la ciudad de Lima, sin que de por medio estemos frente a actividades de titularidad estatal y mucho menos tengan los gobiernos locales competencias de regulación, gestión o fiscalización sobre éstas, salvo como hemos dicho las urbanísticas.

PROINVERSIÓN, en el fondo, trata de obtener los mismos efectos de un monopolio legal empleando el contrato de concesión, en actividades no declaradas como reservadas o restringidas a la iniciativa privada, pretendiendo adecuarse subalternamente a tales efectos sin que exista un régimen jurídico legal que así lo haya declarado previamente. Ponerse debajo del paraguas de una supuesta titularidad pública, apelando al uso de la concesión, perfilando con ello una habilitación constitucional indirecta.

Al no existir una ley que declare al embarque y desembarque de pasajeros como actividad de acceso restringido a la iniciativa privada, el uso del contrato de concesión, se convierte para PROINVERSIÓN como la única manera de justificar la decisión de otorgarle exclusividad de explotación al operador seleccionado, maniobra que se descalabra frente a la solidez mandatoria de los artículos 58° y 60° de la Constitución y artículo 8° de la LTTT, preeminencia de la iniciativa privada sobre la pública.

Por otro lado, quienes están en la explotación de una actividad económica, tienen el derecho de seguir disfrutándola, sin el temor a la ejecución de medidas nacionales, regionales o locales, que lleven a expulsarlos de tal actividad, caso contrario se afectaría el derecho de las empresas de permanecer en el mercado, sin que exista de por medio una declaración de reserva o restricción. Se incluye en este derecho, la

posibilidad que las empresas puedan discutir incluso la racionalidad de las medidas municipales en materia urbanística que tiendan a realizar cambios de zonificación, para muchos estas medidas se identifican con las expropiaciones indirectas²⁹⁵, también el señalamiento de las vías de acceso, las cuales tengan como sustento un supuesto interés colectivo o superior, pero en el fondo es el inconfesable propósito de expulsar del mercado a las empresas que actualmente están operando, a fin de perfilar la presencia de un solo operador en las actividades de los terminales terrestres interprovinciales.

La Municipalidad de Lima debe entender, a pesar de estar interviniendo de manera indirecta en actividades económicas, las cuáles no tienen la calidad de servicios públicos locales²⁹⁶, ni mucho menos existe una declaración formal como actividades restringidas a la iniciativa privada, tampoco tiene facultades para emitir disposiciones normativas que lleven a crear un monopolio legal, sea a su favor o favor de terceros, por estar prohibido constitucional y legalmente²⁹⁷.

De continuar y concretar el proyecto de construcción de terminales terrestres y hacerlos obligatorios de manera directa o indirecta mediante normas locales imperativas, tal acción contradice el principio de la libre competencia²⁹⁸. La defensa de la libre competencia no sólo es aplicable contra los particulares que utilizan prácticas restrictivas que afectan la ley de la oferta y la demanda, mediante uso de posiciones dominantes, sino que también se encuentra dirigido contra la acción de los órganos estatales que intentan de una u otra manera facilitar la explotación de una actividad económica a la propia empresa pública o empresa privada vinculada o

²⁹⁵ Sobre las expropiaciones regulatorias, puede verse en: PASQUEL, Enrique. “Tomando la Propiedad en Serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas”, en: *Ius et veritas*, Año XV, No 31, Lima, 2005, Gráfica Educativa, p. 114-126, del mismo autor, vid. “Expropiación: Una Visión Económica Alternativa”, en: *Thémis*, No 48, Lima, 2004, Impreso, pp. 123-132. También vid. AMADO, Daniel y AMIEL, Bruno. “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras”. En: *Thémis*, No 50, Lima, 2005, pp. 59-68. De igual modo vid. FISCHER, William. “Expropiaciones y elección pública”. “La persuasión del precio”. Rev. *Thémis* No 48, Lima, 2004, pp. 117-122.

²⁹⁶ Al respecto, Vid el artículo 32° de la LOMP: “Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal.”.

²⁹⁷ Al respecto, vid. el artículo 60° de la Constitución y artículo 35° de la LOMP.

²⁹⁸ Al respecto, vid. el artículo 61° de la Constitución, sobre la prohibición de los monopolios legales.

aliada al ente gubernamental que promociona el negocio. Además de una declaración constitucional de prohibición a tal conducta gubernamental malsana en contra del mercado, existe desarrollada en una ley un mandato genérico de prohibición de establecer reservas o titularidades estatales²⁹⁹.

Agrava aún más el hecho, la Municipalidad participa como agente económico, por cuanto en las bases del concurso se establece que recibirá un canon o derecho de los ingresos de los terminales terrestres, tanto de la tasa de embarque, como de la tasa de rampa de salida de bus y negocios comerciales auxiliares. Convierte al municipio limeño en un agente económico más del mercado sin haberse despojado previamente de su *ius imperium*. Esta situación constituye un argumento de peso suficiente para quienes al verse afectados en sus derechos denuncien tal hecho ante el órgano que combate las prácticas restrictivas de libre competencia, del cual se han obtenido pronunciamientos favorables en ese sentido.

Dejamos sentado que la declaración de las actividades como servicios públicos o infraestructura pública, sean nacionales o locales, debe obligatoriamente tener una declaración formal o un régimen jurídico establecido por el congreso de la república vía la expedición de una norma con rango de ley. Los gobiernos locales al igual que el Ejecutivo no están autorizados para realizar declaraciones que conviertan ciertas actividades económicas en servicios de interés público. Conforme lo establece la Constitución el poder ejecutivo al igual que las municipalidades³⁰⁰, solamente gestionan, administran, reglamentan, regulan los servicios públicos nacionales y locales respectivamente, pero no son los órganos competentes para declararlos como tales, menos convertirlos en actividades restringidas.

Un dato adicional notable y aleccionador al respecto, de parte de los usuarios del transporte interprovincial de pasajeros en la ciudad de Lima, el haberse comprobado la toma de conciencia sobre el ejercicio de la libertad de elegir como consumidores de los servicios de embarque y desembarque que se prestan en los terminales terrestres

²⁹⁹ Al respecto, vid. el artículo 6 del D. Leg. No 757.

³⁰⁰ Al respecto, vid. el artículo 119° y 194° de la Constitución.

interprovinciales, según la encuesta realizada por Apoyo³⁰¹, un ochenta cuatro por ciento no está de acuerdo con el Proyecto de Terminales Terrestres Centrales, por cuanto la propuesta restringe o anula su derecho a elegir, hay una preferencia del público usuario que la oferta de estos servicios de embarque y desembarque se incremente en el mercado. Esta toma de conciencia de los usuarios de valorar su derecho a elegir va en consonancia con la libertad de acceso y permanencia en el mercado que nuestro ordenamiento jurídico preserva y protege en las actividades de los terminales terrestres interprovinciales.

5.2.- La congestión urbana tema extra jurídico vinculado al proyecto.

Los proyectos de PROINVERSION tienen como una de las características principales establecer terminales terrestres interprovinciales centrales en las diversas ciudades del país, en especial el proyecto para Lima, por lo tanto las alternativas de solución sobre la instalación de terminales terrestres interprovinciales en la ciudad se reducen a dos opciones:

- Terminales centrales dentro de la ciudad
- Terminales centrales a extramuros de la ciudad

Hay de por medio una visión urbana de que nuestras ciudades y en especial Lima, es un centro rodeado de suburbios, donde éstos responden al centro y este último dirige la actividad de la periferia³⁰², se asume que la ciudad cuenta con un centro que funciona como punto de cohesión social y referente económico. Aquello es una visión irreal y que es necesario desmitificar, factor determinante sobre el cual se ampara el proyecto; además, se arguye que los terminales terrestres interprovinciales que actualmente existen en la ciudad de Lima, son negocios privados cuya dinámica operacional es la causante de la congestión urbana en la ciudad.

³⁰¹ APOYO OPINION Y MERCADO- CIDATT, Ob. cit., p. 33.

³⁰² Según Morell el centro de una ciudad: "...se define, desde luego, por la posesión de una propia historia de la que frecuentemente carece la periferia urbana. Expresa, además, albergar a los actores principales de la trama urbana, los poderes dominantes; de aquí que haya también que definirse como el espacio urbano destinado a la instalación y ejercicio del poder político y económico de la ciudad y sobre ella:" MORELL OCAÑA, Luis. "La capitalidad de las entidades territoriales", en: *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, ROCA ROCA, Eduardo, Libro Homenaje, IÑIGO DEL GUAYO y RODRIGUEZ-ARANA, Coordinadores, INAP, Madrid, 2002, p. 945.

Previamente debemos conocer los modelos urbanos que han servido como paradigmas a las ciudades latinoamericanas³⁰³, de los cuales la ciudad de Lima tampoco ha escapado, sin afirmar la existencia de un fiel seguimiento sobre alguno de estos dos modelos:

- En las ciudades europeas, existe una propensión a la compactación de todas las actividades económicas urbanas, son menos adictas a establecer ghettos, con zonificaciones urbanas que resisten las diferenciaciones sociales o económicas; la movilidad de personas tiene una regularidad y proporcionalidad en toda la ciudad, el transporte público de pasajeros tiene una mayor atención que el transporte privado³⁰⁴, esto incluye el subsidio al transporte público, control estricto sobre el uso del terreno para evitar el crecimiento horizontal desmedido de la ciudad.³⁰⁵
- En tanto, el modelo de la ciudad norteamericana, tiene un centro fuerte y dominante sobre el resto de la ciudad, ambiente urbano vivible, alrededor de él giran los suburbios de la ciudad, la relación de movilidad está en función al centro de la ciudad, todos sus proyectos de acceso a la ciudad giran en torno a la centralidad de la misma, tendencia a un crecimiento vertical del centro de la ciudad. El transporte privado de personas tiene atención prioritaria, construcción de grandes infraestructuras para reducir el impacto negativo de la excesiva movilidad privada en la ciudad³⁰⁶.

Cuál es nuestro modelo de ciudad o mejor dicho a cuál de ellos nos acercamos, la respuesta es ninguno³⁰⁷. Lima como ciudad latinoamericana, ha fermentado un modelo de ciudad distinto a los anteriormente descritos, sin dejar de mencionar

³⁰³ Al respecto, vid. JOSEPH A., Jaime. La ciudad, la crisis y las salidas. Democracia y desarrollo en espacios urbanos meso. UNMSM, Lima, 2005, p. 174.

³⁰⁴ CARBONELL PORRAS y CANO CAMPOS. "Los Transportes Urbano", Ob. cit., p. 1672, Aunque, según el autor, las políticas urbanas actuales están dirigiéndose en sentido contrario en las ciudades europeas.

³⁰⁵ PETERSEN, Rudolf. Planificación de Uso del Terreno y Transporte Urbano, en: *Transporte Sostenible*, GTZ, Modulo 2a, Alemania, 2002, p. 12.

³⁰⁶ Loc. cit. Idem.

³⁰⁷ JOSEPH A., Jaime, Ob. cit., p. 174.

que hemos copiado de manera consciente e inconsciente los malos ejemplos que se reflejan en estos modelos urbanos de idoneidad discutible³⁰⁸, con lo cual hemos provocado la desorganización y segregación urbana, además de la presencia de otros factores negativos en la ciudad y que Carbonell Porrás ha descrito de manera convincente estos efectos negativos:

“Ello se ve claro en medidas como las siguientes, en primer lugar, en la <expansión suburbana> que fomenta o permite la planificación urbanística y territorial: a través de la propia expansión y de la especialización funcional (grandes espacios dedicados a un solo uso o actividad: residencial, industrial, educativo, etc.) se incrementan las distancias a recorrer y se fuerzan nuevas oleadas de motorización y nuevos retrocesos en la capacidad autónoma para desplazarse. Otro ejemplo lo constituye la ampliación de las infraestructuras viarias en las áreas metropolitanas (creación de cinturones, accesos, etc.), que posibilita la colonización de nuevo territorio por parte de las ciudades a caballo del automóvil, y en los núcleos urbanos, donde los proyectos de infraestructuras (pasos a desnivel, túneles, aparcamientos, etc.), están al servicio del tráfico motorizado privado. La política de infraestructuras urbanas también incide de forma negativa en los transportes públicos urbanos (y en otros medios de locomoción no motorizados), pues toda ella gira en torno al automóvil: los pasos para peatones, el viario para las bicicletas, los autobuses y sus paradas, etc., son vistos como obstáculos que entorpecen el tráfico, restándole fluidez (por razones de este tipo se suprimieron los tranvías urbanos). Al ampliar la capacidad de las infraestructuras especializadas para los medios de locomoción privados, se estimula la demanda de transportes con tales medios en detrimento de otros como el transporte público colectivo o los medios no motorizado”³⁰⁹.

Lima es una ciudad de 7,819,436 habitantes³¹⁰, debido a su explosivo crecimiento migratorio³¹¹, no vegetativo, contrariamente a lo que debería esperarse de cualquier ciudad en crecimiento, aunado a la pobreza de sus nuevos habitantes³¹², nos ha llevado a un exagerado y descontrolado desarrollo horizontal de la ciudad³¹³. Por eso, cualquier proyecto de infraestructura que permita conectar a los suburbios con el centro de la ciudad será costoso, debido a la baja

³⁰⁸ Al respecto, vid. ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto, Ob. cit., p. 16.

³⁰⁹ CARBONELL PORRAS y CANO CAMPOS, Ob. cit. p. 1673.

³¹⁰ INEI, Lima: Población Censada, 1940-2005, datos disponibles en: www.inei.gob/bibliointei.asp. (22/06/2005, Hrs: 15.38).

³¹¹ Proceso de urbanización sin sustento económico: a) Sin planes urbanos, sin acompañamiento de servicios básicos y equipamiento b) Tugurización de centros urbanos densos c) Proceso espontáneo de aglomeración demográfica en base a expectativas laborales, antes que un proceso de urbanización generado por la acumulación de actividades económico-productivas. Ministerio de Vivienda y Construcción. Plan Nacional de Desarrollo Urbano. Lineamientos de Política de Desarrollo Urbano 2006-2015. p. 18, disponible en: www.urbanoperu.com/documentos/files. (12.09.06, Hrs: 11.00)

³¹² El nivel de pobreza para Lima es del 41.5% al 58% según cifras recogidas por JOSEPH A., Jaime, Ob. cit., p. 172.

³¹³ Según el Ministerio de Vivienda y Construcción, Ob. cit., p. 12.

densidad de la población, se demanda recorrer mayores distancias con menos usuarios³¹⁴.

Realmente “el enfoque territorial del desarrollo urbano se hace más comprensible y viable en la medida en que determinadas categorías urbanas, visualizan asentamientos y espacios articulados e integrados al conglomerado principal y afrontan el proceso de planificación sobre el conjunto y no respecto a unidades o conglomerados separados.”³¹⁵. En cambio, Lima no es una ciudad que tenga un centro dominante y fuerte económicamente, al contrario, Lima como ciudad metropolitana, su debilidad y su falta de influencia sobre la periferia ha permitido que se generen varios centros al interior de la ciudad³¹⁶, incluso algunos no guardan ninguna vinculación con los otros, menos aún con el centro principal, es decir, desconectados y desagregados entre sí³¹⁷. Un problema adicional es la conurbación con la ciudad del Callao, por un tema de clientelismo político, la metrópoli Lima-Callao que debería responder a una sola administración, mantiene dos administraciones, con ello se suma un factor adicional de segmentación en el gobierno de la ciudad.

Un factor catalizador que ha desintegrado la ciudad, es el modelo permanente de las clases socio económicas altas al generar espacios urbanos caracterizados por su inexpugnabilidad³¹⁸, reclusión para la población pudiente, intransitabilidad

³¹⁴ Al respecto, Vid CARMONA, Marisa y ARRESE, Álvaro. “Globalización y cambios conceptuales en el desarrollo urbano”, en: *Globalización y grandes proyectos Urbanos*, Infinito, Buenos Aires, 2005, p. 31. También vid. ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto, Ob. cit., p. 28. De igual modo Vid PETERSEN, Rudolf, Ob. cit., p. 9.

³¹⁵ Ministerio de Vivienda y Construcción, Ob. cit., p. 16.

³¹⁶ Según Morell: “La crisis de la centralidad se agudiza en aquellos casos, tan frecuentes en las grandes ciudades, en que la periferia ha sido edificada sin el tiempo histórico necesario para que se organice a sí misma, o sin que se la haya dotado de la ordenación funcional adecuada” MORELL OCAÑA, Luis, Ob. cit. p. 94.

³¹⁷ Al respecto Joseph afirma que: “Lima muestra que no sólo son espacios segregados que albergan a la mayoría de la población que vive en condiciones de pobreza, sino que también son espacios potenciales de desarrollo económico endógeno.”, JOSEPH A, Jaime, Ob. cit., p. 178 y Mapa No 10, donde muestra los nuevos nodos de Lima: Cono norte, Cono sur, Cono Este y grandes centros comerciales y de entretenimientos que establecen circuitos de riqueza diferenciada en los demás distritos del mapa limeño.

³¹⁸ El autor afirma que: “La segregación en la etapa de expansión (Lima) tenía muchas características que reflejaban la desigualdad y la marginalidad expresadas en el tipo de trabajo (diferencias de clase) e ingresos, diferencias culturales y raciales, calidad y acceso a servicios

peatonal y vehicular³¹⁹ para los demás habitantes de la ciudad; modelo que ha sido replicado por las clases no tan acomodadas, esto ha llevado a que existan: urbanizaciones, centros recreacionales, supermercados para cada zona de la metrópoli en función a la capacidad económica de los habitantes de la ciudad³²⁰.

Es un modelo que estimula o empuja el uso del automóvil, aún de las clases no tan acomodadas, lo cual es malo para el sistema porque desincentiva el uso del transporte urbano de la clase social que puede sostener su operatividad promedio. Otro factor adicional que ha reforzado la segregación y la heterogeneidad de las diversas zonas de la ciudad es la violencia y la delincuencia³²¹, la vulnerabilidad de la ciudad se refleja en un sentimiento de desequilibrio, “el síndrome de la inseguridad” que tiene el efecto negativo de restringir aún más la circulación de la gente en los espacios públicos³²².

Un tema contributivo, la política errática y a veces coyuntural de los planes de zonificación, donde los lugares en que se desarrollan las actividades humanas de laborar, estudiar y dormir no se compactan al interior de la ciudad, lo cual genera una movilidad innecesaria de las personas dentro de la propia ciudad, provocando deseconomías urbanas³²³. Por tal razón compartimos la afirmación de Ortiz de Zevallos respecto a nuestra ciudad capital: “... (Lima) urbanísticamente es

básicos urbanos, salud y educación. Muchas de estas condiciones existen todavía” JOSEP A., Jaime, Ob. cit., p. 174.

³¹⁹ Es un tema recurrente de las clases altas, medias-altas y medias que por comodidad, preservación de sus status o necesidad, también por la precariedad de los medios masivos elude el uso de estos. Al respecto, Vid KRALICH, Susana. La ecuación “más privado, menos estatal”: quiénes pierden y quiénes ganan. El caso del servicio de transporte público en el Gran Buenos Aires, en: *EURE*, Santiago Septiembre, Vol. 28, No 84, 2002, p. 5.

³²⁰ Al respecto, vid. JANOSCHKA, Michael. El nuevo modelo de la ciudad latinoamericana: fragmentación y privatización, en: *EURE*, Santiago, Diciembre 2002, Vol. 28, No 85, p. 3.

³²¹ No solo las zonas de mayores ingresos se encuentran cerradas por rejas y vigilantes, también todos los distritos de Lima, incluidos los conos, según JOSEP A., Jaime, Ob. cit. p. 177.

³²² Al respecto, véase CARMONA, Marisa, Ob. cit., p. 34.

³²³ La modernización se introdujo de manera violenta a través de la urbanización de la ciudad, con ello la estructuración analítica del espacio urbano, en función de los usos que las diferentes partes de la ciudad tienen. La zonificación tan solo sirvió como instrumento de la expansión urbana de la ciudad, Lima no se renovó, se extendió, casi ilimitadamente. Véase LEDGARD, Reynaldo. “La ciudad moderna”, en: *Márgenes*, Año I, No 2, Octubre 1987, Alfa, p. 85-88.

acumulativa precaria, segregada y desigual, insegura, polarizada en extremos sociales, fea, hiperextensa e ineficiente”³²⁴.

Los terminales terrestres centrales que se intentan instalar para Lima, pretenden ser utilizados como instrumentos para agregar zonas³²⁵, mediante la movilidad de las personas, las cuales se encuentran desintegradas social y económicamente, una estrategia absurda. La centralidad que se pretende con los terminales terrestres requiere un cambio del modelo urbano de la ciudad o caso contrario una alta inversión en infraestructura vial para reducir distancias en el traslado artificial de las personas de una zona a otra, no tendría otro sentido mas que el permitir el uso masivo de dichas infraestructuras centrales o terminales terrestres, a fin de lograr la posibilidad de solventar sus altos costos financieros, al final de cuentas se pretende la viabilidad económica del proyecto por encima de los intereses superiores de la ciudad y de su población.

Los terminales terrestres no son infraestructuras que están amarradas a una factibilidad o conjunción geográfica natural y necesaria, como ocurre con los puertos, tampoco el requerimiento de un mega espacio para su operación, como en los aeropuertos, factores que las convierte generalmente en infraestructuras únicas. Al contrario, los terminales terrestres son infraestructuras que pueden implementarse utilizando racionalmente los espacios en función a las limitaciones urbanas de las ciudades. Lima no cuenta con vías suficientes en ninguna de sus zonas que soporte el acceso masivo no sólo de buses sino también de automóviles que se agregaran de manera diaria en el contorno urbano de un terminal central; al contrario, los terminales terrestres pequeños y medianos dispersos en la ciudad estarían en mejor posición de reducir y sobrellevar tales externalidades. La propuesta urbanística actual de la ciudad de Lima es refractaria a la centralidad que plantea el proyecto de PROINVERSIÓN.

³²⁴ ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto, Ob. cit., p. 13.

³²⁵ Se pretende reforzar aún más el defecto de la centralidad, “Lima, por ser ésta una economía de aglomeración que lleva a la concentración de los mercados de capitales y de trabajo y a una hegemonía en lo relativo al otorgamiento de servicios”, GROMPONE Romeo, ob. cit., p. 35. Por lo tanto no tiene sentido alguno continuar con la aglomeración como instrumento y seguir centralizando actividades, como es el caso de los terminales terrestres interprovinciales.

Al crecimiento desorganizado y desintegrado de la ciudad, se ha sumado la alta motorización³²⁶ de sus vías y la precariedad con que se prestan los servicios de transporte terrestre urbano de pasajeros en la ciudad. No olvidemos que el transporte urbano en el Perú viene de un periodo de desregulación debido a políticas de liberalización, que lejos de consolidarlo han provocado un mayor uso del automóvil privado y de formas artesanales de transporte público, amén de que se enfrenta a recorrer coberturas urbanas más extensas pero con menor densidad de demanda³²⁷. Un desarrollo de baja densidad y áreas de grandes caminos aumentan las duraciones de los viajes y llevan a una mayor participación de viajes en automóvil³²⁸.

En Lima, las vías soportan el recorrido de 880,699 unidades motorizadas³²⁹, representa dos tercios del parque automotor nacional, lo más grave de esta situación, la mayoría, 554,000 están dedicadas al servicio del transporte privado de personas. El mal endémico mundial de las ciudades es privilegiar el transporte privado sobre el transporte público, de ello no ha escapado nuestra ciudad como realidad latinoamericana³³⁰. Lima cuenta con 136, 000 *station wagon* dedicadas al servicio de taxis o transporte colectivo, lo cual la convierte en una ciudad caótica y turgurizada en materia de tránsito vial, la razón, a dicho servicio se accede de manera informal y muchas de las veces se presta de manera clandestina; si bien,

³²⁶ El parque automotor en el Perú creció (99.7%) entre 1990 al 2001 en 4.7 y 4.3 veces más que la población (21.1%) y el PBI (23.0%). El índice de motorización en Perú 68.3% frente al 63.5% de México y 61.8% de Chile con la diferencia que el ingreso per cápita en Perú (US\$ 2.309) México (US\$ 4.722) y Chile (US\$ 5.394). CIDATT. Perú: Impactos de la libre importación de vehículos usados sobre la vida y salud de la población. CIDATT, Diciembre, 2002, p. 6.

³²⁷ Es típico desde hace 20 años, en las ciudades latinoamericanas, la inestabilidad en el transporte público formal, bajo rendimiento en el sistema, pérdidas de clientelas, aumento de los costos, congestión agravada, abundancia de automóviles particulares y nuevas formas precarias e inseguras de transporte público colectivo. Al respecto, vid. FIGUEROA, Oscar. Transporte urbano y globalización: Políticas y efectos en América Latina, en: *EURE*, Santiago, Diciembre, 2005, Vol. 31, No 94, p. 2.

³²⁸ PETERSEN, Rudolf, Ob. cit., p. 3.

³²⁹ MTC. PERU: Parque vehicular 1999-2005, datos disponibles en: www.CIDATT.com.pe/parque2000. (11.09.06, Hrs: 16.22).

³³⁰ Según el autor: “El impacto del uso del automóvil no sólo se limita a la reducción de la demanda de transporte público, sino que también al aumento de costos de este último, debido a los efectos del automóvil en la congestión general y a las menores tasas de ocupación, lo que hace que el sistema se deteriore aún más y que el recurso más artesanal o informal se generalice.” FIGUEROA, Oscar, Ob. cit., p. 9

los servicios de taxis es una actividad reglamentada, pero de titularidad privada, su fiscalización es ha vuelto prácticamente nula.

El servicio de transporte urbano de pasajeros se presta con un aproximado de 80,000 unidades³³¹, la mayoría compuesta de *Combis* o *Coaster*, unidades que ocupan un mayor espacio en la vía y trasladan un menor número de pasajeros³³², que sumado a las 236,000 unidades del servicio de taxis³³³, representan el mayor factor de saturación en las vías de la ciudad, en tanto, las unidades del transporte interprovincial nacional de pasajeros, el parque automotor a nivel nacional comprende sólo 3,672 unidades³³⁴, de los cuales las dos terceras partes acceden y abandonan la ciudad de Lima en un promedio de dos días, lo que nos permite tener en la ciudad diariamente 2,448 de estas unidades. Actualmente no existen terminales centrales únicos, cada empresa tiene su propia infraestructura en la ciudad en algunos casos bajo contrato con terceros en función al nivel de sus operaciones, se encuentran concentradas en algunas zonas o dispersos en varios distritos de la ciudad.

La disgregación actual de las unidades vehiculares interprovinciales en medianas y pequeñas empresas³³⁵, con terminales propios o alquilados, permiten en función al tamaño de flota, infraestructuras menores, representan un factor de menor

³³¹ Loc. cit. Idem.

³³² Al respecto, vid. Diario *EL COMERCIO*: “Lima necesita vehículos de mayor capacidad y menos contaminantes” del 26.08.06, p. a12, las conclusiones sobre como resolver el transporte urbano en Lima.

³³³ Cifra aproximada, no todos se registran como taxistas. Se han considerado las 2/3 partes del parque de las *station wagon* (206,895) y una sexta parte del parque de automóviles a los cuáles sus propietarios lo dedican de una u otra manera a dicho servicio (654,450). MTC: Parque Vehicular 1995-2005, Ob. cit. También vid. PROGRAMA DE GOBIERNO REGIONAL DE LIMA METROPOLITANA. “Plan de desarrollo integral de la provincia de Lima, 2005-20035”. Septiembre 2005, p. 26, disponible en <http://www.munlima.gob.pe/region/PlanDsIntrgVersFinal.pdf> (23.10.06, Hrs: 16.40) manejan una cifra cercana a 260,000 taxis.

³³⁴ CIDATT. Estudio de Mercado del Transporte Interprovincial de Pasajeros en el Ámbito Nacional. CIDATT, Mayo 2006. p. 7. El Ministerio de Transportes maneja una cifra de 5,000 unidades, MTC. Plan Intermodal de Transportes 2004-20023. Oficina General de Planificación y Presupuesto, MTC, 2005, P. 36, no existe contradicción en razón de que el MTC ha sumado las unidades que hacen transporte regional e interregional.

³³⁵ Existen 335 empresas, donde 252 de 1-10 unidades, 64 de 11-30, 7 de 31-50 y 12 de 50 a más unidades. CIDATT, Estudio de Mercado..., Ob. cit., p. 13.

impacto en la congestión vehicular al interior de la ciudad. La dispersión de los terminales terrestres permite un uso adecuado de la baja capacidad vial de la ciudad; en tanto que los terminales centrales que se proponen representarían un problema mayor de externalidades negativas en el tránsito, al pretender concentrar las 2,448 unidades en uno o dos terminales centrales, no existe zona en la ciudad de Lima que tenga vías con capacidad suficiente para soportar altas concentraciones de unidades vehiculares de gran tamaño en la magnitud señalada, menos aún tolerar la afluencia adicional de vehículos y personas que generarían los negocios comerciales auxiliares que el proyecto pretende sumar.

Es difícil aceptar el argumento expuesto en el proyecto de PROINVERSIÓN, que los terminales terrestres interprovinciales centrales tienen como propósito combatir la congestión vehicular en la ciudad, al contrario su centralidad abona por la congestión en una ciudad segmentada y gestionada a pedazos como es Lima³³⁶, en todo caso si así fuera, los buses interprovinciales no serían el principal motivo de la congestión, su número en 3,672 son nada en comparación a los 880, 699 vehículos urbanos que recorren la ciudad de manera diaria y permanente³³⁷.

El impacto negativo sería mayor, cuando se plantea el no ingreso a la ciudad de los buses interprovinciales. Trasladar de los extramuros de la ciudad los 54 pasajeros, capacidad promedio de un bus interprovincial, requiere un vehículo igual que ocupa en promedio 13 a 14 metros lineales de pavimento vial, en tanto que el traslado en vehículos menores *combi* o *coaster*, requerirá el doble o el triple del espacio que necesita el vehículo interprovincial, peor aún si se utiliza el servicio de taxi, con lo cual la congestión vehicular sería mayúscula. El ingreso

³³⁶ ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto, entrevista: “Lima está cortada en pedacitos que no son gestionables”. Diario *El COMERCIO*, Lima, 01.10.06, p. A2. Lima una ciudad con 43 administraciones independientes.

³³⁷ El proyecto sobre terminales terrestres integrados, propuesta de Ortiz de Zevallos, a fines de la década del ochenta del siglo pasado, pero, no en los mismos términos que actualmente propone PROINVERSIÓN, el eje de la propuesta era la participación, además de los usuarios, de los transportistas y tomaba en consideración sus inversiones inmobiliarias realizadas. Sin embargo fue una propuesta para una Lima en cuya época tan sólo contaba con 10,000 unidades de transporte público, hoy existen 80,000 unidades, además de una Lima con dos millones de personas menos. Al respecto, vid. ORTIZ DE ZEVALLOS, Urbanismo para sobrevivir en Lima, Ob. cit., p. 148-154.

de vehículos de mayor capacidad al interior de la ciudad permite ocupar menos espacio vial³³⁸. La prohibición de ingreso a los buses interprovinciales no sería la manera más adecuada para combatir la congestión, al contrario elevaría el problema a términos superlativos, por ello resolver el problema del transporte urbano es la respuesta de solución a la congestión urbana en la ciudad de Lima, más no el proyecto de concesión de los terminales terrestres centrales.

El proyecto de PROINVERSIÓN pretende esconder las verdaderas causas de la congestión vehicular. No se condice con la realidad urbana de la ciudad afirmar que el problema de saturación de las vías descansa en un segmento tan pequeño como es el parque automotor de buses interprovinciales, éstos han demostrado ser más eficiente y eficaces que el parque automotor urbano en el uso del espacio vial³³⁹ para el traslado de pasajeros al interior de la ciudad. La desregulación del sector transporte en la última década del siglo pasado, permitió el crecimiento desordenado del parque automotor, pero actualmente los gobiernos locales se vienen resistiendo a instrumentalizar las potestades que les otorga la LOMP y la LTTT para enfrentar el problema del colapso vial de sus urbes. Frente a un tema de saturación o de impactos negativos contaminantes en el transporte urbano, los gobiernos locales pueden declarar vías saturadas y pasar de un régimen de autorizaciones a un régimen discrecional de otorgamiento de concesiones, la pregunta sería porqué no actúan, que hay detrás de esta política de omisión.

Los cálculos políticos electorales lleva a los gobernantes locales a someterse a la equivocada política del consenso y no enfrentar los problemas urbanos, para no generar fisuras que puedan abortar su imagen de relacionista público, mediatizando su función principal que es administrar y ordenar. Esta es la historia común de siempre para Lima, “...sin pautas organizativas ni poderes responsables, ni liderazgo a la medida de sus problemas y de su magnitud, cada

³³⁸ Objetivo que se encuentra recogido en el artículo 7.3 de la LTTT. “Los medios de transporte que muestren mayor eficiencia en el uso de la capacidad vial o en la preservación del ambiente son materia de un trato preferencial de parte del Estado.”

³³⁹ El Artículo 7.3 de la LTTT ha recogido acertadamente tal postulado: “Los medios de transporte que muestren mayor eficiencia en el uso de la capacidad vial o en la preservación del ambiente son materia de un trato preferencial de parte del Estado”.

vez más enorme”³⁴⁰. Lima no es un desastre por casualidad, como refiere Ortiz de Zevallos, es rentable para algunos, no tomar decisiones, no afrontar problemas, que todo siga igual, es algo que muchos intereses aprovechan, esta actitud del gobernante de turno en la ciudad de Lima, impide la solución de la congestión vehicular. Es oportuna la mención de Julio Cotler³⁴¹, sobre la ausencia de autoridad en la ciudad, donde el Alcalde de Lima podrá construir mil *bay pass*, mil escaleras, etc., pero si no soluciona el tráfico urbano de la avenida Abancay que tan sólo son doce cuadras de la ciudad, menos podrá resolver problema alguno del transporte urbano³⁴².

Los terminales terrestres centrales a fin de cuentas representan el pretexto y a la vez la posibilidad de ofrecer a los ojos de los electores una mega obra para obtener el voto cada cuatro años, mejor si paralelamente es una fuente de recursos económicos extras. A la autoridad municipal parece no importarle el usuario, ni el servicio público que se presta, ni la compatibilidad del proyecto con el molde urbano de la ciudad, al gobernante de turno tan solo lo conmueve desarrollar su propio proyecto político personal, al margen del interés general.

El proyecto de concesión de los terminales terrestre para Lima, frente a la realidad urbana que hemos descrito de la ciudad, refleja una incongruencia con los intereses urbanos de la ciudad, lo cual suma un factor rechazo a la demostrada incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico.

³⁴⁰ ORTIZ DE ZEVALLOS, Ob. cit., p. 13.

³⁴¹ vid. nota No 165.

³⁴² Al respecto, vid. EL PROGRAMA DE GOBIERNO REGIONAL DE LIMA METROPOLITANA, Ob. cit., p. 59, reconocen una débil capacidad institucional para la implementación y gestión de un sistema racional y adecuado tránsito en la ciudad de Lima. También vid. la Resolución Defensorial N° 108 –2006/DP del 25 de octubre del 2006, donde se confirma la debilidad institucional de todas las entidades públicas que tienen que ver con el ordenamiento del transporte terrestre, una ausencia de fiscalización en las condiciones técnicas, lo cual contribuye a generar altos niveles de siniestralidad en el sector.

CONCLUSIONES

1.- La autonomía municipal en el ordenamiento jurídico peruano, formalmente comprende una declaración de competencias en el orden administrativo, económico y político, no obstante, el desarrollo de este contenido, se circunscribe solamente a los aspectos administrativo y económico, resultando en la práctica irrealizable para los gobiernos locales la materialización de la autonomía política otorgada constitucionalmente.

2.- Las leyes que instauran políticas nacionales sectoriales son las normas que determinan, generalmente, los ámbitos de competencias de los gobiernos locales frente al gobierno nacional o regional. Situación jurídica que deriva de la declaración genérica de Estado unitario e indivisible de nuestro ordenamiento constitucional y que ha sido desarrollada tanto en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley de Bases de la Descentralización y Ley de Tránsito y Transporte Terrestre.

3.-La regulación, gestión y fiscalización de los terminales terrestres interprovinciales son competencias exclusivas del gobiernos regional o nacional, según sea el caso. En tanto, los gobiernos locales, su competencia sobre los terminales terrestres interprovinciales se encuentra limitada a temas urbanísticos que rodean a dichas obras de infraestructura como son la zonificación,

determinación de las vías de acceso y el otorgamiento de las licencias de construcción y funcionamiento. Sin embargo, el ejercicio de estas últimas competencias por parte de los gobiernos locales se convierten en exceso determinantes sobre las actividades de los terminales terrestres interprovinciales.

4.- La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre replicando el rol subsidiario del Estado que deriva de nuestra Constitución Política de 1993, ha establecido que la iniciativa privada es el motor de desarrollo en la prestación de los servicios del transporte terrestre y que la intervención del Estado se limitará cuando los operadores privados no estuvieren en capacidad, o teniendo dicha capacidad se resistan, o prestándolos lo hacen afectando el mercado, es decir, perjudicando los intereses de los usuarios.

5.- Las actividades económicas que se desarrollan en el transporte terrestre de pasajeros son de titularidad privada, situación jurídica que incluye a los servicios de embarque y desembarque de pasajeros en los terminales terrestres interprovinciales, los cuales vienen siendo construidos y explotados por iniciativa privada y bajo un régimen de autorizaciones, salvo algunos casos concretos de terminales terrestres interprovinciales de propiedad y gestión municipal.

6.- Los servicios de transporte terrestre de pasajeros tampoco tienen una declaración expresa de servicios públicos, sin embargo, están sometidos a un régimen jurídico del cual se advierte que el Estado asume el compromiso de garantizar y exigir a los operadores de estos servicios, respeten determinados principios, como son: la regularidad en su prestación y la igualdad de condiciones en el acceso para todos los usuarios o pasajeros.

7.- La concesión en nuestro ordenamiento jurídico es un contrato estatal utilizado por el Estado para habilitar a los particulares en la explotación de actividades económicas que tienen una declaración legal previa de titularidad pública. Mientras que la autorización es un instrumento que utiliza el Estado para habilitar a los particulares en la explotación de actividades económicas de libre iniciativa privada o de titularidad privada.

8.- La concesión no tiene un adecuado tratamiento terminológico en la reglamentación sectorial del transporte terrestre, denomina concesiones interprovinciales aquellas habilitaciones que el Estado emite a favor de las empresas de transporte, las cuales son simples autorizaciones, sin embargo, en el aspecto conceptual, se advierte que la norma realiza un acertado tratamiento al establecer diferencias genéricas entre concesión y autorización, basadas en la restricción de acceso a los operadores privados para explotar ciertos segmentos de estas actividades económicas..

9.- El proyecto de concesión de los terminales terrestre de Lima, desconoce los requisitos necesarios que deben concurrir en ciertas actividades económicas para ser sometidas a un proceso de otorgamiento en concesión, como son la preexistencia de una ley del congreso que haya declarado a las actividades de los terminales terrestres interprovinciales como de titularidad pública y que las competencias de regulación, gestión y fiscalización sobre los terminales terrestres interprovinciales no están asignadas a los gobiernos locales.

10- El modelo de concesión de los terminales terrestres interprovinciales municipales propuesto por PROINVERSION, no establece una monopolización de manera directa, sin embargo, el objetivo de imponer un solo operador en el mercado, pretende ser alcanzado mediante la acción normativa de los gobiernos locales con dispositivos que impongan barreras de acceso al mercado, con propósito de eliminar su participación, tanto a los operadores actuales como para aquellos que pretendan incursionar en el futuro.

11.- El proyecto de concesión de los terminales terrestres de Lima, se ha elaborado desconociendo la naturaleza de las instituciones y categorías jurídicas diseñadas en nuestro ordenamiento jurídico. Para el desarrollo del proyecto, han asumido que la autonomía municipal les permite arrogarse competencias, las cuales están asignadas a otros niveles de gobierno, restringir actividades económicas que se encuentran reguladas por leyes sectoriales, además de asumir que los terminales terrestres interprovinciales prestan servicios públicos locales,

por el sólo hecho de su ubicación en el casco urbano de la ciudad o por las externalidades que producen en el entorno..

12.- En materia de terminales terrestres interprovinciales, no ha existido una voluntad política firme, a pesar de la exigencia contenida en diversas normas, para obligar a los operadores del transporte interprovincial a utilizar instalaciones adecuadas para el embarque y desembarque de los usuarios o pasajeros. La exigencia sólo se convertía en forzosa para las empresas privadas ante la presencia de un terminal terrestre interprovincial de propiedad pública.

13.- Con posterioridad a la Constitución de 1993, los modelos de concesión de terminales terrestres interprovinciales municipales únicos, han sido combatidos con éxito por los operadores privados ante la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, ninguno de estos modelos de monopolización directa ha sobrevivido al pronunciamiento del ente administrativo. En la misma forma dicho ente administrativo viene pronunciándose en contra de los modelos de concesión de terminales terrestres interprovinciales municipales de monopolización indirecta o encubierta.

14.- El proyecto de concesión de los terminales terrestres interprovinciales para Lima, al margen de su incongruencia con el ordenamiento jurídico vigente, es un modelo que ha sido diseñado con la finalidad de resolver la congestión urbana en la ciudad, sin embargo, la centralidad y la concentración de actividades económicas que generará, aunado al caótico y colapsado transporte urbano de la ciudad, resulta una solución incompatible con el molde urbano actual de la ciudad de Lima.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALBI, Fernando. Derecho municipal comparado del mundo hispano. Aguilar, Madrid, 1995, 678 pp.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Municipal. Eddili, 2da. Ed., Lima, 1985, 400 pp.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Comares, Granada, 2004, 1089 pp.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado, crisis y reforma del sector público. Marcial Pons, Madrid, 1993, 422 pp.

BERNALES BALLESTEROS, Sergio. La Constitución de 1993. Análisis comparado. RAO, 5ta Ed., Lima, 1999, 924 pp.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, 670 pp.

BLUME FORTINI, Ernesto. La Defensa de la constitución a través de la ordenanza municipal. Grijley, Lima, 1998, 210 pp.

BULLARD GONZALES, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra, Lima, 2003, 837 pp.

CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César. El Municipio. Derecho Municipal. Grijley, Lima, 1997, T. II V.!, 472 pp.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. Elementos de una teoría general de los derechos fundamentales. Ara, Lima, 2003, 297 pp.

DESDENTADO DAROCA, Eva. La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tiran lo blanch, Valencia, 1999, 190 pp.

DESDENTADO DAROCA, EVA. El Precario Administrativo. Un Estudio de las licencias autorizaciones y concesiones en precario. Aranzadi, Pamplona, 1999, 190 pp.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Gobierno municipal en el constitucionalismo español. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, 95 pp.

- FONT GALAN, Juan. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Tecnos, Madrid, 1987, 351 pp.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Teoría y Práctica de la Constitución Peruana. Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1993, T. II, 382 pp.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNÁNDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, 7ta Ed., Madrid, 2000, T. II, 732 pp.
- GINES DE RUS y VV. Economía del Transporte. Antoni Bosch, Barcelona, 2003, 447 pp.
- GODOS RÁZURI, Víctor. Derecho Municipal. Idemsa, Lima, 2002, 370 pp.
- GONZÁLES OLARTE, Efraín. El neoliberalismo a la peruana: economía política del ajuste estructural, 1990-1997. IEP, Lima, 1999, 146 pp.
- GROMPONE, Romeo. Los dilemas no resueltos de la descentralización. IEP, Documento de Trabajo No 118, Lima, 2002, 77 pp.
- JOSEPH A., Jaime. La ciudad, la crisis y las salidas. Democracia y desarrollo en espacios urbanos meso. UNNSM, Lima, 2005, 277 pp.
- KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Tr. Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1965, 544 pp.
- LINARES, Mario. El contrato estatal. Grijley, Lima, 2002, 415 pp.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de Derecho Político. Tecnos, 3era Ed reimpresión, Madrid, 1983, V II., 726 pp.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Buenos Aires-1979, T. III-A, 642 pp.
- MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Thomson, 23 Ed., Navarra, 2004, 457 pp.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Thomson, Madrid, 2004, T. I, 1416 pp.
- NALLAR, Daniel. El Estado regulador y el nuevo Mercado del servicio público. Depalma, B. Aires, 1999, 200 pp.
- ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto. Urbanismo para sobrevivir en Lima. Apoyo, Lima, 1992, 181 pp.
- PAREJO, Luciano. Constitución, Municipio y Garantía Institucional. Grijley, 2da Ed., Lima, 2000, 284 pp.

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo PUCP, Lima, 1993, T. III, 536 pp.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Martín Bianchi, Montevideo, 1953, T. I, 687 pp.

SORACE, Domenico. Estado y Servicios Públicos. Tr. Eugenia Ariano. Palestra, Lima, 2006, 89 pp.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Contrato-Ley. Los contratos de estabilidad jurídica. Gaceta Jurídica, Lima, 1997, 350 pp.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público: fundamentos. Palestra, Lima, 2005, 368 pp.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú. Palestra, Lima, 2005, 557 pp.

Artículos de libros

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en: *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17-54.

BLUME FORTINI, Ernesto. “El despojo normativo y las alternativas para enfrentarlo a la luz de la constitución de 1993”, en: la obra colectiva *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la constitución de 1993*, Stampa Gráfica, Lima, 1997, pp. 3-49 pp.

CANO CAMPOS, Tomás. “Las Competencias de los Municipios en Materia de Tráfico: Evolución Histórica y Regulación Actual”, en: *Tratado de Derecho Municipal*. Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Thomson-Civitas, 2da. Ed., Madrid, 2003, T. II, pp. 1869-1946.

CARBONELL PORRA, Eloisa y CANO CAMPOS, Tomás. “Los Transportes Urbanos”, en: *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por Santiago Muñoz Machado, Thomson-Civitas, 2da. Ed., Madrid, 2003, T. II, pp. 1671-1738.

CARMONA, Marisa. “Globalización y cambios conceptuales en el desarrollo urbano”, en: *Globalización y grandes proyectos urbanos. La respuesta para 25 ciudades*, compiladores: ARRESE, Álvaro y CARMONA, Marisa, Infinito, Buenos Aires, 2005, pp. 28-47.

D´AZEVEDO GARCIA, Martín. “Estado de Derecho y Autonomía Municipal”, en: *Temas municipales*. Compilador Martín D´Azevedo. Colegio de Abogados de Lima. OSBAC, Lima, 1998, pp. 185-207.

DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en: ARIÑO, Gaspar, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 107-182.

DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel. “Perspectivas de los servicios públicos españoles”, en: ARIÑO, Gaspar, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 57-85.

DELGADO SILVA, Ángel. “Ponencia sobre Autonomía Municipal”. En *El Rango de Ley de las Ordenanzas en la constitución de 1993*, Stampa Gráfica, Lima, 1997, pp. 159-176.

ENTRENA CUESTA, Ramón. “EL principio de libertad de empresa”, en: GARRIDO FALLA, Fernando, Coordinador, *El modelo económico en la Constitución española*, Institutos de Estudios Económicos, V. I, Madrid, 1981, pp. 103-165.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Naturaleza de la autonomía que la constitución atribuye a las municipalidades”. En: *El Rango de Ley de las Ordenanzas en la constitución de 1993*, Stampa Gráfica, Lima, 1997, pp. 110-124.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993”. En: *COMISION ANDINA DE JURISTAS, La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios*, CAJ, 1994, pp. 11-65

GONZALES NAVARRO, Francisco. “De la delegación, avocación y sustitución interorgánicas”, en: MUÑOZ MACHADO, Santiago, Coordinador, *Tratado de Derecho Municipal*, Thomson-Civitas, 2da. Ed., Madrid, 2003, T. II, pp. 301-378 pp.

JELLINEK, Georg. “Teoría general del Estado”, en: *Selección de lecturas de Derecho Constitucional*, Compilador Marcial Rubio y VV., Fondo Ed. PUCP, Lima, 1999, T. I, pp. 205-217.

KARL LOEWENSTEIN, “Teoría de la Constitución”, en: *Selección de lecturas de Derecho Constitucional*. Compiladores Marcial Rubio Correa y VV., Fondo Ed. PUCP, Lima, 1999, T. I, pp. 325-330.

KRESALJA, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico”, en: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Comité Editor Alfredo Bullard y VV., Fondo Ed. PUCP, Lima, 2004, pp. 473-576.

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L. “La regulación económica en España”, en: ARIÑO, Gaspar, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 185-269.

MEAKIN, Richard. “Normas y planificación de buses”, en: *Transporte Sostenible*, GTZ, Módulo 3C, Alemania, 2002, 35 pp.

MORELL OCAÑA, Luis. La capitalidad de las entidades territoriales, en: ROCA ROCA, Eduardo, Libro Homenaje, *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, INAP, Madrid, 2002, pp. 923-948.

OCHOA CARDICH, César. “Ponencia sobre Autonomía Municipal”. En: *El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la constitución de 1993*, Stampa Gráfica, Lima, 1997, pp. 145-158.

OCHOA CARDICH, Oscar. “Bases fundamentales de la constitución económica de 1993”, en: COMISION ANDINA DE JURISTAS, *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, CAJ, Lima, 1995, T. II, pp. 85-98.

PALOMINO MANCHEGO, José. “Autonomía Municipal”, en: *Problemas escogidos de la Constitución Peruana de 1993*, PALOMINO, José, UNAM, México, 2003, pp. 107-137.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “La Autonomía Local en la Constitución”, en: MACHADO MUÑOZ, Santiago, Coordinador, Civitas, 2da Ed., Madrid, 2003, pp. 25-155.

PLANAS SIVA, Pedro. “Alcances institucionales de la autonomía municipal en el reciente constitucionalismo peruano”, en: D´AZEVEDO, Martín, Compilador, *Temas Municipales*. Colegio de Abogados de Lima. OSBAC, Lima, 1998, pp. 247-298.

RAMÍREZ, URUETA, Luis. “El Problema del Transporte Terrestre en el Perú”, en: MORALES, Lastenio. *La Problemática del Transporte Interprovincial de Pasajeros. Transporte Terrestre*, Lima, 2004, Documento No 06, 70 pp.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de Constitucionalidad”. EN: GARCÍA ENTERRIA, Eduardo, Libro Homenaje, *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid, 1991, T. I, pp. 3-17.

PETERSEN, Rudolf. “Planificación de Uso del Terreno y Transporte Urbano”, en: *Transporte Sostenible*, Modulo 2a, Alemania, 2002, 43 pp.

SARMIENTO GARCIA, Jorge. “Concesión de Servicios Públicos”, en: *Lecturas Escogidas del curso Contratación Pública* T. II, Maestría en Derecho de la Empresa, PUCP, Lima, 2005, 64 pp.

SOSA WAGNER, Francisco. “La Autonomía Local”, en: GARCIA ENTERRIA, Eduardo, Libro Homenaje, *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid, 1991, T. I., pp. 3185-3225.

VILLAR EZCURRA, José. “Las infraestructuras públicas”, en: Ariño Gaspar. *Principio de derecho público económico*, Comares, Granada, 2004, pp. 671-712.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La noción de servicio público en el sistema jurídico peruano: Una aproximación”, en: *Derecho Administrativo*. Jurista Editores, Lima, 2004.

Artículos de revistas

AMADO, Daniel y AMIEL, Bruno. “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras”. En: *Thémis*, No 50, Lima, 2005, pp. 59-68.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos”, en: *Revista de Administración Pública*, No 157, Enero-Abril, 2002, Madrid, Rumagraf, pp. 441-461.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la constitución peruana”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año No 12, T. II, 2006, Mastergraf, pp. 879-901.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El Régimen Socio-Económico y Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español”, en: *Derecho & Sociedad*, Año VI, No 10, Lima, 1995, Los Andes, pp. 83-102.

FIGUEROA, Oscar. “Transporte urbano y globalización: Políticas y efectos en América Latina”, en: *EURE*, Santiago, Diciembre, Vol. 31, No 94, 2005, pp. 41-53.

FISCHEL, William. “Expropiaciones y elección pública”. “La persuasión del precio”. Rev. *Thémis* No 48, Lima, 2004, pp. 117-122.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Estado y Municipio en el Perú”, en: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII, No 41, Diciembre, 2002, Normas Legales, pp. 1-18.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La Distribución Territorial del Poder en Iberoamérica con especial referencia a Colombia, Chile y Perú”, en: *Derecho y Sociedad*, Año VI, No 10, 1995, pp. 103-112.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Seguridad jurídica, servicio público y confiabilidad judicial”, en: *Thémis*, AÑO XL, No 50, 2005, Lima, Impreso, pp. 33-37.

GUGLIELMI, Gilles. “Gestión Privada de los Servicios Públicos”, en: *Serie Servicios Públicos*, No 9, Buenos Aires, 2004, Ed. Ciudad Argentina, 69-165 pp.

GOMEZ DE LA TORRE, Andrés. “Concesión de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?”, en: *Ius et veritas*, Año 11, No 22, Lima, Gráfica Educativa, pp. 72-87.

HARO SEJIAS, José. “Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas”, en: *Thémis*, No 50, Lima., 2005, Impreso, pp. 151-167.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio. “Seguridad Jurídica y Actuación Administrativa” en: *Documentación Administrativa*. No 218-219, abril-septiembre, Madrid, 1989, pp. 197-210.

JANOSCHKA, Michael. “El nuevo modelo de la ciudad latinoamericana: fragmentación y privatización”, en: *EURE*, Santiago, Diciembre, Vol. 28, No 85, 2002, pp. 11-20.

KRALICH, Susana. “La ecuación más privado, menos estatal: quiénes pierden y quiénes ganan. El caso del servicio de transporte público en el Gran Buenos Aires”, en: *EURE*, Santiago Septiembre, Vol. 28, No 84, 2002, pp. 85-101.

KRESLAJA, Baldo. “La Reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993”, en: *Ius et veritas*, Año 11, No 22, Junio 2001, Lima, Mavisa, pp. 272-306.

KRESALJA, Baldo. “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, en: *Thémis*, XXXV, No 39, 1999, Lima, pp. 39-155.

LAZARTE MOLINA, Jorge. “El concepto de servicio público en el Derecho Peruano” en: *Ius et veritas*, Año 13, No 26, Junio 2003, Lima, Mavisa, pp. 68-85.

LEDGARD, Reynaldo. “La ciudad moderna”, en: *Márgenes*, Año I, No 2, Octubre 1987, Alfa, pp. 83-104.

MAIRAL, Héctor. “La Influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho Administrativo Argentino”, en: *Revista de Documentación Administrativa*. No 267-268. Septiembre 203- Abril 2004. Madrid, pp. 339-365.

MALARET, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, en: *Revista de Administración Pública*, No 145, Enero-Abril 1998, Madrid, Rumagraf, pp. 49-87.

PAREJA LOZANO, Carles. “Autonomía y Potestad Normativa de las Corporaciones Locales”, en: *Revista de Administración Pública*, No 138, Set-Oct. 1995, Madrid, Rumagraf, pp. 107-141.

PASQUEL, Enrique. “Tomando la Propiedad en Serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas”, en: *Ius et veritas*, Año XV, No 31, Lima, 2005, Gráfica Educativa, pp. 114-126.

PASQUEL, Enrique. “Expropiación: Una Visión Económica Alternativa”, en: *Thémis*, No 48, Lima, 2004, Impreso, pp. 123-132.

PEREZ HUALDE, Alejandro. “Servicios Públicos y Reforma Constitucional”, en: *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 3, No 4, Enero-junio, 2003, Lima, Grijley, pp. 105-126.

QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. “Están desapareciendo los servicios públicos?” , en: *Derecho & Sociedad*, Año VIII, No 12, 1997, Lima, Los Andes, pp. 203-218.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley”. *Revista de Administración Pública*, No 100-102, V. I, Enero-diciembre, Madrid, 1983, pp. 417-432.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. “Servicios Públicos, Regulación y Constitución”, en: *Revista Peruana de Derecho de Empresa*, Año XIX, No 57, Junio-2004, Lima, Osbac, pp. 31-57.

THOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. “Del Servicio Público a la Liberalización desde 1950 hasta hoy”, en: *Revista de Administración Pública*, No 150. Septiembre-diciembre, 1999, Madrid, pp. 57-73.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “La regulación como técnica de intervención administrativa”, en: *Derecho & Sociedad*, Año XV, No 23, Lima, 2004, Los Andes, pp. 43-54.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”, en: *Thémis*, Año XXXV, No 39, 1999, Lima, pp. 99-119.

Documentos varios

APOYO OPINION Y MERCADO-CIDATT. "Evaluación del sector transporte y terminales terrestres de Lima", Mayo 2006, 50 pp.

CIDATT. “Perú: Impactos de la libre importación de vehículos usados sobre la vida y salud de la población”. CIDATT, Diciembre, 2002. 52 pp.

CIDATT. “Estudio de Mercado del Transporte Interprovincial de Pasajeros en el Ámbito Nacional”. CIDATT, Mayo 2006. 97 pp.

COMISION EUROPEA. “Libro Blanco. La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad”. Comunidades Europeas, Italia, 2002, 127 pp.

COMISION ANDINA DE JURISTAS. “EL transporte terrestre de pasajeros y el Transporte de carga como servicios públicos: Una mirada a partir de la Constitución de 1993”. Consulta solicitada por la CONATT, Lima-2004, 109 pp.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Diario de los Debates, T. III., Constitución de 1993, CCD, Lima, 1998, 2616 pp.

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMIA, “La infraestructura que necesita el Perú”. ADEPSEP, Lima, 2005, 203 pp.

MUNICIPALIDAD DE LIMA. Proyecto de Ordenanza Municipal. Documento de Trabajo al 19/09/05. El cual obra en poder de PROINVERSION y la CEPRI-LIMA, copia del mismo les ha sido remitido a los postores, una copia electrónica se encuentra en la sede de Asociación de Propietarios de Ómnibus Interprovinciales del Perú-APOIP, Av. Paseo de la República No 291-507 Lima, 24 pp.

MUNICIPALIDAD DE LIMA. "Estudio de demanda, localización y análisis económico financiero de los terminales interprovinciales de pasajeros de Lima Metropolitana" TECNICA Y PROYECTOS S.A., Lima, 2003, 64 pp.

Recursos electrónicos

COMISION DE ACCESO AL MERCADO-INDECOPI. Estadísticas sobre barreras burocráticas, Año 2005, <http://www.indecopi.gob.pe/> (08.08.06 a 23.45 hrs.)

PAZ-ARES, Cándido y AGUILA REAL, Jesús. “Un ensayo sobre la libertad de empresa”. Disponible en http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direito/libertad.pdf, (26.08.06, 15.35 hrs.)

PROINVERSION: Proyectos de terminales terrestres interprovinciales. <http://www.proinversion.gob.pe/oportunidades/SD/sd007.htm>; (15.05.06, hrs. 14.30).

PROINVERSION: Bases del concurso de Terminales Terrestres de Lima. No 001-2005-MML/CEPRI/LIMA, aprobadas por la Resolución Municipal de Lima No 113-MML del 31/03/2005.

http://www.proinversion.gob.pe/oportunidades/SD/Documentos/Terminales_TerrestreMETROPOLITANA/Bases%20del%20Concurso.pdf (15.05.06, hrs. 15.40).

PROINVERSION: Proyecto de contrato para los Terminales Terrestres de Lima. http://www.proinversion.gob.pe/oportunidades/SD/Documentos/Terminales_Terrestres_LIMA_METROPOLITANA/Primer%20Borrador%20Contrato.pdf (15.05.06, hrs. 15.50)

CIDATT. Estadísticas sobre le parque automotor en el Perú. Datos disponibles en www.CIDATT.com.pe/parque2000. (11.09.06, hrs: 16.22)

MTC: Terminales Terrestre Interprovinciales autorizados.

Disponible

http://www.mtc.gob.pe/portal/logypro/plan_intermodal/principal.html.

en:

(MTC 15/06/2006, hrs. 16.40)

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TACNA. Terminal Terrestre Manuel A. Odría, disponible en. <http://www.munitacna.gob.pe/participacion/default.php> (25.05.06, hrs: 15.55)

INEI, Lima: Población Censada, 1940-2005 www.inei.gob/biblioinei.asp. (22/06/2005, Hrs: 15.38)

MINISTERIO DE VIVIENDA Y CONSTRUCCION: Plan Nacional de Desarrollo Urbano. Lineamientos de Política de Desarrollo Urbano 2006-2015. www.urbanoperu.com/documentos/files. (12.09.06, Hrs: 11.00)

CIDATT: Parque vehicular Perú 1999-2005. www.CIDATT.com.pe/parque2000. (11.09.06, Hrs: 16.22)

Periódicos

El INFORME GEM/PERU Centro de Desarrollo de Emprendedor de ESAN. GLOBAL. Fuente: GLOBAL ENTREPRENEUSHIP MONITOR PERU 2004-2005. EN: Diario *El Comercio*, Lima, del 11.12.05. “Radiografía de un emprendimiento, pp. b 5

COTLER, Julio. Entrevista: “Estoy convencido que el proyecto Humala es una cosa espantosa”, en: Diario, *El Comercio*, Lima del 21.05.06, pp. a2.

Diario *El Comercio*. “Por falta de un buen transporte público el tráfico en Lima es lento y congestionado”, Lima, del 11.06.06. pp. a 22.

Diario *El Comercio*: “Atrapados en el laberinto. Entre el pavimento y los fierros”, Lima, del 16.07.06, pp. a8

Diario *El Comercio*: “Lima necesita vehículos de mayor capacidad y menos contaminantes”, Lima, del 26.08.06, pp. a12.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones: Política Sectorial para el Sector Transporte en el Perú. Separata Especial, en: *El Peruano*, 17.07.02.

ORTIZ DE ZEVALLOS. Entrevista: “Lima está cortada en pedacitos que no son gestionables”. *El Comercio*, 01.10.06, pp. a2.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC. 020 y 021-2005-PI/TC del 27/.09/05, “Hoja de coca”

STC 0013-2003-AI/TC del 04/05/04, “Conflictos Lima-Huaro-chiri”.

STC 0001-2005-AI/TC del 06/06/05, “Autonomía municipal y el SOAT”

STC 0048-2004-PI/TC del 01.04.05, “Regalías mineras”

STC. 0012-96-I/TC del 24/04/97, “Autonomía Universitaria”
STC 0015-2005-PI/TC del 05/01/06, “Autonomía municipal y ejecución coactiva”
STC 008-2003-AI/TC del 11/09/03 “Costos mínimos del transporte”
STC 018-2003-AI/TC del 26/04/04, “Ley especial y principio de igualdad ante la ley”.
STC 3315-2004-AA del 17/01/05, “Libre competencia, empresas y usuarios”.
STC 2185-2002-AA del 04/08/04. “Libertad de contratar”.
STC 3330-2004-AA/TC del 11/07/05, “Libertad de empresa”.
STC 0034-2004-AI/TC del 15/02/05, “Medio pasaje urbano”.
STC 037-2000-AA/TC del 24.08.01, “El transporte terrestre como servicio público”.
STC. 1270-99-AA/TC del 13.07.00, “El transporte terrestre como servicio público”.
STC 522-2001-AA/TC del 10.07.02, “El transporte terrestre como servicio público”.
STC 498-2001-AA/TC del 10.07.02, “El transporte terrestre como servicio público”.
STC 436-2005-PA/TC del 18.03.05, “Terminales propios o alquilados”.
STC 257-2002-AA/TC del 08.01.03, “Libertad de contratar-Terminal de Huaura”
STC: 943-2000-AA/TC del 18.10.01, “Terminal de Chimbote”.

Jurisprudencia administrativa de INDECOPI

Resolución No 0089-2004/TDC del 17.03.2004, “Distancias entre grifos”
Resolución No 0210-1998/TDC del 07/08/ 1998, “Terminales obligatorios de Lima”.
Resolución No 0034-1998/TDC del 06/02/1998, “Terminal obligatorio de Trujillo”.
Resolución No 0025-2006/CAM del 09/02/2006, “Terminal obligatorio de Huamanga”.
Resolución No 0205-2006/CAM del 02/11/2006, “Terminal de Huancayo”.

Normas legales

Ley No 27181, “Ley de Tránsito y Transporte Terrestre”.

Ley No 27972, “Ley Orgánica de Municipalidades del Perú”.

Ley No 27783, “Ley de Bases de la Descentralización”.

Decreto Legislativo No 757, “Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada”.

Decreto Supremo No 059-96-PCM, “TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

Decreto Supremo No 060-96-PCM, “Reglamento de la ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

Decreto Supremo No 009-2004-MTC, “Reglamento Nacional de Administración de Transporte.”

Ordenanza Municipal No 161-MPH-CM, del 22.10.03 del municipio de Huancayo. “Normas sobre terminales terrestres”.

Acuerdo de Concejo No 271-MML, del 16.09.04, “Aprueba Modelo Tipo de Convenio de Estabilidad Jurídica de Inversión Privada en Lima Metropolitana”.

Acuerdo de Concejo N° 095–MML, del 22/04/2004, “Aprueba proceso de promoción de inversión privada del Sistema de Terminales Terrestres de Pasajeros para el Área Metropolitana de Lima de Transporte Nacional e Internacional.”.

La Resolución Defensorial N° 108 –2006/DP del 25 de octubre del 2006.

RESUMEN DE TESIS: “Terminales Terrestres Interprovinciales”

Luis Enrique Flores Fernández, de la Maestría de Derecho de Empresa:

La investigación ha tenido por objeto demostrar que el proyecto de concesión de los terminales terrestre interprovinciales desde los municipios, modelo elaborado por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION), se ha inobservado el ordenamiento jurídico vigente, además de un tratamiento inadecuado de la naturaleza jurídica de algunas instituciones jurídicas como la concesión y la autorización administrativa.

El modelo nos ha obligado pasar revista sobre la autonomía municipal y sus límites, las competencias de los municipios en materia de transporte terrestre interprovincial, las cuales son reducidas en función a las políticas sectoriales nacionales y, cualquier regulación local al respecto son de complementariedad a dichas políticas. Sin embargo, en materia urbanística, los municipios indirectamente pueden asumir un rol determinante sobre las actividades del transporte interprovincial en el casco urbano de las ciudades.

Este proyecto, como atracción a la inversión privada, prioriza un esquema de monopolización de las actividades de embarque y desembarque de pasajeros, lo cual nos lleva a verificar si los servicios de transporte terrestre de pasajeros y sus actividades complementarias, son de titularidad pública o privada, a fin de descartar su otorgamiento en concesión. Por adición, conocer los límites de intervención estatal en estas actividades económicas, por ende, si los servicios del transporte de pasajeros califican como servicios públicos.

Una reseña sobre la regulación de las actividades de embarque y desembarque de pasajeros, desde la aparición del transporte interprovincial hasta hoy, así como las soluciones que se han venido dando desde la posición de la autoridad como de los operadores privados, derivándose en una presencia de operadores tanto públicos como privados, a pesar que la norma sectorial realiza una declaración de titularidad privada. También forma parte de esta investigación una descripción del modelo urbano de la ciudad de Lima a fin de poder discernir la compatibilidad del proyecto de PROINVERSION con el molde urbanístico de la ciudad independientemente del marco jurídico sobre la materia.