

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“EL TRANSPORTE URBANO DE PASAJEROS

Servicio Público y Actividad Económica sujeta a las reglas de mercado”

**Trabajo de investigación para optar el grado de Magíster en Derecho de
la Empresa**

AUTOR

LENIN WILLIAM MAYORGA ELÍAS

ASESOR

Diego Hernando Zegarra Valdivia

LIMA – PERÚ

Abril, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

La noción de servicio público, tanto en la doctrina como en el marco normativo peruano, requiere la concurrencia de tres elementos: i) el elemento funcional, vinculado a la existencia de una actividad de interés general, ii) el elemento orgánico, relacionado con la persona pública encargada de gestionar los servicios y, iii) el elemento material, constituido por el régimen jurídico especial, entendido como el régimen exorbitante que a su vez implica prerrogativas del poder público.

Es precisamente el interés general, el que legitima la imposición de un régimen jurídico especial, que contenga medidas destinadas a garantizar las características de igualdad o generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad, que deben cumplir los servicios públicos. Por su parte, la *publicatio* o reserva a favor del Estado, constituye únicamente el requisito formal que legitima la intervención estatal en una actividad, que siendo de interés general, requiere la adopción de un régimen jurídico especial que garantice su prestación adecuada.

Hoy en día, tanto la Constitución Política del Perú, como la Ley Orgánica de Municipalidades y la ley de creación de la Autoridad de Transporte Urbano (ATU), establecen que el transporte urbano de personas en el ámbito provincial, es un servicio público. Con ello, se reconoce el interés general que reviste esta actividad económica y al mismo tiempo se legitima la aplicación de un régimen jurídico especial.

Este régimen jurídico especial debe ser entendido como el régimen exorbitante que a su vez, implica prerrogativas del poder público, sin que ello tenga que referirse necesariamente a una intervención total del Estado en la actividad a través de concesiones administrativas; ya que el régimen jurídico que se adopte, deberá adecuarse a la realidad social y económica existente al momento de su implementación.

Por estas razones, el presente trabajo propone que no todas las actividades que constituyen servicios públicos, deben estar sujetas a la misma rigurosidad regulatoria, sino que ello dependerá de los problemas o fallas que presenten los mercados para conciliar los intereses, aparentemente contrapuestos, entre usuarios y entidades prestadoras.

Frente a ello, al momento de diseñar el régimen jurídico especial aplicable al transporte urbano, deberá considerarse que el régimen de autorizaciones administrativas resulta compatible con instrumentos de regulación como la racionalización, la fijación de estándares y los concursos competitivos; instrumentos que permitirían garantizar las características de generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad a un menor costo regulatorio y sin necesidad de recurrir a las concesiones administrativas como títulos habilitantes.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. JUSTIFICACION.....	8
III. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	9
SECCIÓN 1.....	10
LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	10
1. NOTAS DOCTRINARIAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO PÚBLICO.....	11
1.1. El Servicio Público – Concepción Tradicional.....	11
1.2. Elementos del Servicio Público	11
1.3. Requisitos para la calificación de servicios públicos	15
1.4. Otras concepciones vinculadas a la institución de Servicio Público	15
2. EL SERVICIO PÚBLICO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO	17
2.1. Constitución Política Vigente	17
2.2. La noción de servicio público para el Tribunal Constitucional.....	18
2.3. La actual regulación sectorial del Transporte	19
2.4. El transporte de personas como servicio público local	20
SECCIÓN 2.....	23
EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO PERUANO.....	23
1. EL TRANSPORTE URBANO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO.....	24
1.1. La concepción histórica del transporte urbano en el marco normativo peruano	24
1.2. El Estado y el Transporte de Personas en el marco normativo vigente	30
1.3. La Regulación del Transporte Terrestre en el marco normativo vigente.....	32
1.4. El caso de la MML	34
SECCIÓN 3.....	37
TÍTULOS HABILITANTES DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE	37
1. Notas Generales sobre la Regulación del Transporte.....	38
2. Modelos de Gestión del Transporte Urbano	40
3. El Régimen de Concesiones Administrativas para el transporte urbano	42
3.1. La Concesión Administrativa	42
3.2. Características de la Concesión.....	43

3.3.	El riesgo del privado en las concesiones administrativas	44
3.4.	Idoneidad de la concesión como título habilitante del transporte urbano.....	46
4.	El Régimen de Autorizaciones Administrativas para el transporte urbano	49
4.1.	La autorización administrativa	49
4.2.	Compatibilidad del régimen de autorizaciones con la noción de servicio público	50
4.3.	¿Riesgo y Ventura del Privado?	52
	CONCLUSIONES	54
	BIBLIOGRAFÍA.....	56

I. INTRODUCCIÓN

La derogación de la Ordenanza Municipal N° 1338 y la posterior emisión de la Ordenanza N° 1599 por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima - MML han puesto de manifiesto el tratamiento jurídico de una actividad cuya realización es tan común como confusa es su naturaleza jurídica: el transporte regular de personas en el ámbito local. Y es que además de las innovaciones tan discutidas a nivel político como la incorporación de jornadas máximas de manejo, la obligación de utilizar buses patrón para la prestación de servicio, o la obligación de suscribir contratos de trabajo con los choferes; este trabajo habrá de enfocarse específicamente en la naturaleza del transporte urbano de personas a efectos de determinar si debe o no ser considerado como servicio público y las consecuencias jurídicas que ello implica.

Muchas han sido las labores de diagnóstico realizadas respecto al marco regulatorio aplicable al transporte de personas en el ámbito local, principalmente en el área Metropolitana de Lima. Así por ejemplo destacan el Informe elaborado por la Defensoría del Pueblo denominado "*El transporte Urbano en Lima Metropolitana. Un desafío en defensa de la vida*"¹ y "*La Guerra del Centavo. Una mirada actual al transporte público en Lima Metropolitana*"². En dichos documentos se pone de manifiesto la problemática del transporte

1 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2008). "*Informe Defensorial N° 137: El transporte Urbano en Lima Metropolitana. Un desafío en defensa de la vida*". Páginas 51 y 52. En este informe se ponen de manifiesto problemas como la contaminación ambiental, la antigüedad del parque automotor, la denominada Guerra por el centavo, estancamiento en el nivel de precios, congestión vehicular, pérdida de horas hombre, mayores costos de mantenimiento y desvalorización de la propiedad por efectos del tráfico.

2 BIELICH SALAZAR, Claudia. (2009). *La Guerra del Centavo. Una Mirada Actual al Transporte Público en Lima Metropolitana*. Lima. Instituto de Estudios Peruanos. Páginas 22 y 34. En dicho documento, se analiza la realidad del transporte urbano de personas en la ciudad de Lima (y el área conurbada formada con el Callao) proponiendo que los problemas de mala conducción son promovidos por la normativa vigente. De acuerdo con la autora, al no contar con un contrato de trabajo (ergo tampoco con salarios y horarios fijos), los choferes se ven inmersos en lo que denomina "*La Guerra del Centavo*", es decir, en una suerte de competencia destructiva en la que los agentes pugnan por cada "céntimo" del pasaje disponible en el mercado con la finalidad de cubrir los gastos y costos en los que incurren estas empresas. Es la guerra del centavo la que da origen a los problemas típicos del servicio de transporte de personas de alcance local. Así, se concluye, por un lado que el transporte público de personas involucra diferentes costos: costos de operación, costos fijos, costos variables, costos de congestión y costos sociales; y por el otro, que es el marco normativo el que promueve la generación de estos sobrecostos al contener un inadecuado esquema de incentivos

urbano en la capital, asociando –*en el segundo caso*– los problemas del transporte urbano con el esquema regulatorio adoptado por nuestro ordenamiento jurídico.

A ello debe agregarse que hoy en día la experiencia internacional ha difundido ampliamente el concepto de Sistemas Integrados de Transporte, que mediante el planeamiento y provisión integral de los componentes de servicios de transportes, permiten atender de mejor manera las necesidades de desplazamiento de la población objetivo.. Un Sistema integrado de transportes implica tres niveles de integración: (i) integración física de las infraestructuras y servicios de transporte (buses, corredores segregados, líneas de metro, teleféricos, entre otros), (ii) integración del pago (o de medio de pago), entendida como la posibilidad de acceder a todos los componentes del sistema a través de un único dispositivo que contenga información para la identificación y el pago del servicio de transporte requerido, e (iii) integración tarifaria, que implica que la tarifa es cobrada en función al viaje (origen-destino) y no al número de componentes del sistema que se utilicen para su recorrido.

De esta manera es posible identificar cuatro componentes básicos en todo Sistema Integrado de Transportes:

- Centro de control.- Este componente permite la implementación de la integración Física del Sistema. Es el encargado de planificar los viajes, horarios, unidades disponibles, semáforos, atención de emergencias o contingencias y coordinación con otras entidades (bomberos, policías, entre otros). La importancia del Centro de Control radica en la necesidad de contar con una planificación centralizada de la solución del transporte que pretenda proveerse, de modo tal que todos los componentes del sistema interactúen armónicamente.
- Unidad de Recaudo.- Este componente está relacionado con la integración del pago y la integración tarifaria. Su función involucra: la venta de medios de pago para usuarios nuevos (tarjetas), la recarga del medio de pago, la reposición en caso de pérdida o robo, la validación de los pagos realizados por los usuarios y el reparto de ingresos entre los agentes del Sistema. Para este último caso, ante la existencia de más de un operador privado o en caso de APP, será necesaria la implementación de por lo menos un fideicomiso de recaudación y pagos para garantizar la sostenibilidad del Sistema. Lo recomendable es que, en caso de concurrencia de operadores, el encargado de la

unidad de recaudo, debe ser un agente independiente a los operadores, a efectos de evitar incentivos perversos en el reparto de ingresos.

- Unidades de Transporte.- Conformado por aquellos agentes del Sistema que prestan efectivamente el servicio de transportes. Están integradas por las diferentes modalidades, entre ellas: buses, corredores segregados, teleféricos, líneas de metro, monorrieles, bicicletas públicas, entre otros.

A partir de diversos estudios y nuevos modelos de gestión, se ha reformulado el marco regulatorio a nivel municipal, en el que llama la atención la supresión (no sabemos si voluntaria o no) de la calificación del transporte regular de pasajeros como servicio público municipal.

Por otro lado es importante iniciar el presente trabajo estableciendo como premisa que en lo que corresponde a los títulos habilitantes aplicables al transporte de personas, tanto la ley (LGTT) como el Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, (en lo sucesivo, el RNAT)³ establecen un régimen mixto, dejando abierta la posibilidad de que a nivel municipal se adopten concesiones o autorizaciones en función a criterios como la congestión o la contaminación ambiental de una determinada vía. De esta manera aparecen una variedad de servicios: regulares, buses en corredores segregados (COSAC's), complementarios, alimentadores, entre otros; que pese a tratarse de la misma actividad económica, están sujetos a distintos títulos habilitantes y consecuentemente a distintos modelos de gestión. Esto último crea amplia confusión entre los agentes que prestan servicios de transporte.

En ese sentido, el presente trabajo tiene por objeto determinar si el transporte urbano de personas constituye en nuestro ordenamiento jurídico un servicio público, con la finalidad de desarrollar, a partir de esa concepción, un modelo regulatorio que permita gestionar de manera más eficiente dicho servicio.

El presente trabajo se ha desarrollado en tres secciones.

- Primera Sección, se abordarán los principales aspectos teóricos del servicio público y los alcances de dicha institución en el Derecho peruano.
- Segunda Sección, se desarrollará la evolución del ordenamiento jurídico peruano en materia de servicios de transporte urbano.

³ Reglamento Nacional de Administración de Transporte (RNAT)

- Tercera Sección se evaluarán los títulos habilitantes regulados en la normativa vigente para proponer mejoras en el marco normativo vigente.

II. JUSTIFICACION

La ausencia de un servicio de transporte público eficiente genera costos sociales significativos a las ciudades y los individuos por pérdidas en el bienestar, en el uso eficiente del tiempo y en la productividad de la economía nacional. De esta manera el transporte constituye un medio indispensable para la realización de actividades económicas, lo que legitima la intervención estatal para que éste sea prestado en condiciones adecuadas.

Esta intervención estatal se materializa mediante la imposición de regímenes regulatorios orientados hacia la racionalización de rutas y unidades de transporte para “optimizar” la prestación de servicios; sin embargo el análisis realizado por las diferentes entidades competentes no ha considerado la naturaleza de servicio público del transporte urbano de personas, lo que se pone de manifiesto en la coexistencia de regímenes regulatorios diferenciados, pese a que nos encontramos frente a la misma actividad.

En ese sentido, teniendo en cuenta que de acuerdo a la doctrina clásica francesa, la categoría de “servicio público” puede entenderse como el fundamento y límite de la actuación estatal; resulta necesario determinar cuáles son esos fundamentos y límites y así establecer el nivel adecuado de intervención estatal en el transporte de personas entendido en su concepción jurídica y económica.

El presente trabajo encuentra su principal justificación en la inexistencia de trabajos que analicen al transporte urbano desde esta concepción; lo que podrá servir de base a las diversas entidades en la comprensión y articulación del concepto de servicio público y lo que por ello debe entenderse en el ordenamiento jurídico peruano.

III. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La calificación del transporte urbano como un servicio público debe entenderse en dos dimensiones: la primera relacionada con la reserva de la potestad de planificación a cargo del Estado, lo que implica expresamente la posibilidad de limitar el acceso al mercado; y la segunda referida a la legitimidad de las intervenciones estatales con mecanismos regulatorios más intrusivos que los que se permiten en una economía liberalizada.

El régimen regulatorio adoptado tras la liberalización del transporte público ha generado una serie de efectos no deseados durante la última década, los cuales se materializan en la baja calidad del servicio. Esto se debe principalmente a que las soluciones propuestas por las diversas administraciones están orientadas a la racionalización de rutas para “optimizar” la prestación del servicio, sin detenerse a analizar los fundamentos de la regulación que plantean.

Sólo reconociendo la naturaleza de servicio público del servicio de transporte terrestre podrá formularse un nuevo marco regulatorio en el que se reconozca el especial deber que la Administración tiene respecto a esta actividad. Ello permitirá formular un nuevo marco normativo. Ahora, si bien de acuerdo a la doctrina clásica y constitucional, para calificar a una actividad económica como servicio público se requiere que aquella sea de titularidad estatal, ello no implica que la concesión administrativa deba ser el título habilitante a emplear. Por el contrario, ello implica que existe un especial deber por parte de la Administración para generar las condiciones que garanticen su adecuada provisión .

Por lo expuesto, la hipótesis del presente trabajo queda formulada de la siguiente manera:

“Respecto al transporte urbano de personas de alcance local, la Administración tiene un especial deber de generar las condiciones necesarias que permitan garantizar una adecuada prestación del servicio, lo que se logrará al reconocerle la naturaleza jurídica de servicio público. Este especial deber de la Administración no debe entenderse como la necesidad de optar por la concesión como título habilitante toda vez que resulta válido implementar un sistema de autorizaciones que garantice las características de servicio público del transporte urbano de personas.

SECCIÓN 1

LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

1. NOTAS DOCTRINARIAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO PÚBLICO

1.1. El Servicio Público – Concepción Tradicional

Doctrinariamente se han esbozado diferentes nociones de servicio público, surgiendo conceptos variados como el de servicio público objetivo, subjetivo⁴ o virtual, servicios de interés general (propios del derecho comunitario), e incluso un concepto al que se ha denominado el nuevo servicio público.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo se ha considerado la definición tradicional que concibe al servicio público como:

“El conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer las necesidades colectivas de interés general, entendiendo por reserva la publicatio de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración (lo que significa; establecimiento de monopolio a favor de ésta y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada), sin perjuicio de que aquélla pueda abrir ésta a la referida iniciativa privada en virtud de su disposición sobre la forma de gestión de la propia actividad”⁵.

En ese mismo orden de ideas Diego Zegarra define al servicio público como el *“servicio técnico prestado al público de manera regular o constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”⁶*

De esta manera tres son las notas distintivas de la institución del servicio público; la existencia de una actividad de interés general, su reserva a favor del Estado y finalmente la sujeción a un régimen jurídico especial.

1.2. Elementos del Servicio Público

4 LUCIANO PAREJO Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea. Pág 53

5 LUCIANO PAREJO Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea.

6 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. Pág 148

En clara concordancia con lo anterior, Diego Zegarra siguiendo a Morenilla identifica tres elementos fundamentales de los servicios públicos: funcional, orgánico y material⁷.

1.2.1. Elemento Funcional

Se encuentra vinculado a la existencia de una actividad de interés general sin considerar si la administración es la responsable de su provisión, o si ésta ha sido asignada a un privado. Para tal efecto, se considera que el concepto de servicio público desfasa a los intereses individuales y los trasciende, constituyendo un arbitraje de intereses particulares que se proyecta en los servicios públicos⁸. Es precisamente el interés general el que legitima la imposición de un régimen jurídico especial que puede incluir cuando resulte estrictamente necesario, restricciones a la libre competencia.

De esta manera, en el plano funcional⁹ habrá de entenderse al servicio público como equivalente de determinadas características exigidas por el interés general, entre las que se encuentran igualdad o generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad¹⁰.

Así, el principio de igualdad o generalidad se materializa a través del derecho de acceso al servicio, esto es de la obligación de contratar con toda persona que requiera la prestación de la actividad y de que la contratación se realice en las mismas condiciones para cada categoría previamente establecida. Cabe precisar que la generalidad no debe entenderse como a la población entera, sino la parte de ésta que siente la necesidad para cuya satisfacción se creó el servicio¹¹.

Por su parte el principio de continuidad habrá de entenderse como el deber de prestar el servicio de manera ininterrumpida (salvo en los supuestos previamente establecidos en la

7 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. Pág 53 -58.

8 **Sobre el particular, doctrina extranjera afirma que “la esencialidad es forzosamente, así, un concepto jurídico indeterminado por lo que su precisión es el resultado de una valoración que corresponde efectuar al legislador en cada momento en función de los intereses públicos que representa”.** SOSA WAGNER, Francisco. **La Gestión de los servicios públicos locales. Segunda Edición.** Editorial Civitas S.A. Madrid (España) 1995. Pág 36

9 Luciano Parejo Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea Pág 67-68.

10 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 28-30

11 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista peruana de derecho de la Empresa pág. 35
<http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>

norma y el contrato respectivo), mientras que el principio de regularidad estará relacionado con la obligación de prestar los servicios según el estándar predeterminado. Asimismo, el principio de mutabilidad o adaptabilidad, consiste en la obligación de que, incluso ante circunstancias imprevisibles, la administración o el operador privado estarán obligados a prestar los servicios de la mejor manera posible dadas las restricciones.¹²

1.2.2. Un Elemento Orgánico

Se encuentra relacionado con la Persona Pública, ya que los cuerpos administrativos son los encargados de gestionar los servicios públicos como resultado de la publicación de una actividad (*publicatio*). Sin embargo cabe precisar que la *publicatio* debe entenderse como la incorporación de una actividad al sistema de derecho público, por lo que sólo habrá de expresar la decisión estatal de que una determinada actividad quede sujeta a un régimen especial (elemento material)¹³ y de ningún modo la afectación de bienes a la realización de una actividad determinada, con ello se excluye la atribución de derechos reales a favor del Estado.

Al respecto resulta pertinente la advertencia realizada por Juan Carlos Cassagne en tanto afirma que la publicación, únicamente consiste en la transferencia de la actividad de la persona pública a la persona pública, siendo los demás aspectos que suelen asociarse a la idea de servicio público, producto del régimen jurídico especial que se adopte¹⁴. De modo complementario, autorizada doctrina nacional y extranjera proponen dejar de lado el concepto de titularidad estatal y referirse a prestaciones con garantía pública, indicando que se trata de una definición más consistente con la política económica del Estado actual, que se caracteriza por cumplir estrictamente el rol subsidiario establecido en la Constitución Política del Perú.

Hasta este punto, la *publicatio* o reserva a favor del Estado es únicamente el requisito formal que legitima la intervención estatal en una actividad, que siendo de interés general, requiere

12 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 28-30

13 CASSAGNE, Juan Carlos. El Servicio Público en el Campo de la Contratación Administrativa En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005 pág 62

14 CASSAGNE, Juan Carlos. El Servicio Público en el Campo de la Contratación Administrativa En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005 pág 61

la adopción de un régimen jurídico especial que garantice su prestación adecuada¹⁵. Este requisito formal se materializa a través de la emisión de una ley del Congreso.

1.2.3. Un Elemento Material

Este elemento está constituido por el régimen jurídico especial, entendido como el régimen exorbitante que a su vez implica prerrogativas del poder público. Por ello, doctrina nacional afirma que “no se podría hablar de servicio público si es que determinadas prerrogativas de poder público – derivadas del *régimen* jurídico – no pertenecen o no están de acuerdo con los agentes que gestionan o ejecutan el servicio de interés general”¹⁶.

Tal como señala Santistevan de Noriega, comúnmente los servicios públicos estarán sujetos a regulación en los supuestos en los que el servicio público sea delegado a un privado¹⁷; para lo cual debe entenderse a la regulación de manera genérica, es decir como forma de intervención pública que consiste en imponer restricciones a las decisiones de los agentes económicos¹⁸

A ello cabe agregar que la concepción de autores españoles como Gaspar Ariño, que se refieren al viejo servicio público como:

“un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle”

15 Corresponde sin embargo precisar que a diferencia de lo propuesto en el presente trabajo un sector de la doctrina italiana “ha entendido que esta reserva supone una prohibición de los particulares de ser titulares de las empresas en el sector sobre el cual ésta opera o impide que los sujetos privados puedan ser titulares de la situación jurídica subjetiva de empresarios. (...) Ha de operar sobre servicios públicos esenciales, es decir, servicios destinados al público y de interés público, que den respuesta a necesidades comunes que puedan calificarse de públicas o sobre fuentes de energía o en fin, sobre situaciones de monopolio, bien se presente este de forma absoluta y cara o solapada, es decir, cuándo se ha instaurado una dominación a través de mecanismos más sutiles”. SOSA WAGNER, Francisco. La Gestión de los servicios públicos locales. Segunda Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid (España) 1995. Pág 33. No obstante, como se ha mencionado estos aspectos suelen ser resultado del régimen jurídico especial que se adopte para la gestión de los servicios públicos.

16 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. 59-61

17 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista peruana de derecho de la Empresa pág. 39 <http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>

18 LASHERAS, Miguel. La Regulación Económica de los servicios públicos. Barcelona. Editorial Ariel. Primera Edición Año 1999. Pág. 18.

A ello obedece precisamente la regla de contar con un régimen jurídico especial adoptado por cada Estado. Sin embargo ello no debe entenderse como una regla general aplicable a todas las actividades calificadas como servicio público, ya que el régimen jurídico que se adopte, deberá adecuarse a la realidad social y económica existente al momento de su implementación.

1.3. Requisitos para la calificación de servicios públicos

Tal como señala Jorge Danós, Para que una actividad sea calificada como servicio público se presentan dos requisitos¹⁹:

- 1.3.1. Un requisito material, relacionado con la especial importancia que la actividad debe tener para la sociedad en su conjunto.
- 1.3.2. Un requisito de carácter formal, que exige que la *publicatio* sea establecida mediante una norma con rango de ley, o por el criterio motivado del máximo intérprete de la Constitución y la Leyes.

1.4. Otras concepciones vinculadas a la institución de Servicio Público

Además de la definición esbozada en los acápites anteriores, es importante hacer referencia a otras concepciones e instituciones vinculadas a los servicios públicos. En este contexto la STC 127/1994 concibe al servicio público como un instrumento de política al señalar que “la noción de servicio público es una técnica que – al igual que otras constitucionalmente posibles – puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las actividades públicas y privadas”²⁰. En ese mismo orden de ideas, Danós Ordóñez califica al servicio público como una técnica jurídica cuyo objeto es garantizar

19 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 19

20 Luciano Parejo Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea Pág 65

“prestaciones de carácter económico y social que son consideradas “esenciales” por el poder público en un momento determinado”²¹.

Asimismo para el caso español se hace una distinción entre aquellas actividades que revistiendo un interés general, han sido formalmente declaradas como tal de aquellas otras que se califican simplemente como actividades reglamentadas o de interés general. A estas últimas se les ha denominado servicios públicos virtuales o impropios²².

Por su parte, la normas de la Comunidad Europea incluye el concepto de Servicios de Interés General, que según autorizada doctrina nacional son:

“Aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios de mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general – por lo que deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia – y que por ello están sometidas a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar”²³.

Finalmente, un concepto que requiere especial mención es el de “nuevo servicio público”, promovido por autores como Gaspar Ariño, que identifican al servicio público con un sistema caracterizado por un intensivo (y ahora innecesario) régimen regulatorio caracterizado principalmente por titularidad pública, concesiones cerradas, derechos de exclusividad, obligación de suministros, fijación de precios, entre otras. Basado en estos aspectos, este autor señala que la concepción tradicional de servicio público ha contribuido al paso de una sociedad desequilibrada a una más civilizada, igualitaria y próspera, concluyendo que esta institución constituye el pasado y no el futuro²⁴

21 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 25

22 ARIÑO, Gaspar. La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005 pág 15

23 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. Pág 232

24 Gaspar Ariño y Juan Miguel de la Cuétara. Ekonomíaz N° 37, pág 35-36

Así, la concepción del “nuevo servicio público” adopta a la competencia como uno de los pilares del nuevo marco regulatorio²⁵. Para ello se propone no calificar como servicios públicos a toda una actividad o sector, sino únicamente a tareas, funciones o misiones concretas; que habrán de quedar sujetas a la garantía estatal respecto a sus cualidades inherentes²⁶.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, estos aspectos constituyen mecanismos adoptados como parte del régimen jurídico especial y no reglas generales aplicables a todos los servicios públicos.

2. EL SERVICIO PÚBLICO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

2.1. Constitución Política Vigente

Respecto a la noción de servicio público, distintos autores concuerdan al señalar que no es posible arribar a una concepción única²⁷, debiendo agregarse a ello que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en los que se definen, al menos de manera general, las directrices del servicio público, hoy en día el marco normativo peruano carece de una noción unívoca de esta institución²⁸. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que ello se debe 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”*²⁹.

25 ARIÑO, Gaspar. La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005 pág

26 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista peruana de derecho de la Empresa pág. 36-39 <http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>

27 Probablemente por ello Luciano Parejo afirma que “El servicio público es, así se ha repetido hasta la saciedad, una noción – carente de definición legal y, por tanto, esencialmente dogmática – que de la mano de su misma expansión, dice todo y nada” (...) “no es una categoría dogmática unívoca”. Luciano Parejo Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea. Pág 52.

28 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. Pág 327

29 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PLENO JURISDICCIONAL - 00034-2004-PI/TC – Resolución del 15 de febrero de 2005 Fundamento 37

En ese sentido cabe mencionar que nuestra Constitución Política hace referencia a esta institución con diferentes concepciones y en diferentes artículos³⁰. Es así que Jorge Santistevan afirma que el marco constitucional vigente contiene tres referencias a este concepto: i) la primera contenida en el artículo 119 en tanto señala que la 'dirección y gestión de los servicios públicos está en manos del Consejo de Ministros³¹, ii) la segunda es la contenida en el artículo 58 de la Constitución en el que no sólo se hace referencia al papel orientador que cumple el Estado sino que se le habilita a actuar en las áreas de servicios públicos y iii) la tercera desarrollada en el artículo 162 referido al rol supervisor que se le asigna a la Defensoría del Pueblo en el cumplimiento del rol estatal y de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía³².

De lo anterior es posible afirmar que nuestra Constitución sigue recogiendo al menos estas dos concepciones de servicio público. Una a la que denominaremos subjetiva, en la que se asocia a esta institución como sinónimo de funciones estatales, que los identifica genéricamente con el Poder Público o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente jurídico y, otra objetiva, referida a actividades Económicas de carácter prestacional calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por particulares³³. Esta última concepción es la que sustenta el presente trabajo, por lo que desde el punto de vista de nuestra constitución habrá de considerarse servicio público a aquellas actividades que por revestir un interés general han sido reservadas para el Estado a efectos de aplicar un régimen jurídico especial con el objeto de garantizar un nivel adecuado de prestaciones.

2.2. La noción de servicio público para el Tribunal Constitucional

30 Las diferentes referencias se ubican en los artículos 58° referido al modelo social de mercado, 65° que protege el interés de los consumidores y usuarios, 92° que define las incompatibilidades de la función de congresista, 119° referida a las funciones del Consejo de Ministros, 162° asociada a la función supervisora de la Defensoría del Pueblo, 192° asociada a las funciones de los gobiernos regionales y 197° respecto a las funciones de los gobiernos locales.

31 ZEGARRA, Diego. El servicio público Fundamentos. Palestra Editores, Lima, 2005p. 347. Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0034-2004-PI/TC, del 15 de febrero de 2005, f. j. 37.

32 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista peruana de derecho de la Empresa pág 32 <http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>

33 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 15

A nivel jurisprudencial y recogiendo los aspectos doctrinarios desarrollados en los acápites precedentes, el Tribunal Constitucional ha reconocido un conjunto de aspectos que para identificar a un servicio público, destacando su carácter prioritario y primordial, prestado bajo parámetros y estándares previamente establecidos por el Estado y en condición de igualdad³⁴.

Sin embargo, pese a que nuestra Constitución es congruente con muchos de los aspectos hasta ahora desarrollados, cuando el Tribunal Constitucional aborda la noción de servicio público lo hace bajo dos premisas claramente definidas: i) la esencialidad de la actividad y ii) la irrelevancia de la titularidad estatal. Por ello afirma que la *publicatio*, no es la principal característica, sino el especial rol de garante que este ejerce en la provisión adecuada y oportuna del servicio, independientemente de que sea la propia administración pública, o un privado, el encargado de su gestión³⁵. Son estas afirmaciones las que permiten señalar que si bien no lo hace directamente, nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado el concepto al que se adscribe la Unión Europea, a pesar que dicha figura no ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que desconociendo la relevancia del requisito formal de la *publicatio*, extrapola los conceptos y características propias del servicio público y sustenta su aplicación en ciertas actividades económicas liberalizadas, bajo la premisa de la subsidiariedad de la actividad estatal³⁶.

2.3. La actual regulación sectorial del Transporte

A nivel sectorial la normativa es clara al distinguir diferentes regímenes jurídicos para cada una de las actividades que conforman la industria del transporte terrestre. Por un lado para la gestión de infraestructura (o mercado aguas arriba) ha adoptado un régimen de exclusividad, así como regulación económica y contractual que incluye además la incorporación de un

34 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PLENO JURISDICCIONAL - 00034-2004-PI/TC – Resolución del 15 de febrero de 2005 Fundamento 40

35 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PLENO JURISDICCIONAL - 00034-2004-PI/TC – Resolución del 15 de febrero de 2005 Fundamento 41

36 Al respecto Baca Oneto señala que "el servicio público regulado en la constitución peruana es el servicio esencial, que no solo no requiere de titularidad administrativa, sino que incluso la posibilidad de esta puede estar excluida, en tanto no está contemplada en dicha norma, que sí reconoce la libertad de empresa, la cual, según el propio texto constitucional puede ser delimitada pero en ningún momento se dice que excluida radicalmente en ciertas materias. Baca Oneto, Víctor. Servicio Público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 392

organismo regulador (OSITRAN) que simultáneamente habrá de normar, supervisar, fiscalizar, sancionar, atender reclamos de usuarios y resolver controversias entre las entidades prestadoras. Mientras tanto, para el mercado de servicios (o aguas abajo) ha establecido a la competencia como instrumento principal de regulación, promoviendo el libre acceso al mercado y la fijación de precios por efectos de la oferta y la demanda.

En este contexto se emitió la Ley N° 27181, Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, que si bien no reconoce la cualidad de servicio público al servicio de transporte regular de personas; establece que este debe prestarse garantizando la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente³⁷. Del mismo modo la mencionada norma determina que el marco regulatorio del transporte terrestre habrá de perseguir como principales objetivos la promoción de la inversión privada (de manera preferente frente a la pública), la competencia y el uso racional de las infraestructuras disponibles.

Con esto se pone de manifiesto que la normativa sectorial de alcance nacional no recoge los elementos constitutivos del servicio público (titularidad estatal, actividad esencial y régimen jurídico especial), por lo que dicha actividad *-de manera general-* no podría recibir esta calificación. Sin embargo, resulta interesante advertir que tanto a nivel legal como reglamentario, la noción de publicación y de régimen jurídico especial se encuentran presentes en la competencia que ejercen los gobiernos locales para otorgar concesiones administrativas sobre servicios de transporte, claro está, previa declaración de áreas o vías saturadas.

De esta manera, la normativa nacional contiene una clara distinción entre el régimen jurídico aplicable a este servicio en el ámbito urbano, toda vez que habilita a los gobiernos locales a intervenir de manera más intrusiva cuando concurra el supuesto de existencia de áreas o vías saturadas.

2.4. El transporte de personas como servicio público local

Tres son las actividades que reserva la CPP para los gobiernos locales respecto a los servicios públicos de su jurisdicción: organización, reglamentación y administración. Con estas premisas nuestra Carta Magna deja abierta la posibilidad de que a nivel legal o reglamentario se defina el marco jurídico especial en el cual la Administración, a través de los gobiernos locales, ejercerá un rol más activo que el reservado para otras actividades

³⁷ Ley N° 27181. Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre.

liberalizadas. En nuestra opinión son precisamente el interés general de la actividad y la subsidiaridad estatal, los que legitiman la intervención estatal a través de un régimen jurídico especial.

En este orden de ideas, el mismo artículo asigna a las municipalidades la competencia para desarrollar y regular servicios de transporte y tránsito terrestre, permitiendo de esta forma no solamente la sujeción a un régimen jurídico especial, sino también la participación activa de la administración mediante la realización de actividades económicas destinadas a satisfacer el interés general. Todo ello pone de manifiesto que el texto constitucional asigna al Estado la titularidad sobre el transporte y tránsito de alcance local.

Estas apreciaciones se condicen con lo señalado en el artículo 73 de la LOM, en tanto califica al transporte como un servicio público local. Es decir, si bien la normativa sectorial no contiene el requisito formal de la publicatio para el servicio de transporte público de personas, esto se debe a que de acuerdo a la Constitución y la LOM, la cualidad de servicio público en esta actividad está limitada a aquellos servicios que se presten dentro del ámbito local. De ahí que la propia LGTT contemple como instrumento regulatorio la declaración de vías saturadas que permite limitar o suprimir la competencia, que a su vez constituye un objetivo de la propia ley, cuando existan problemas de contaminación o congestión significativos. Esta cualidad debe ser declarada por la municipalidad provincial respectiva previa realización de los estudios técnicos que correspondan.

Doctrinariamente se ha establecido que el servicio público local, atiende pues “no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia para su desarrollo. (...) De donde se sigue la distinción entre los servicios públicos locales caracterizados por i) la declaración formal de su publicatio, ii) su naturaleza prestacional; iii) la necesidad de su gestión por procedimiento o forma de derecho público; y iv) su respuesta al criterio teleológico de los fines de la competencia municipal³⁸. En consecuencia, en opinión propia los elementos funcional y orgánico del servicio público se encuentran establecidos en los dispositivos precitados, por lo que el transporte urbano de personas debe ser considerado como un servicio público, sin que ello implique afirmar que el régimen jurídico especial al que se encuentra sometido, sea idóneo para el cumplimiento de los objetivos de interés general.

En una concepción distinta el Tribunal Constitucional ha manifestado que si bien respecto

38 Luciano Parejo Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea. Pág 54

al transporte urbano no existe una calificación expresa en la normativa vigente, ello no implica que se deba desconocer su carácter esencial³⁹, asimilando el transporte urbano a la figura del servicio de interés general, que no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido coincidimos con Ignacio Hernández quien afirma que no corresponde referirse a la categoría de servicios de interés general toda vez que dicha noción surge en el derecho comunitario con dos objetivos: permitir el otorgamiento de derechos de exclusividad, cuando ello sea estrictamente necesario para asegurar su adecuada gestión y garantizar el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos⁴⁰. Mientras tanto para el derecho peruano implicará la existencia de una actividad de vital importancia que por efectos de la publicación, habilita a la Administración a implementar un régimen jurídico especial, en el cual las limitaciones a la libre competencia, constituye sólo una de las modalidades de intervención.

En ese sentido, tampoco corresponderá concebir al transporte urbano de personas bajo la noción del nuevo servicio público, pues ello implicaría asociar la concepción tradicional de esta institución con la idea de reserva y monopolio, lo cual resulta a todas luces impreciso; pues existe la opción de optar por un régimen jurídico especial⁴¹, el cual podrá ser modificado por el legislador o la administración en función a las necesidades propias de la actividad, sin que ello implique de modo alguno la modificación del concepto de servicio público.

39 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - PLENO JURISDICCIONAL - 00034-2004-PI/TC – Resolución del 15 de febrero de 2005 Fundamento 43

40 Hernández, José Ignacio. La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas. En MODERNIZANDO EL ESTADO PARA UN PAÍS MEJOR Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores Lima, Perú. Abril de 2010. Pág. 312.

41 CASSAGNE, Juan Carlos. El Servicio Público en el Campo de la Contratación Administrativa En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005 pág 61

SECCIÓN 2

EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO PERUANO

1. EL TRANSPORTE URBANO EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

1.1. La concepción histórica del transporte urbano en el marco normativo peruano

La regulación del transporte urbano se remonta a los inicios de nuestra vida colonial con la fijación de reglas para el transporte en calesas, carretas y los primeros sistemas ferroviarios, su relación con la conservación de la infraestructura, la creación de tributos y la fijación de infracciones y sanciones. Desde aquella época se han emitido diversas disposiciones en esta materia hasta que en 1941, con el gobierno de Manuel Prado Ugarteche se aprobó el primer Reglamento para el transporte colectivo de vehículos en autobús.

La CPP de 1933 reconocía la naturaleza de servicio público a los transportes, estableciendo que en virtud de una ley el Estado podía reservar a su favor la gestión de los diferentes servicios de transportes, incluso si aquellos fueran de propiedad privada.

Bajo este contexto se dictaron una serie de normas amparadas en dicha calificación, como la creación de ENATRU PERÚ en junio de 1976 bajo la presidencia de Francisco Morales Bermúdez, con la finalidad de establecer servicios de transporte de personas en las ciudades del país que así sean determinadas por el MTC, en base al orden de prioridades que para tal fin se apruebe, teniendo en cuenta fundamentalmente, las necesidades de la colectividad. Con la creación de ENATRU se da inicio a la idea de implementar un Sistema de Transporte Urbano en forma gradual en las diferentes ciudades del país. Asimismo se creó la Comisión de Regulación Económica del Transporte que regulaba los servicios públicos interdepartamentales e interprovinciales de transporte ferroviario, automovilístico, marítimo y fluvial y fue creada en 1961 mediante Ley N° 13700. Esta Autoridad fue sustituida posteriormente en 1969, mediante Ley N° 17848 por el Organismo Regulador de Tarifas de Transportes – ORETT. Cabe mencionar que la fijación de tarifas era considerada un procedimiento administrativo y como tal estaba sujeta al recurso de revisión ante el Poder Judicial (CSJR).

Sin embargo, no fue sino hasta 1981 cuando empieza a diseñarse un marco normativo moderno con instituciones, que si bien de manera rudimentaria, contenían los criterios básicos sobre los cuales se desarrolla hoy e día el ordenamiento jurídico peruano en materia de transporte urbano.

La Constitución Política de 1979 ya contenía un régimen económico, que a diferencia del actual se basaba en el principio de justicia social, que habilitaba al Estado a formular la política económica y social de los diversos sectores económicos, si bien debía hacerlo garantizando el pluralismo económico, no existía el principio de subsidiariedad del Estado en la economía, por lo que éste podía ejercer actividad empresarial. Estos tres supuestos, tan ampliamente esgrimidos, otorgaban al Estado plena libertad para intervenir en la economía. Bajo estas directrices, la primera Ley Orgánica de Municipalidades (Decreto Legislativo N° 051) asignaba a los gobiernos locales la competencia para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito en el ámbito de su competencia. Todo ello sin considerar expresamente al transporte urbano como un servicio público local, a diferencia de lo que sucede hoy en día con la actual Ley Orgánica de Municipalidades, en la que sí existe una relación taxativa de dichos servicios.

Fue después de 40 años, cuando en 1981 se aprobó el “Reglamento del Servicio Público de Transporte Urbano de Pasajeros en Microbuses”, norma en la que continuaban reconociendo la categoría de servicio público a esta actividad. Con esta norma se crearon comités de transporte y se les permitió prestar servicio en el área urbana. Es decir, si bien las municipalidades provinciales eran competentes en materia de transporte urbano, el gobierno central dictaba las directrices generales sobre las cuales las municipalidades habrían de ejercer sus competencias.

Esta norma trajo consigo muchos conceptos que se han ido en unos casos reformulando y otros readoptando, lo cierto es que como primera norma era posible evidenciar ciertas notas distintivas como la adopción de estándares de especificación, toda vez que en aras de garantizar la calidad y seguridad del servicio, la norma regulaba aspectos tan específicos como la capacidad de los buses, tipo de motor, asientos, puertas, pasamanos y material a ser utilizado en los pisos.

La norma establecía que para la prestación del servicio era necesario conseguir previamente una concesión, la cual se entregaba por dos años prorrogables; sin embargo no establecía su diferencia con la autorización ya que utilizaba ambos conceptos de manera indistinta.

Otro de los aspectos interesantes de esta norma es la existencia de una Comisión Técnica Mixta conformada por representantes del MTC , el Concejo Municipal, la Guardia Civil y los transportistas; cuya función era definir el número de unidades, aspectos técnicos de las

autorizaciones y la emisión de pronunciamientos sobre los aspectos que le fueran sometidos a consulta. A esto debe agregarse que las tarifas eran fijadas por la autoridad administrativa⁴², debiendo remitirse al MTC las planillas correspondientes a cada mes.

En este contexto el Estado dictaba normas para autorizar a empresas públicas como Petro Perú a cubrir la diferencia fijadas por el organismo regulador (ORTT), siendo el MTC el encargado de determinar la procedencia y el monto a reconocer a efectos de que Petro Perú realice el pago correspondiente⁴³.

Posteriormente en octubre de 1981 se reformula la concepción de ENATRU, estableciendo que esta empresa se ocuparía de la prestación del servicio, construcción de obras de infraestructura así como la adquisición y operación de equipos. Adicionalmente se establecieron medidas como la prohibición de internamiento en depósitos oficiales de los vehículos que habiendo sido sancionados estuvieran ligados al servicio público de transporte urbano de pasajeros mientras subsista la escasez de unidades.

Este mismo año se emitió el Decreto Supremo N° 060-81-TC, en el que se repetían errores como la utilización indistinta de la autorización y la concesión, sin embargo en ambos casos se reconocía la naturaleza de acto administrativo del título habilitante, pues no requería su perfeccionamiento a través de un contrato. Pese a esta confusión en esta norma se dejaba de lado a la concesión administrativa y se empezaba a regular el actual régimen de autorizaciones. Si bien esta norma fue dejada en suspenso y no entró en vigencia resulta importante revisar la concepción que empezaba a gestarse con la CPP de 1979 y la Ley de Municipalidades.

Según este Reglamento, las autorizaciones (llamadas también concesiones) eran otorgadas por un periodo de cinco años ya sea por existencia de una ruta no atendida, así como para la ampliación, modificación o fusión de una ruta. En todos los casos, la Comisión Técnica Mixta era la encargada de evaluar las solicitudes de autorización y eran otorgadas por el representante que la presidía.

Pese al cambio de títulos habilitantes, el nuevo reglamento contenía disposiciones relacionadas con la naturaleza de servicio público del transporte urbano, como la fijación de frecuencias nocturnas por parte de la autoridad, respeto de las frecuencias

⁴³ Decreto Supremo N° 059-81-EF.

programadas, la obligación de contar con auxilio mecánico, respeto de las tarifas fijadas y a normas de conducta.

Un aspecto resaltante es que este reglamento introduce los conceptos de transporte regular y especial, siendo el primero aquel en el cual existe una ruta y frecuencias preestablecidas, mientras que el segundo podría solicitarse para circunstancias preestablecidas como paseos o excursiones, sin embargo, para ello el comité debía acreditar contar con capacidad de buses suficientes para atender también sus obligaciones de transporte regular.

A finales de 1981 se emitió el Decreto Supremo N° 079-81-TC en el cual se dispuso la descentralización de funciones, señalando que la Comisión Técnica Mixta, que hasta ese momento era un órgano único de alcance nacional, se constituiría en un órgano municipal. De modo complementario se emitieron dispositivos adicionales por los cuales se derogaban los Reglamentos nacionales a efectos de que las Municipalidades expidan sus propias norma (DS 044-85-TC) y se les otorgaba la facultad de fijar las tarifas (Ley N° 24619).

En 1983 por Decreto Legislativo N° 267 se creó el Fondo Financiero de Transporte Terrestre, que otorgaría créditos a las empresas que prestaban el servicio de transporte de personas.

A finales de los ochenta vuelven a producirse cambios importantes en materia de transporte urbano, ya que si bien se había dado prevalencia a la descentralización de las competencias en materia de transporte urbano, el gobierno central emitiría el Decreto Supremo N° 025-88-TC que aprobaría un nuevo Reglamento del Servicio Público de Transporte urbano en ómnibus, declarando a esta actividad de necesidad y utilidad públicas. Con esta norma desaparece la figura del comité y se hace referencia a empresas o asociaciones de transportes.

Un punto relevante es el retorno a la concesión como título habilitante, que con esta norma adoptaría al contrato como instrumento jurídico para su materialización; siendo la autoridad administrativa la competente para otorgarla, modificarla y extinguirla; para lo cual se requería la formulación de un informe técnico que sustente tal decisión. Nuevamente, serían las municipalidades provinciales las competentes en esta materia y también las encargadas de la fijación de tarifas.

Con esta norma se amplía la libertad de las empresas señalando que las empresas podrían optar entre el uso de microbuses, autobuses y buses articulados. Si bien los postores podían o no ser propietarios, debían acreditar que contaban con la flota requerida previamente al inicio de sus operaciones, mediante cualquier instrumento contractual.

Asimismo es posible identificar rasgos característicos del servicio público pues se empiezan a regular supuestos como la necesidad de servicio en mayores frecuencias, lo cual podía ser requerido por la autoridad al concesionario; sin embargo, en caso que éste se negara la Administración podía convocar a licitación para las frecuencias que fueran necesarias. Con esto se dejaban de lado criterios económicos como las economías de escala por la necesidad del servicio.

El Reglamento considera en esta etapa tres tipos de servicios: regular, especial y preferencial, éste último se refería a aquel servicio en el que el número de pasajeros no debía exceder el número de asientos disponibles. Por su parte en el transporte regular, que es el que más se identifica con el servicio público se establecían obligaciones adicionales como: organizar cursillos de educación vial, brindar avisos sobre seguridad, respetar el número máximo de pasajeros establecidos en el respectivo texto contractual, aseo, cortesía, uso de uniformes, entre otros.

De modo complementario, ese mismo año este servicio público fue declarado en emergencia por un periodo de 24 meses, dictándose disposiciones para facilitar la importación de vehículos a nivel nacional y a la escasez de repuestos. Del mismo modo se autorizó al Banco de la Nación para otorgar avales a los transportistas inscritos, previa afectación del 75% del valor CIF de los vehículos. Estas condiciones fueron extendidas a las Municipalidades mediante Decreto Supremo N° 032-89-TC.

Otra de las medidas implementadas durante este periodo fue la creación de un fondo de contingencia, que constituía un autoseguro a favor de las empresas de transporte por daños debidamente comprobados.

Dos años después con el Gobierno de Alberto Fujimori, empiezan a darse nuevos cambios sustanciales en materia de transporte urbano a efectos de generar las condiciones sobre las cuales se sostendría el nuevo régimen constitucional económico de 1993. La medida más relevante de este periodo fue la contenida en el Decreto Legislativo N° 651 (julio de 1991), en el que se declara el libre acceso al servicio, se elimina toda barrera legal y

administrativa, se permite la prestación del servicio por parte de personas naturales y sobre todo se establece la libre competencia en la fijación de tarifas. Si bien muchas estas medidas se encuentran vigentes hasta la fecha el tema del libre acceso fue modificado en el año 2002 mediante Ley N° 27774, en el que se establece que las autorizaciones serían otorgadas siempre y cuando la empresa solicitante cumpla con los requisitos establecidos por la Administración.

Estas medidas fueron reforzadas en 1992, cuando mediante Decreto Supremo N° 010-92-TC se estableció la obligación de formular un “Plan Regulador de Rutas”, a cargo de las Municipalidades Provinciales. Asimismo se señalaba que las personas naturales o jurídicas debían solicitar “en los municipios provinciales las rutas”, sin hacer referencia a las concesiones o autorizaciones como títulos habilitantes.

Ya con la nueva Constitución Política de 1993, en julio de 1995 se aprobó mediante Decreto Supremo N° 12-95-MTC. Llama la atención que a pesar de la “liberalización” de la actividad, siga siendo considerada servicio público y sea considerada de necesidad y utilidad pública y de interés nacional por ser básica para el desarrollo del país.

Entre las novedades de esta norma se encuentra que considera dos tipos de autoridades: una normativa, el MTC y una Administrativa, la Municipalidad provincial. Asimismo establece a la concesión como título habilitante para prestar este servicio público. Con este nuevo Reglamento, la concesión es otorgada por periodos renovables de 10 años y se perfecciona mediante un acto administrativo (resolución) que si bien establece horarios, ya no fija frecuencias.

Este nuevo Reglamento continúa considerando la existencia de una Comisión Técnica Mixta a cargo de las municipalidades provinciales y la creación de una Organización de Transportistas (ORDETT) que debía agrupar a no menos del 25% de empresas, a efectos de contar con un representante en la Comisión Técnica Mixta. Nuevamente se establecen tres tipos de servicios: especial, preferencial y regular; siendo el transporte regular aquel que debe cumplir con un origen, destino, horario, frecuencias, requisitos y condiciones.

Otra de las innovaciones introducidas por este reglamento fueron las figuras de: i) modificación de ruta, que debía ser aprobada por resolución administrativa, ii) suspensión de autorización, que podía ser de parte por un plazo máximo de 10 días o de la autoridad por un plazo máximo de 60 días, iii) Abandono que se configura cuando se deja de prestar

el servicio por tres días consecutivos y iv) la renuncia que debía presentarse como mínimo 30 días antes. Estas obligaciones ponen de manifiesto la naturaleza de servicio público de la actividad, toda vez que se encuentran estrechamente vinculadas a la necesidad de continuidad.

A nivel institucional en 1997, mediante Decreto Supremo N° 011-97-MTC se autoriza al MTC a suscribir el convenio para la creación del “Consejo Metropolitano de Transporte de Lima y Callao” como ente de coordinación en materia de transporte urbano.

Finalmente, nuestro régimen jurídico vigente en materia de transporte y tránsito llega con la promulgación de la Ley N° 27181, en virtud de la cual se emitieron diferentes reglamentos nacionales.

1.2. El Estado y el Transporte de Personas en el marco normativo vigente

Las reformas constitucionales formuladas durante la última década del siglo veinte, en atención a las recomendaciones del Consenso de Washington, han permitido que en los últimos años se replantee el rol del Estado. Con la adopción de los principios contenidos en el Capítulo Económico de la Constitución, el Estado se ve obligado a asumir competencias nuevas y diferentes, ya no como proveedor exclusivo de bienes y servicios, sino como ente promotor y regulador⁴⁴.

Asimismo en 1997, el Banco Mundial publicó un documento denominado *El Estado en un mundo en transformación*, que propone un enfoque basado en las fallas de mercado y la equidad como objetivos a perseguir⁴⁵. En ese orden de ideas, un amplio sector de la doctrina propone que los mercados no deberían regularse, a menos que existan causas de interés general que hagan necesaria la intervención del Estado en determinadas actividades económicas⁴⁶.

44 BANCO MUNDIAL. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación. Washington DC. Panorama General. 1997. Página 2.

45 Este enfoque coincide con el modelo económico adoptado por nuestra Constitución, en el que se propone al mercado como mecanismo de asignación eficiente recursos escasos, sin dejar de lado el componente social que promueve la equidad entre los agentes económicos.

46 BREYER, Stephen. Analizando el fracaso en la regulación: Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. 1998. En: THEMIS N° 52. Página 9.

De acuerdo con esta nueva concepción, en el Perú rige el modelo de economía social de mercado, por lo que los agentes privados son libres de realizar cualquier actividad económica, siempre que aquella no haya sido reservada expresamente a favor del Estado. De esta manera, la intervención del Estado sólo se justifica cuando la existencia de fallas de mercado impida la obtención de resultados económicamente eficientes, o cuando la actuación de los agentes en el mercado, genere efectos socialmente no deseados. La intervención estatal puede darse a través de mecanismos de regulación económica o social.

Esta tendencia se manifiesta claramente en el Sector Transportes, en el que la regulación permite la inversión privada en las distintas modalidades de transporte, y reserva la intervención estatal para aquellos segmentos en los que la inversión privada no es viable. Por ello se observa que en la actualidad no existen empresas estatales de transporte terrestre de pasajeros de alcance nacional.

De otro lado como señala Quintana, recientemente se han desarrollado concepciones de la regulación como un mecanismo de control de comportamientos, compuesto por tres funciones típicas: crear reglas de juego claras, realizar el seguimiento para verificar su cumplimiento y establecer mecanismos idóneos en caso de incumplimientos⁴⁷.

En atención a lo anterior, al diseñar un sistema regulatorio eficaz deben tenerse en cuenta dos aspectos principales: i) la justificación de la regulación que busca principalmente el respeto de los derechos fundamentales y la eficiencia económica y ii) el diseño regulatorio que tiene en cuenta las tres funciones típicas de la regulación.

Ahora bien, la norma general que rige el transporte terrestre es la Ley 27181. De acuerdo con esta norma, la finalidad del Estado en materia de transporte terrestre es promover la competencia en la prestación del servicio, garantizando la seguridad, salud y cuidado del medio ambiente.. Ello se condice con el artículo 65 de la Constitución que defiende principalmente los derechos a la información, salud y seguridad de la población.

Además de lo indicado, el marco regulatorio del transporte terrestre persigue los siguientes objetivos:

47 QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica. En: Revista de Derecho Administrativo.

- La libre y leal competencia bajo la premisa del rol regulador y orientador del Estado y de la subsidiaridad de su actividad empresarial.
- La promoción de la inversión privada en la provisión de servicios de transportes. Para ello el Estado debe garantizar la seguridad jurídica a los agentes que participan en el mercado.
- La internalización y corrección de costos, procurando que todos los agentes económicos asuman los costos de sus acciones, incluyendo las externalidades. La racionalización del uso de la infraestructura mediante la utilización de técnicas modernas de gestión de tránsito..
- La promoción de la iniciativa privada y libre competencia en la construcción y operación de terminales de transporte terrestre de pasajeros y mercancías.

Tomando como referencia estos objetivos, es posible inferir que al proponer la LGTT, el legislador ha tenido en cuenta fundamentos económicos y sociales. Desde el punto de vista económico, la regulación vigente tiene como base la eficiencia, por ello busca corregir fallas de mercado como: i) asimetrías de información, ii) externalidades (congestión de vías, contaminación, accidentes) y iii) barreras estructurales a la libre competencia o competencia excesiva. Mientras tanto, desde el lado social se protege el interés de los consumidores y usuarios y todas sus manifestaciones no enumeradas.

1.3. La Regulación del Transporte Terrestre en el marco normativo vigente

1.3.1. Competencias

La LGTT establece tres grupos de competencias en materia de transporte terrestre. Por un lado la función normativa “consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional”. Esta función corresponde de manera exclusiva al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, sin embargo, los gobiernos regionales y locales pueden emitir reglamentos complementarios dentro de su respectivo ámbito territorial y competencias. De esta manera, los gobiernos locales se encuentran habilitados para emitir normas complementarias sin transgredir a aquellas dictadas por el gobierno central.

Las Competencias de Gestión son aquellas que permiten a la Autoridad Administrativa a implementar los principios rectores y las disposiciones en materia de transporte y tránsito terrestre. Entre estas competencias se encuentra la de otorgar títulos habilitantes como concesiones o autorizaciones para la prestación del servicio. En materia de transporte urbano, las municipalidades provinciales ejercen las competencias de gestión.

Finalmente, la función fiscalizadora, supervisora y sancionadora implica la facultad para “detección de infracciones y la imposición de sanciones por incumplimiento de los dispositivos legales vinculados”.

1.3.2. Naturaleza de la actividad

En la industria del transporte terrestre existe separación vertical entre los segmentos de i) infraestructura desarrollada directamente por el Estado o indirectamente a través de concesiones y ii) servicios, cuya prestación se encarga a particulares, ya sea a través de concesiones o autorizaciones. Para la normativa sectorial, ya sea a nivel provincial, regional o nacional, el transporte de personas no es considerado un servicio público, al menos de manera expresa. Sin embargo, como se verá más adelante es posible identificar las notas distintivas de dicha institución en al menos una de sus modalidades, el transporte regular.

Ya a nivel de servicio y tal como se ha venido haciendo desde la década de los ochenta, el transporte de personas es prestado de acuerdo a la clasificación establecida en la normativa nacional, para lo cual se requiere obtener la autorización que corresponda por parte de la autoridad competente. En ese sentido, el RNAT establece la siguiente clasificación:

- Servicio de transporte regular de personas que es aquel *“realizado con regularidad, continuidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad para satisfacer necesidades colectivas de viaje de carácter general, a través de una ruta determinada mediante una resolución de autorización”*⁴⁸. Este servicio será: i) estándar cuando se permita el viaje de personas sentadas y de pie o ii) diferenciado cuando se brinda con mayores condiciones de comodidad y confort.

48 Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. Reglamiento Nacional de Administración de Transportes. Numeral 3.62 del Artículo 3.

- Servicio de transporte especial de personas que es aquel en el que no concurren las características del transporte regular, incluye las modalidades de transporte turístico, traslado, visita local, excursión, gira, circuito, de trabajadores, de estudiantes, social, auto colectivo y taxi⁴⁹.

Como puede verse, características como la regularidad, continuidad o generalidad propias del servicio público, se encuentran presentes en la modalidad de transporte regular de pasajeros y no en las otras modalidades. De esta manera, el Estado ha segmentado la actividad del transporte aislando a esta categoría por estar revestida de interés general. En ese sentido, el régimen jurídico especial incluye instituciones como el abandono, renuncia y la suspensión de la autorización, precisamente cuando el agente encargado no garantice el cumplimiento de estas condiciones.

1.3.3. Títulos Habilitantes

Es importante fijar nuestra atención en los títulos habilitantes aplicables al transporte de personas ya que tanto la ley (LGTT) como el Reglamento Nacional de Administración de Transporte (RNAT) establecen un régimen mixto en materia de títulos habilitantes, dejando abierta la posibilidad de que a nivel municipal se adopten concesiones o autorizaciones.

Es recién con el RNAT con el que se establece una diferencia entre las concesiones y las autorizaciones administrativas, reconociendo en las primeras su naturaleza de acto administrativo y de contrato, pero limitando su aplicación a las áreas o vías saturadas declaradas formalmente por la municipalidad. De esta manera, la concesión constituye un título habilitante exclusivo para los gobiernos locales y sólo se justifica cuando existen niveles de contaminación ambiental o congestión vehicular.

1.4. El caso de la MML

A diferencia de lo que sucede en la normativa de alcance nacional, la Ley N° 23853, reconoce al transporte urbano el carácter de servicio público municipal, con lo cual se configura el criterio formal de esta institución. En este contexto, se debe desarrollar el régimen jurídico especial.

49 Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. Reglamento Nacional de Administración de Transportes. Numeral 3.63 del Artículo 3.

A nivel de gobiernos locales, la Municipalidad Metropolitana de Lima ha sido probablemente la más prolija en el desarrollo de normas complementarias en materia de transporte urbano. Recientemente ha emitido las Ordenanzas N° 1599 y 1613, que dejan sin efecto a la Ordenanza 1338 emitido en el año 2009 durante el mandato de Luis Castañeda. Es decir todas estas normas han sido emitidas durante la vigencia del actual RNAT. Para comprender este punto es necesario desarrollar algunos puntos importantes, entre los que destacan los siguientes:

1.4.1. Naturaleza de la Actividad

Como se ha señalado en los puntos anteriores, el transporte urbano ha sido considerado un servicio público hasta 1999 con la promulgación de la LGTT. De ahí que los reglamentos nacionales y normativa complementaria hayan dejado de lado esta cualidad.

A nivel municipal la Ordenanza Municipal N° 1338, seguía haciendo referencia al servicio público de transporte, sin embargo, con la emisión de la Ordenanza 1599 se cambió esta denominación por la de servicio de transporte público regular de personas en Lima Metropolitana. De esta manera, la MML se adecúa a la clasificación establecida en el RNAT. Pese a ello, sigue haciendo referencia a características como la continuidad, regularidad, universalidad y otras propias del servicio público. Prueba de ello es la existencia de figuras como la suspensión, abandono y renuncia de autorización, que constituyen mecanismos jurídicos cuando el transportista no se encuentre en condiciones o no tenga interés en prestar el servicio de transporte regular observando las reglas a las que éste se somete.

1.4.2. Régimen Mixto

Siguiendo estas disposiciones la Municipalidad Metropolitana de Lima ha adoptado un régimen mixto, dividiendo al transporte público de pasajeros en: i) Servicio Regular sujeto a un régimen de autorizaciones administrativas otorgadas por la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad de Lima y ii) Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad (COSAC's) sujeto a un régimen de concesiones administrativas a cargo de PROTRANSPORTE.

1.4.3. Los Sistemas Integrados De Transporte

La Ordenanza N° 1613 de la Municipalidad Metropolitana de Lima crea el Sistema Integrado de Transportes que incluye diferentes alternativas o modalidades de transporte terrestre (ferroviario, COSAC, buses, taxis, entre otras), las cuales deben estar integradas tanto

físicamente (estaciones o terminales integrados), como por en lo que corresponde a medios de pago o a los regímenes tarifarios. Esta última forma de integración resulta ser la más ambiciosa y la más difícil de lograr dado el actual régimen regulatorio, toda vez que consiste en la adopción de *“un esquema de coordinación de pagos de los servicios, conforme a la normativa legal vigente, aplicable a todo el sistema, con base en fórmulas técnicas que sean aprobadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima y que forman parte de las concesiones o autorizaciones”*⁵⁰.

Un punto aparte es la multimodalidad existente en la oferta de servicios de transporte. Por un lado existe el sistema de corredores segregados de alta capacidad (COSAC's), los sistemas ferroviarios, los servicios de transporte regular y los servicios de corredores complementarios.

Finalmente se identifican cuatro componentes básicos: i) Centro de control, encargado del planeamiento, control y funcionamiento del sistema, ii) Unidad de Recaudo, venta, recarga, distribución y validación de medios de acceso al sistema, así como el manejo y custodia de los ingresos al fideicomiso, iii) Unidades de Transporte, las que prestan efectivamente el servicio y iv) Fideicomiso, el patrimonio conformado por los ingresos del Sistema. Todo ello con la finalidad de contar con un sistema integrado.

1.4.4. Principales Modificadorias

Las normas emitidas recientemente por la MML han introducido algunas modificadorias, entre las que destacan la creación de un sistema integrado de transportes con componentes de distinta naturaleza, toda vez que algunos estarán sujetos a concesiones y otros a autorizaciones, pese a que se trata de la misma actividad. Asimismo se ha optado por crear un registro de conductores y a la suscripción de contratos de trabajo.

Lo más resaltante de las modificaciones desarrolladas por la Municipalidad de Lima es que si bien se ha eliminado toda referencia a la categoría de servicios públicos, se ha optado por crear un régimen jurídico especial en el que destaca la intervención estatal con estándares de especificación como el “Bus Patrón”, la exigencia de continuidad y regularidad con instituciones como el abandono, renuncia y suspensión de autorización; con una planificación centralizada de rutas.

50 Ordenanza N° 1613

SECCIÓN 3

TÍTULOS HABILITANTES DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE

1. Notas Generales sobre la Regulación del Transporte

Los aspectos desarrollados hasta este punto muestran que durante nuestra vida republicana y hasta la actualidad, si bien en ocasiones se ha hecho expresamente y en otras únicamente respecto a sus características principales, la normativa ha reconocido la naturaleza de servicio público al transporte urbano de personas. Ello implica, bajo nuestra concepción, que el interés general que reviste dicha actividad habilita al Estado a desarrollar un régimen jurídico especial para su regulación.

El concepto de regulación comprende diversos grados de intervención estatal en la economía, destinados a garantizar el buen funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación de recursos escasos⁵¹. De ahí que se pueda afirmar que la regulación está conformada por las medidas adoptadas por el Estado mediante la emisión de normas, como por las soluciones privadas adoptadas por un agente o grupo de ellos.⁵²

La intervención regulatoria del Estado se fundamenta, entre otras razones, en los costos de transacción en los que deben incurrir los agentes para arribar a un acuerdo (contrato de servicio). Ello hace necesaria la existencia de instituciones que faciliten el intercambio comercial y garanticen la eficiencia en dichas operaciones, por lo que a mayor conflictividad mayor será la necesidad de intervención estatal⁵³. Esta condición se aprecia con mayor claridad en la regulación de servicios públicos en la que se tiene que morigerar los alcances de derechos fundamentales como la libertad de empresa y el interés de los consumidores y usuarios (en lo que corresponde a acceso, continuidad, regularidad); derechos que forman la base del modelo social de mercado adoptado por nuestra economía.

Bajo otra concepción, la regulación también es entendida como un mecanismo de control de comportamientos, de modo tal que su objetivo es orientar la conducta de los agentes mediante la creación de reglas, su monitoreo de la regla (que involucra el proceso de recopilación de información para supervisar como se está cumpliendo la regla) y la

51 LASHERAS, Miguel. La Regulación Económica de los servicios públicos. Barcelona. Editorial Ariel. Primera Edición Año 1999. Pág. 18.

52 En: QUINTANA, Eduardo. Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica. En: Revista de Derecho Administrativo N° XX. Pág 255.

53 AGUILAR VALDEZ, Óscar. Consideraciones Jurídicas sobre los principales modelos regulatorios. Su visión desde la experiencia argentina. En: Revista Derecho y Sociedad. N° 26. Año 2006. Pág 122

modificación de comportamientos no deseados, que se traduce en el mecanismo utilizado para restablecer el cumplimiento de la regla en los casos de desvío que se identifican⁵⁴.

Dicho lo anterior, corresponde determinar los supuestos y el nivel de intervención que deben adoptar las administraciones, toda vez que no todas las actividades, ni si quiera todas las que son consideradas servicios públicos, deben estar sujetas a la misma rigurosidad regulatoria, sino que ello dependerá de los problemas que tengan los mercados para conciliar los intereses contrapuestos entre usuarios y entidades prestadoras⁵⁵. Esta afirmación resulta congruente con la noción de servicio público hasta aquí desarrollada, que habilita a la Administración a diseñar un especial régimen regulatorio que permita garantizar – con el menor costo regulatorio – las características de generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad del servicio público.

Para Breyer existen una serie de supuestos a los que denomina “justificaciones típicas” que habilitan al Estado a intervenir en la economía, todas ellas ligadas con el concepto de falla de mercado como monopolios, rentas extraordinarias, efectos colaterales (externalidades), asimetrías de información o competencia excesiva⁵⁶. Más recientemente, Quintana distingue entre justificaciones económicas y no económicas; siendo las primeras la falta de competencia, información asimétrica, externalidades y costos de transacción; mientras que en el segundo grupo identifica a la equidad o justicia distributiva, paternalismo, control de rentas y la escasez⁵⁷.

En principio, al evaluar el servicio de transporte urbano, la problemática es recurrente en diversas ciudades del país: congestión vehicular, contaminación, baja calidad del servicio ocasionada principalmente en el tamaño de la flota, recorridos ineficientes y por qué no mencionarlo, la guerra del centavo. Ciertamente, este último punto ha sido desarrollado ampliamente en el trabajo del mismo nombre, en el que se destaca la necesidad de

54 QUINTANA, Eduardo. Op. cit. Pág 254

55 ARIÑO, Gaspar. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Fundación Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada. 1999. Pág 513 y siguientes.

56 BREYER, Stephen. Analizando el fracaso de la regulación. Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En Themis N° 52. Pág. 10-11

57 QUINTANA, Eduardo. Op. cit. Pág 255

reformular el régimen laboral de los choferes para evitar incentivos perversos en la prestación del servicio, que orientan a dichos agentes a competir por el mayor número de pasajeros, ya que de ello dependen los ingresos que obtengan al final del día.

No es el objeto del presente trabajo reincidir en los aspectos desarrollados en ese y otros informes, sino analizar lo que de ellos han extraído las autoridades locales, pues no es posible desconocer el impacto que han tenido en las actuales regulaciones, principalmente en la que hoy en día viene emprendiendo la Municipalidad Metropolitana de Lima. De esta manera, se busca analizar desde un enfoque jurídico y económico la congruencia del actual marco regulatorio, con la noción de servicio público que hasta ahora se ha desarrollado.

El régimen regulatorio del que partimos es mixto y combina probablemente todos los instrumentos que provee la doctrina. Ello ha dado como consecuencia que para una misma actividad existan regímenes jurídicos diferenciados que contemplan, por un lado la existencia de un esquema de concesiones administrativas para la gestión de los llamados corredores segregados de alta capacidad (COSAC) y sus rutas complementarias y alimentadoras; y por el otro, un régimen de autorizaciones administrativas donde el servicio de transporte de personas es prestado en un esquema de mercado.

Ciertamente, es el marco jurídico de alcance nacional contenido en el RNAT, el que habilita a las municipalidades provinciales a elegir entre ambos regímenes, teniendo como criterio delimitador la existencia de vías saturadas.

2. Modelos de Gestión del Transporte Urbano

Como señala Kresalja, al tratar los fines del Estado, la doctrina suele distinguir entre lo que llama actividades esenciales (como las tareas legislativas, la política exterior, la defensa, la administración de justicia y la hacienda); y actividades no esenciales o de utilidad (como los transportes), hacia las cuales el Estado también dirige su actividad. El problema radica por lo tanto, en determinar cuál ha de ser la amplitud y extensión de su actuación, la cual puede desarrollarse directamente, mediante entes públicos ad hoc o a través de terceros, para brindar y satisfacer los fines sociales de utilidad pública que ha decidido asumir⁵⁸.

58 KRESALJA, Baldo. El Rol del Estado y la Gestión de los servicios públicos. En Themis N° 39. Pág. 40

Ello, agregado al reconocimiento que la actual constitución hace del pluralismo económico y del rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado, permite que en la economía puedan coexistir diversas formas de propiedad y de empresa, permitiéndose a los privados la participación en la vida económica del país de acuerdo a las disposiciones y límites establecidos en la normativa vigente⁵⁹. De esta manera, la regulación debe estar destinada a atender los problemas específicos de cada mercado, mediante la utilización de los instrumentos que provee la doctrina y la teoría económica⁶⁰.

Al hablar de modelos de gestión e instrumentos regulatorios, la clasificación más conocida distingue dos tipos de regulación, la económica y la social. Según esta clasificación la regulación económica tiene por finalidad enfrentar fallas de mercado relacionadas con la falta de competencia, mientras que la regulación social se aplica frente a fallas como costos de transacción elevados, externalidades e información asimétrica⁶¹. De ahí que entre los mecanismos de regulación económica resalten las normas de protección de la competencia, propiedad pública (Estado como proveedor de bienes y servicios), regulación calidad precio y concursos competitivos, mientras que por otro lado, entre los instrumentos de regulación social destacan la aprobación previa, estándares, provisión de información y sistemas de premios y castigos.

Sin embargo, pese a lo que pueda pensarse, al hablar de servicios públicos el tema es bastante práctico pues se limita a un tema de recursos escasos y costos de oportunidad, en donde por ser el Estado el llamado a garantizar las condiciones de generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad del servicio, debe valerse de ese rol subsidiario y promover la mayor cantidad de inversión privada con la menor intervención posible; ello significa que el Estado debe tener herramientas e instrumentos de políticas públicas que

59 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 100

60 AGUILAR VALDEZ, Óscar. Consideraciones Jurídicas sobre los principales modelos regulatorios. Su visión desde la experiencia argentina. En: Revista Derecho y Sociedad. N° 26. Año 2006. Pág 122

61 QUINTANA, Eduardo. Op. cit. Pág 255

permitan una utilización adecuada de esas actividades en beneficio de la población y del bienestar de las personas⁶².

Bajo esta premisa corresponde evaluar la idoneidad del régimen mixto adoptado por la normativa vigente, así como la legitimidad de la congestión y la contaminación como criterios determinantes para optar entre uno u otro modelo de gestión.

3. El Régimen de Concesiones Administrativas para el transporte urbano

3.1. La Concesión Administrativa

Tradicionalmente la concesión ha sido ligada a la definición de servicios públicos e implica la transferencia a uno o varios sujetos de una esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa⁶³, es decir implica el desarrollo por parte de un particular de tareas públicas que de otro modo debería asumir la propia administración⁶⁴.

De esta manera la concesión constituye un mecanismo de prestación indirecta de los servicios públicos, lo que ha permitido dejar de lado su antigua concepción de acto de disposición, para adoptar la forma en la que hoy se le conoce, como un acto de administración. Para Diego Zegarra constituye “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”⁶⁵.

62 VALDÉZ, Alvaro; QUIÑONES, Teresa; SALINAS, Sergio; QUINTANA, Eduardo; BONIFAZ, Luis. Mesa Redonda. Los Servicios Públicos en Debate. En: Revista Derecho y Sociedad N° 26. Año 2006. Pág. 212 - 215

63 VILLAR PALASI, JL. Concesiones Administrativas. NEJ. Seix. Tomo V. Pág 10.

64 ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 – Año 2009. Pág 13.

65 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 101 - 104

En ese orden de ideas la concesión cumple doble finalidad: por un lado permite la colaboración del sector privado en la prestación de un servicio público y por otro posibilitar el aporte privado de los recursos para la gestión y administración de dicho servicio⁶⁶. Cabe precisar que si bien la noción jurídica de concesión está vinculada a la de servicio público, éste último no necesariamente habrá de ser prestado bajo un régimen concesional.

3.2. Características de la Concesión

Al hablar de la concesión en nuestro ordenamiento jurídico, ésta debe ser entendida desde una triple dimensión: procedimiento, acto y contrato, resaltando que tal como está regulada, la concesión es de naturaleza adjetiva por ser un procedimiento especial sujeto a determinadas reglas que deben ser evaluadas, no en un contexto jurídico, pues se trata de un negocio sometido a regulación⁶⁷.

Entre las características generales de las concesiones, Diego Zegarra considera las siguientes⁶⁸.

- La concesión nace de un acto administrativo, es así que la administración en el ejercicio de su potestad administrativa, decide transferir a particulares la satisfacción de una determinada necesidad colectiva.
- La concesión se sustenta en un interés público de carácter predominantemente económico, de acuerdo con lo cual la concesión reviste un doble carácter; un servicio público vinculado al interés general y una empresa industrial que entraña la compensación económica.
- La concesión pertenece al grupo de actividades administrativas que amplían la esfera de los particulares; los particulares únicamente adquieren la gestión o explotación, manteniendo la administración la supervisión y el control.
- El contenido esencial de la concesión está en que en ella prevalece el interés colectivo.

66 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 106

67 MARTIN, Richard. Temas sobre derecho administrativo económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país. En: Ius et Veritas N° 39. Pág. 400

68 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 104 - 105:

- La Administración conserva una serie de potestades y derechos, entre las que destacan la potestad de policía, intervención económica del servicio, fijación de tarifas-
- Temporalidad
- Precariedad, pues el derecho puede ser perdido en cualquier momento por decisión de la Administración.
- Es Intuitio personae, no se pueden transferir los derechos otorgados en la concesión, a menos que exista una habilitación legal expresa.

En la legislación vigente la concesión de rutas de transporte urbano permite la explotación exclusiva (en corredores segregados o no) del servicio. Estos contratos, suelen ser otorgados por periodos de 10 o 15 años y encargan al concesionario la prestación regular y continua del servicio de transporte de personas, lo que incluye expresamente el establecimiento de compromisos de inversión para la adquisición de flota. Por su parte, la administración se encarga del diseño, construcción, operación y mantenimiento, de la infraestructura sobre la cual se presta el servicio en exclusividad.

3.3. El riesgo del privado en las concesiones administrativas

Para Sosa Wagner, *“por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida”*⁶⁹. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico nada está más alejado de la realidad, pues tal como se verá a continuación el régimen concesional es el que mayores garantías reconoce al inversionista privado⁷⁰.

Como punto de partida debe señalarse que cuando nos encontramos frente a la labor de proveer servicios públicos, existe un *trade off* entre las obligaciones y derechos que serán asignados al inversionista privado, por lo que por lo que se deberá buscar una solución adecuada que permita generar el interés en el sector privado, al mismo tiempo que se garantiza una adecuada prestación del servicio⁷¹.

69 Sosa Wagner, Francisco. La Gestión de los servicios públicos locales. Civitas. Madrid. 1995. Pág 93.

70 ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 – Año 2009. Pág 18.

71 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 103

La concesión implica que el concesionario asuma la provisión de un servicio, asumiendo en muchas oportunidades los riesgos de financiamiento, diseño, construcción y operación; solicitando al Estado una serie de condiciones que le permitan recuperar la inversión comprometida con un beneficio económico razonable, dentro de un plazo previamente establecido. A este grupo de condiciones se le suele agrupar bajo el concepto de equilibrio económico financiero, es decir, a la paridad de las obligaciones asignadas a cada una de las partes.⁷². En nuestro régimen jurídico se reconocen dos tipos de concesiones (autosostenibles y cofinanciadas), en función a la capacidad que tienen los flujos de caja del proyecto para cubrir la totalidad de los costos económicos (incluyendo la rentabilidad esperada) de la actividad. No obstante, hoy en día también existe el Decreto Legislativo N° 1224, el cual ya no hace referencia al título habilitante de concesión o autorización administrativa, y ha optado por emplear el término genérico de asociación pública privada (APP). No obstante ello no implica contradicciones a lo expresado en el presente trabajo.

Al respecto y teniendo como marco las concesiones autosostenibles, Gaspar Ariño reconoce el principio de la remuneración suficiente como un principio fundamental de la contratación pública al cual accede el concesionario en virtud del instrumento a través del cual se materializa la concesión: el contrato. De acuerdo con dicho autor el núcleo central de ese principio para el caso de las concesiones autosostenibles, se encontrará en un modelo regulatorio para la fijación tarifaria, como mecanismo para la recuperación de la inversión.. Estas deberán cubrir los costos en los que incurra el concesionario para el diseño, financiamiento, construcción y operación del servicio público⁷³.

Sin embargo, la aplicación de este principio no puede limitarse a concesiones autosostenibles, sino que debe extenderse con mayor razón a las que requieren cofinanciamiento estatal. Así, en el caso de los servicios públicos sujetos a concesión como título habilitante, deberá hablarse de un “precio de la concesión”, entendido como la retribución a la que tiene derecho el concesionario como consecuencia de las actividades que desarrolla en cumplimiento del contrato⁷⁴. Este precio deberá ser asumido por los

72 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 107

73 ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 – Año 2009. Pág 19.:

74 PEREZ HUALDE, Alejandro. Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo N° 07. Año 2009. Pág. 278

usuarios en el caso de concesiones autosostenibles y por éstos y la Administración, en el caso de concesiones cofinanciadas.

Bajo estas premisas, doctrinariamente la garantía de una renta razonable lleva al derecho del concesionario de servicios públicos a una posición privilegiada frente a otros proveedores del Estado, pues bajo ciertas condiciones, el concesionario podría reclamar la restitución del equilibrio económico financiero inicialmente establecido en el respectivo contrato de concesión.⁷⁵ No obstante es oportuno precisar que de acuerdo a la normativa vigente, hoy en día la cláusula de equilibrio económico financiero solo puede ser incluida en los contratos de APP para aquellos casos en los que un cambio en las leyes aplicables, produzca variaciones significativas en los ingresos o los costos del concesionario.

Por ello, en este punto adquiere vital importancia la potestad tarifaria del Estado como contrapartida al poder de negociación del privado titular de una concesión, pues teniendo en cuenta que ésta va generalmente acompañada de un régimen de exclusividad, requiere del Estado la facultad de determinar la remuneración razonable (precio de la concesión) ya sea por medio de la tarifa o del cofinanciamiento⁷⁶. Por esta razón resulta común y recomendable establecer un Modelo Económico Financiero inicial con niveles máximos y mínimos de rentabilidad en función de las prestaciones a cargo del concesionario, con la finalidad de establecer previamente los supuestos en los que puede o debe operar la compensación por parte del Concedente⁷⁷.

En los contratos de concesión que ha suscrito la Municipalidad Metropolitana de Lima y en las Bases del concurso para el Sistema Integrado de Transportes de Arequipa, llama la atención que pese a que la Administración otorga la explotación exclusiva del servicio de transporte regular de personas; no reserva para sí la potestad tarifaria, dejando al libre arbitrio de los concesionarios, la determinación de la tarifa en función a los costos e ingresos que ellos consideren.

3.4. Idoneidad de la concesión como título habilitante del transporte urbano

75 PEREZ HUALDE, Alejandro. Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo N° 07. Año 2009. Pág. 278

76 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 114

77 ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 - Año 2009. Pág 21

Aún sin estar vinculada al transporte, la concesión como título habilitante para la prestación de servicios públicos, suele ser objeto de críticas al considerarse que por encerrar en sí conceptos tan diferentes, la concesión no ofrece un concepto unívoco o un régimen jurídico uniforme. Esto ha motivado que la doctrina llegue a afirmar que la concesión tan genéricamente entendida, es únicamente *nomen iuris*⁷⁸.

Para Gaspar Ariño, el esquema económico de la concesión implica que la actividad concesionada se encuentra sujeta a una regulación mixta, por un lado, la regulación sectorial de carácter general aplicable a cualquier sujeto que participa en el mercado (normas tributarias, laborales, etc) y por el otro, la regulación contractual en la que se establecen claramente los derechos y obligaciones de cada una de las partes. De esta manera los concesionarios no son titulares de la actividad (porque ésta ha sido reservada previamente a favor del Estado), sino simplemente han resultado adjudicatarios de la licitación o concurso de proyectos realizado por el Estado para seleccionar al agente que será responsable de proveer un servicio público, tratando de garantizar en todo momento los intereses de los usuarios⁷⁹. De ahí que la concesión implica la indisponibilidad de facultades públicas y de privilegios de los que goza la Administración.

De esta manera, las concesiones administrativas suelen regular aspectos como la actividad objeto de la concesión y sus alcances, la exclusividad, la propiedad estatal de los activos que forman la concesión, el esquema tarifario, plazo de la concesión, inversiones a realizar y las eventuales sanciones por incumplimiento. Es decir, se trata de un control intensivo de la actividad y de la empresa encargada de su prestación; sin embargo, como ya se ha mencionado en la gestión de servicios públicos el objeto de la regulación no es el de controlar el funcionamiento interno de las empresas⁸⁰.

De las concesiones administrativas tal como han sido planteadas se pueden extraer dos condiciones básicas: la limitación de la competencia y la garantía de remuneración suficiente bajo el principio de equilibrio económico financiero del contrato. Esto se observa no sólo en los contratos de concesión suscritos por la Municipalidad Metropolitana de Lima,

78 ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 – Año 2009. Pág 12.

79 ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39. Pág. 105

80 Ariño Ortiz, Gaspar. Los Servicios Públicos. Regulación y Renegociación. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 20

sino también en los proyectos elaborados por la Municipalidad Provincial de Arequipa. En dichos contratos se garantiza la exclusividad en la prestación del servicio y la libre fijación de tarifas por parte de los concesionarios.

Ahora bien, en el difícil equilibrio entre el mercado y la regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defenderla o sustituirla⁸¹. Entonces, ¿por qué la administración ha optado por limitar la competencia a través de la adopción de un régimen concesional?

La teoría económica recomienda este instrumento regulatorio en dos supuestos: i) Monopolios Naturales: en los cuales, dado el tamaño del mercado, es más eficiente en términos de costos que una sola empresa se encargue de atender el 100% de la demanda y ii) Competencia excesiva: en la cual puede existir una lucha de precios que terminará mellando la calidad de los bienes o servicios y ocasionando la salida de los competidores que tengan menor capacidad financiera para asumir esta situación.

El mercado de transporte urbano de personas, no reúne las condiciones de monopolio natural pues no supone la existencia de altos costos hundidos o de economías de escala significativas; por lo que resulta perfectamente compatible la interacción de uno o varios agentes compitiendo en el mercado.

En lo que corresponde a la competencia excesiva, esta medida puede legitimarse frente a la existencia de altos costos fijos con demanda cíclica o de precios predatorios de una empresa dominante que establece precios por debajo de los costos variables de forma tal que logre sacar a sus rivales del mercado, luego sube el precio y recupera utilidades y pérdidas⁸².

De más está decir que estos supuestos no se presentan en la industria del transporte terrestre, en la que si bien existe una demanda cíclica, ésta se produce durante el día (con horas pico y horas valle) y no implica la necesidad de reducción de capacidad instalada (costos fijos), sino únicamente de las frecuencias (costos variables). De igual modo tampoco se observa la existencia de empresas dominantes que puedan implementar un

81 Ariño Ortiz, Gaspar. Los Servicios Públicos. Regulación y Renegociación. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 21

82 BREYER, Stephen. Analizando el fracaso de la regulación. Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En Themis N° 52. Pág. 12

esquema de precios predatorios, pues el servicio de transporte suele ser homogéneo, con baja o nula posibilidad de diferenciación en costos; por lo que se a ello agregamos que se presta en un régimen de juegos sucesivos, resulta sumamente difícil aplicar este tipo de estrategias.

A ello debe agregarse que si bien en el mercado de transporte urbano de personas concurren algunas condiciones típicas que favorecen la utilización de la concesión como la necesidad de inversión privada y la eventual reducción de la presión de la caja fiscal; lo cierto es que todas las actividades económicas de titularidad estatal, reúnen estas condiciones; por lo que al diseñar el marco regulatorio del transporte urbano no debe dejarse de lado que la regulación no es el fin, sino el medio para alcanzar el objetivo primordial que es la competencia, la cual únicamente debe restringirse en los supuestos de monopolio natural y competencia excesiva debidamente acreditados mediante estudios técnicos y no para asegurar la rentabilidad de un negocio privado, perfectamente compatible con un régimen competitivo.

4. El Régimen de Autorizaciones Administrativas para el transporte urbano

4.1. La autorización administrativa

La sujeción a autorizaciones administrativas se explica por la existencia de comprobar la preexistencia de un derecho y su extensión, por lo que a diferencia de lo que ocurre con la concesión, no otorga derechos sino que declara la posibilidad de su ejercicio⁸³. Este régimen cobra especial vigencia ante actividades económicas que pueden afectar la seguridad o salud de las personas o frente a actividades que puedan generar una fuerte oposición por parte de la sociedad⁸⁴.

De esta manera la administración lleva a cabo un control previo que no reviste una técnica informativa, sino una fiscalización de la legalidad u oportunidad del ejercicio de la actividad. Con ello la Administración se encuentra habilitada a impedir la entrada de nuevos

83 LAGUNA DE PAZ, Juan. La Autorización Administrativa. Thomson Civitas. Navarra. Año 2006. Pág. 37.

84 QUINTANA, Eduardo. Regulación en tiempos de escasez: Asignación de gas para la generación de energía eléctrica. En: Revista de Derecho Administrativo N° XX. Pág 256

operadores ya sea porque no cumplen con los requisitos de acceso establecidos en el ejercicio de la labor de policía o porque resulta ineficiente el ingreso de más operadores. Dicho lo anterior, *la autorización administrativa es aplicable para la realización de actividades que implican un derecho preexistente*⁸⁵.

La doctrina reconoce principalmente dos tipos de autorización: *“las simples destinadas al control preventivo que implica remover los obstáculos legales y las operativas que instalan una relación jurídica de tracto sucesivo entre el administrado y la Administración, de modo tal que el derecho no es reconocido de una vez por todas, sino que se condiciona al mantenimiento de las circunstancias que justificaron su otorgamiento”*⁸⁶.

4.2. Compatibilidad del régimen de autorizaciones con la noción de servicio público

Cuando la regulación esté dirigida a “la prestación de servicios públicos, deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente, 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios, 4) la seguridad de los sistemas comprendidos, 5) la rentabilidad de las empresas”⁸⁷.

Frente a ello el gran reto es hacer compatible el servicio competitivo con el servicio universal y con la noción de servicio público que hemos desarrollado, y “trazar las reglas de separación entre uno y otro, lo cual entraña una serie de dificultades que van desde la determinación de tarifas y su diversificación, incluyendo el análisis de los subsidios cruzados, hasta la distribución equitativa de los mayores costos que irroga el servicio universal. Y aquí juega el principio de solidaridad que conduce, en casos excepcionales, al establecimiento de tarifas sociales”⁸⁸.

85 LAGUNA DE PAZ, Juan. La Autorización Administrativa. Thomson Civitas. Navarra. Año 2006. Pág. 37.

86 LAGUNA DE PAZ, Juan. La Autorización Administrativa. Thomson Civitas. Navarra. Año 2006. Pág. 60 - 61.

87 PEREZ HUALDE, Alejandro. Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo N° 07. Año 2009. Pág. 276

88 QUIÑONEZ, Teresa. Apuntes sobre el servicio universal en un régimen de concurrencia. En; Revista de Derecho Administrativo N° 04. Año 2000. Pág 40

“La aplicación a los servicios públicos de las reglas sobre libre competencia supone, desde luego, una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado el funcionamiento de estos servicios”⁸⁹. Sin embargo, partiendo de la idea que adopta a la competencia como fin último de la regulación, resulta más beneficioso dejar interactuar a los agentes económicos y como contrapartida instaurar ciertas obligaciones que garanticen la generalidad, regularidad, continuidad y mutabilidad de los servicios públicos.

Así por ejemplo es posible afirmar que el régimen de autorizaciones resulta compatible con instrumentos de regulación como:

- La Racionalización.- La racionalización consiste en la limitación del número de actores a través, por ejemplo, de la fijación de un número limitado de títulos habilitantes disponibles para un segmento determinado del mercado. Esta medida resulta especialmente válida frente a mercados atomizados, en los que, en lugar de cooperar y crecer de manera conjunta a través de cualquiera de los modelos societarios o modalidades asociativas reguladas en la normativa vigente, las empresas tienden a optar por la competencia destructiva a efectos de conservar una porción reducida del mercado, probablemente sacrificando la calidad del servicio brindado. La racionalización requiere para su adecuado funcionamiento, que la administración opte por un sistema de planificación centralizada.⁹⁰
- Estándares.- Que pueden ser de especificación como flota mínima, tipología de vehículos, o nivel máximo de emisiones; o de resultado, como número total de multas impuestas como condición para que el agente pueda solicitar la renovación de su autorización, una vez que culmine su vigencia.
- Concursos Competitivos.- Los cuales suelen plantearse cuando resulte muy difícil promover la competencia en el mercado, o cuando la verificación del cumplimiento de las reglas de juego, resulte excesivamente oneroso para la administración. Esta medida no incompatible con la búsqueda de promover la asociación entre agentes del mercado,

89 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Servicios Públicos y Competencia. www.iustel.com Pág 5

90 BREYER, Stephen. Analizando el fracaso de la regulación. Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En Themis N° 52. Pág. 13

ya que dos o más operadores pueden optar por el consorcio o por la conformación de una sociedad para lograr adjudicarse la exclusividad de determinada ruta o servicio.⁹¹.

Hoy en día, el ordenamiento jurídico peruano nos permite identificar figuras como la suspensión de autorización, que exigen del administrado un requerimiento formal para el incumplimiento temporal de la obligación asumida para prestar el servicio; o la cancelación de la autorización por incumplimiento de los deberes administrativos asumidos o por suspensión no comunicada de suspensión del servicio; o la renuncia al derecho de prestar la autorización.

Si a ello le agregamos la existencia de numerosos estándares de especificación y resultado que se encuentran vigentes y son plenamente exigibles, podemos llegar a la conclusión de que la regularidad, generalidad, mutabilidad y continuidad del servicio público, es perfectamente viable a través de un régimen de autorizaciones administrativas; máxime si a ello se agrega que el hecho de no estar incorporado en un contrato permite la modificación de estándares cuando resulte tecnológicamente conveniente.

En consecuencia, habiendo revisado el marco jurídico actual y la variedad de instrumentos regulatorios que recoge para garantizar las características de servicio público, solo es posible concluir que los problemas de congestión, contaminación o baja calidad del servicio; son resultado de una deficiente labor de fiscalización. Toda vez que se contempla la posibilidad de gestión centralizada a través del Plan General de Racionalización de Rutas, que garantice la eficiencia en el recorrido de las rutas de transporte urbano.

4.3. ¿Riesgo y Ventura del Privado?

Probablemente la principal preocupación del inversionista no sea la prestación exclusiva del servicio, pero si la necesidad de contar con un régimen jurídico que garantice reglas de juego estables para iniciar su actividad y claro está, para esto la concesión administrativa es la herramienta más idónea pues deja a la labor de policía la determinación de ciertas reglas, sin embargo, las de contenido o incidencia económica deben quedar claramente establecidas en el contrato de concesión.

91 QUINTANA, Eduardo. Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica. En: Revista de Derecho Administrativo N° XX. Pág 256

Frente a ello, si bien existe un deber de adaptación a las modificaciones que introduzca la Administración, éste tiene sus límites en los principios de confianza legítima y alteración sustancial⁹². De esta manera se vulnera la confianza legítima cuando la utilización abusiva de la norma jurídica modifica las reglas esenciales que dirigen una industria, sin que se implementen medidas transitorias. Por su parte, la alteración sustancial se refiere a modificaciones de tal magnitud que no resulte posible al sujeto autorizado proseguir con el normal desarrollo de sus actividades.

Ante estos supuestos se hace referencia a un límite de soportabilidad, estableciendo como regla que en caso de incurrir en estos supuestos la Administración tendrá que indemnizar.

De esta manera, si bien no sucede en la medida de la concesión, la autorización administrativa y el régimen regulatorio que se diseñe debe considerar estos principios, como factores limitantes de la actividad estatal, la cual, si bien no puede quedar petrificada por estar sujeta al interés general, debe ser consciente de que en caso de modificaciones sustanciales que alteraren el equilibrio económico financiero de la actividad, estará obligada a indemnizar a los agentes perjudicados.

⁹² LAGUNA DE PAZ, Juan. Op. Cit. Pág. 288 -289

CONCLUSIONES

El concepto de servicio público en la doctrina y el marco normativo peruano está referida a la concurrencia de tres elementos fundamentales: el funcional vinculado a la existencia de una actividad de interés general, el orgánico relacionado con la persona pública encargada de gestionar los servicios y el material' constituido por el régimen jurídico especial, entendido como el régimen exorbitante que a su vez implica prerrogativas del poder público.

El interés general está vinculado específicamente a características como la igualdad o generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad. Es precisamente el interés general el que legitima la imposición de un régimen jurídico especial que puede incluir restricciones a la libre competencia, siempre y cuando ello resulte estrictamente necesario.

La *publicatio* o reserva a favor del Estado constituye únicamente el requisito formal que legitima la intervención estatal en una actividad, que siendo de interés general, requiere la adopción de un régimen jurídico especial que garantice su prestación adecuada. Este requisito formal se materializa a través de la emisión de una ley del Congreso.

El régimen jurídico especial debe ser entendido como el régimen exorbitante que a su vez implica prerrogativas del poder público, sin que ello tenga que referirse necesariamente a una intervención total del Estado en la actividad; ya que el régimen jurídico que se adopte, deberá adecuarse a la realidad social y económica existente al momento de su implementación⁹³.

No todas las actividades, ni si quiera todas las que son consideradas servicios públicos, deben estar sujetas a la misma rigurosidad regulatoria, sino que ello dependerá de los problemas que tengan los mercados para conciliar los intereses contrapuestos entre usuarios y entidades prestadoras. Esta afirmación resulta congruente con la noción de servicio público desarrollada en el presente trabajo, que habilita a la Administración a diseñar un especial régimen regulatorio que permita garantizar – con el menor costo regulatorio – las características de generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad del servicio público.

93 ARIÑO ORTIZ, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía. Nuevo servicio público y regulación económica. En: Principios de Derecho Público Económico. Lima: ARA Editores, 2004. p.622.

La concesión cumple doble finalidad: por un lado permite la colaboración del sector privado para proveer un servicio público y por otro posibilitar el aporte privado de los recursos para la gestión y administración de dicho servicio. En ese sentido si bien la noción jurídica de concesión está vinculada a la de servicio público, éste último no necesariamente deberá ser prestado bajo un régimen de Concesiones Administrativas.

El régimen de autorizaciones administrativas resulta compatible con instrumentos de regulación como la racionalización, la fijación de estándares y los concursos competitivos; instrumentos que permitirían garantizar las características de generalidad, continuidad, regularidad y mutabilidad a un menor costo regulatorio y sin necesidad de recurrir a las concesiones administrativas como títulos habilitantes.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR VALDEZ, Óscar. Consideraciones Jurídicas sobre los principales modelos regulatorios. Su visión desde la experiencia argentina. En: Revista Derecho y Sociedad. N° 26. Año 2006.
2. ARIÑO, Gaspar. Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? En: Revista de Derecho Administrativo N° 07 – Año 2009.
3. ARIÑO, Gaspar. La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005
4. ARIÑO, Gaspar. Régimen Jurídico Tradicional del Servicio Público. En: principios de derecho público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Fundación Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada. 1999.
5. Baca Oneto, Víctor. Servicio Público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 392
6. BANCO MUNDIAL. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación. Washington DC. Panorama General. 1997.
7. BIELICH SALAZAR, Claudia. (2009). La Guerra del Centavo. Una Mirada Actual al Transporte Público en Lima Metropolitana. Lima. Instituto de Estudios Peruanos.
8. BREYER, Stephen. Analizando el fracaso de la regulación. Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En Themis N° 52.
9. CASSAGNE, Juan Carlos. El Servicio Público en el Campo de la Contratación Administrativa En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. 1ra Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 2005
10. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. En: Teoría de los servicios públicos / Orlando Vignolo Cueva, coordinador. Lima: Grijley, 2009. Pág 28-30
11. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2008). Informe Defensorial N° 137: El transporte Urbano en Lima Metropolitana. Un desafío en defensa de la vida.
12. Hernández, José Ignacio. La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas. En: MODERNIZANDO EL ESTADO PARA UN PAÍS MEJOR Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores Lima, Perú. Abril de 2010. Pág. 312.
13. KRESALJA, Baldo. El Rol del Estado y la Gestión de los servicios públicos. En Themis N° 39.

14. LAGUNA DE PAZ, Juan. La Autorización Administrativa. Thomson Civitas. Navarra. Año 2006.
15. LASHERAS, Miguel. La Regulación Económica de los servicios públicos. Barcelona. Editorial Ariel. Primera Edición Año 1999.
16. LUCIANO PAREJO, Alfonso. Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros. En Revista de Derecho de la Unión Europea
17. MARTIN, Richard. Temas sobre derecho administrativo económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país. En: Ius et Veritas N° 39.
18. MUÑOZ MACHADO, Santiago. Servicios Públicos y Competencia. www.iustel.com Pág 5
19. PEREZ HUALDE, Alejandro. Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo N° 07. Año 2009.
20. QUINTANA, Eduardo. Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica. En: Revista de Derecho Administrativo N° 8.
21. QUIÑONEZ, Teresa. Apuntes sobre el servicio universal en un régimen de concurrencia. En: Revista de Derecho Administrativo N° 04. Año 2000.
22. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista peruana de derecho de la Empresa.
<http://www.teleley.com/revistaperuana/2santistevan57.pdf>
23. SOSA WAGNER, Francisco. La Gestión de los servicios públicos locales. Segunda Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid (España) 1995.
24. VALDÉZ, Alvaro; QUIÑONES, Teresa; SALINAS, Sergio; QUINTANA, Eduardo; BONIFAZ, Luis. Mesa Redonda. Los Servicios Públicos en Debate. En: Revista Derecho y Sociedad N° 26. Año 2006.
25. VILLAR PALASI, JL. Concesiones Administrativas. NEJ. Seix. Tomo V.
26. VINCES ARBULÚ, Cesar. Tomado de Revista de Investigación Jurídica IUS. Disponible en.
<http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/MARTIN-VINCES.pdf>
27. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima – 2005. Primera Edición. Pág 148
28. ZEGARRA, Diego. Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. En: Themis N° 39.