

El Servicio de Transporte Público Urbano de personas: libre mercado y regulación^{1 2}

"Antes las distancias eran mayores, porque el espacio se mide por el tiempo".
Jorge Luis Borges

María Jara Risco*
Joaquín Vázquez Córdova**

SUMILLA

Durante los primeros años de la década de 1990 el servicio de transporte urbano de personas fue desregulado en el Perú para dar paso al libre mercado, a través de la introducción de la libre competencia en la formación de los precios y el libre acceso, lo cual generó múltiples efectos en la prestación del servicio y en la conformación del mercado de transporte público urbano³. En ese contexto, el presente artículo ofrece una revisión a las consideraciones que se han dado desde un enfoque económico-legal acerca de los límites del libre mercado en el servicio de transporte urbano y la necesidad de una regulación económica y social por parte del Estado, por razones de eficiencia económica y equidad distributiva. Para ello, tomaremos en cuenta el régimen legal aplicable al transporte urbano en el Perú con el fin de concluir si dichas consideraciones económico-jurídicas resultan aplicables bajo nuestro marco constitucional y los importantes aportes que se han dado desde el lado de la economía sobre este tema. Asimismo, fijaremos una posición sobre la calificación del servicio de transporte urbano como un Servicio Público.

1. Economía social de mercado: marco legal-económico del servicio de transporte urbano

El servicio de transporte urbano, como toda actividad económica en el Perú, se rige por un conjunto de normas que delimitan el ámbito o camino jurídico por el que se puede desenvolver bajo el paraguas de la constitucionalidad y la legalidad.

En ese sentido, queda claro que la Constitución Política del Perú (en adelante CPP) es el principal referente normativo para entender el régimen jurídico-económico aplicable al transporte. Por su parte, en las normas sectoriales de esta actividad tenemos la Ley N° 27181- Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante LGT), que contiene el desarrollo de algunas libertades económicas preceptuadas en nuestra CPP pero enfocadas en el transporte terrestre y el Decreto

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de maestría en Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual por la misma casa de estudios.

La autora dedica el presente artículo a su mami Esperanza, por su constante apoyo y confianza.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con Especialización en Derecho del Transporte por la Universidad Externado de Colombia.

¹ Las opiniones expresadas en el presente trabajo son hechas a título personal y no vinculan y/o anticipan la opinión de las entidades para las cuales los autores prestan sus servicios, sea en el sector público o privado.

² Los autores agradecen a Diana León Salazar, Héctor Rubio Guerrero, Luis Vilela García y Alonzo Jiménez Alemán, por su colaboración y comentarios al presente trabajo.

³ Para un análisis sobre el servicio de transporte urbano en Lima Metropolitana y los efectos generados por su liberalización radical, véase: DEFENSORÍA del Pueblo. Informe Defensorial N° 137. Primera edición. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008; AGENCIA de Cooperación Internacional de Japón -JICA. Lima: s/e, 2005, pp. 5-14 y 5-40; PEREZ REYES, Raúl y TÁVARA, José. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social, 2008, pp. 73-75.

Legislativo N° 651 de 1991, que declaró la libre competencia y el libre acceso en el servicio de transporte urbano.

Antes de analizar el papel del libre mercado y sus límites en el transporte, conviene recordar que nuestra CPP, en su artículo 58°, ha reconocido que la economía social de mercado es el sistema organizativo de la economía en el Perú. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) ha señalado que este tipo de organización económica tiene como base la pluralidad de agentes, en cuanto a la libre iniciativa privada, y la libre competencia para ofertar y demandar bienes y servicios, pero buscando la calidad y el progreso de todos⁴.

Asimismo, se ha dicho también que este sistema contiene elementos de una economía liberal y una economía social –libre mercado e intervención del Estado– donde la gestión económica y administrativa es propia de los particulares y del Estado, que interviene en la economía para eliminar obstáculos que distorsionen o impidan el funcionamiento del mercado⁵. Sin embargo, tal como ha afirmado KRESALJA “[...] esta tercera vía, no es una simple mezcla o compromiso entre los dos extremos (liberal y socialista real) sino que es, básicamente, una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para asegurar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquellas [...]”⁶.

En ese contexto, puede afirmarse que el Estado peruano, al adscribirse a este sistema de organización de la economía, acepta que el mercado y la propiedad privada de los medios

de producción logran la mejor coordinación económica -por lo que cuidará de su correcto funcionamiento-⁷; pero también reconoce que ante una anomalía en el funcionamiento del mercado o con el fin de asegurar una mínima cobertura de un servicio de interés general, el Estado podrá intervenir, solo para simular la acción del mercado donde la falla se presente o donde la cobertura del servicio sea necesaria. Este concepto, del libre mercado como principio y la regulación como excepción, nos acompañará en todo nuestro artículo⁸.

1.2. Intervención del Estado en la economía

El Estado interviene en la economía y en el desarrollo de las actividades de los particulares a través de distintas manifestaciones, con el objetivo de conciliar los intereses privados -presentes en el desarrollo de toda actividad comercial- con el interés público. Según esta convicción, precisamente los consumidores y usuarios se encuentran en el centro mismo de la actuación estatal⁹.

Así, de acuerdo con un sector de la doctrina, el Estado se manifiesta en la vida económica mediante: a) la actividad de fomento, por la cual crea condiciones para que los particulares, espontáneamente, pero estimulados por la actuación estatal, decidan participar en una actividad¹⁰; b) la actividad prestacional, por la cual crea empresas públicas para prestar directamente un servicio que satisface necesidades de interés público de la población¹¹; c) la actividad limitadora o externa, que le permite ordenar las actividades económicas garantizando que se desenvuelvan conforme al interés público y sin lesionar los derechos de terceros¹²; d) la actividad de regulación económica, mediante la cual corrige

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 018-2003-AI/TC. Fundamento 2.

⁵ DROMI, Roberto. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 252.

⁶ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: DE BELAUNDE LOPEZ DE LA ROMANA, Javier, et. al. (ed.). Lima: PUCP, 2004, p. 526.

⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Primera edición. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 32.

⁸ Esta convención es asumida por los autores, no sin haber mediado un extenso intercambio de opiniones, pues existe una extensa corriente de opinión que asume que el régimen económico de la CPP es garantista de la iniciativa privada como derecho fundamental de los particulares y en tal sentido, la intervención del Estado para realizar actividades económicas es residual. Dicha perspectiva de análisis no coincide con la regla asumida por un sector de la doctrina administrativa que asume que el mercado es la regla y la regulación es la excepción. Más adelante retomaremos el punto.

⁹ Según el artículo 1° de nuestra CPP la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo del Estado; en consecuencia, en términos del régimen económico constitucional, existe el deber estatal de protección de los intereses de los consumidores y usuarios en la provisión de bienes y servicios.

¹⁰ DROMI, Roberto. Op.cit., p. 298.

¹¹ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. Tomo I. Octava Edición. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 496.

¹² Casos típicos del ejercicio de esta actividad en el servicio de transporte los encontramos en la reglamentación de alcance nacional desarrollada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de normas como el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC y el Reglamento Nacional de Vehículos aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, por citar los más representativos en este servicio.

las falencias del mercado –fallas– teniendo como referencia los modelos de competencia perfecta e imperfecta, y la eficiencia económica; y d) la actividad de regulación social, por la cual da respuesta a la necesidad de satisfacer el interés público que está presente en ciertas actividades económicas por la importancia que tienen para la sociedad en su conjunto.

1.2.1 Regulación, regulación económica y regulación social

Como bien ha señalado RAMÓN HUAPAYA, se entiende por regulación a toda acción deliberada del Estado que se vale de mecanismos de Derecho Público y que tiene por objetivo “(...) influir sobre las actividades económicas realizadas en los mercados para conseguir objetivos de interés público, normando, supervisando, vigilando, sancionando y, eventualmente, resolviendo controversias entre sujetos”¹³.

Por su parte, desde la Teoría de la Regulación anglosajona, OGUS ha definido a la regulación como un concepto político económico que puede ser interpretado haciendo referencia a distintos sistemas de organización económica y las formas legales que los mantienen, mientras que BALDWIN y CAVE han postulado que la regulación puede ser definida como una interferencia o influencia del Estado sobre las conductas de la sociedad¹⁴.

En un concepto focalizado económicamente, Eduardo QUINTANA ha señalado que la concepción más generalizada de la regulación identifica a ésta con la “(...) intervención del Estado para controlar el comportamiento de los sujetos en el mercado a través de dispositivos legales, esto es, en oposición al funcionamiento libre del mercado. La regulación viene a ser un sustituto del mercado cuando éste no puede funcionar correctamente como mecanismo óptimo de asignación de los

recursos a sus usos más eficientes”¹⁵. Bajo esta línea, la regulación busca corregir fallas del mercado como el monopolio natural, la asimetría de información, los costos de transacción o las externalidades. “De acuerdo con esta concepción, la regulación se clasifica en económica, si busca corregir los efectos del monopolio natural, o social si está destinada a enfrentar otras fallas de mercado”^{16 17}.

Dentro de los economistas nacionales, TÁVARA y PÉREZ-REYES, han expresado que en general, “(...) la regulación puede entenderse como la utilización de un conjunto de reglas que amplían o limitan el rango de transacciones y actividades permitidas a los agentes económicos”¹⁸. A su vez, Roxana Barrantes, sobre la base de la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para que la competencia genere el bienestar a la sociedad, ha enseñado que la regulación busca restaurar las condiciones de eficiencia, mínimamente, en la asignación de recursos, mediante la intervención del Estado en el mercado¹⁹.

En ese sentido, con una opinión a la que nos acogemos, desde el enfoque comunitario, Gaspar ARIÑO ha destacado que la regulación económica del Estado es necesaria ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado; así, cuando el mercado funciona correctamente, será el mejor regulador, determinando cantidades, precios, calidades y premiando o expulsando del mercado a los agentes económicos, mientras que Estado se encarga del orden, la seguridad y el cumplimiento de las reglas contractuales; por el contrario, cuando no funciona correctamente, la regulación económica lo sustituirá con el fin de alcanzar los efectos beneficiosos y estimulantes que él produce, mediante la definición de pautas de comportamiento, barreras de entrada, exigencia de estándares de calidad y seguridad, o fijación de precios²⁰. Sin embargo, aclara el autor, bajo

¹³ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la ‘Regulación’”. En: Estudios y Cuestiones. Lima: ARA Editores, 2011, p. 679.

¹⁴ Citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Ibidem*.

¹⁵ QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. “El objetivo de la Ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas”. En: Año 7. N° 13. Lima: INDECOPI, 2011, p. 22.

Cabe precisar que el autor también señala en el artículo que esta concepción considera otras razones adicionales como sustento de la regulación; entre ellas, razones de equidad (distribución de riqueza) y paternalismo.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Al respecto, también puede verse el reciente y breve trabajo de Carlos Alza, en: ALZA BARCO, Carlos. “¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y Equivocidad”. En: Tomo II. N° 10. Año VI. Noviembre. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2011, pp. 317-322.

¹⁸ PÉREZ-REYES, Raúl y TÁVARA José. “Balance de la investigación académica en regulación de los servicios públicos”. En: Volumen XXXII. N° 63. Semestre enero-junio. Lima: 2009, p. 10.

¹⁹ BARRANTES, Roxana. “¿Algún mercado es ajeno a un economista?. Notas sobre el Mercado Relevante pensando en las Telecomunicaciones”. En: Tomo I. N° 10. Año VI. Noviembre. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2011, pp. 62-63.

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Granada: Comares, 2004, p. 603.

el moderno concepto de regulación económica, no cabe confusiones, pues la competencia es el objetivo principal y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia, "(para crearla cuando aquella no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural (...). Así pues, la regulación siempre será necesaria pero debe ser solo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado"²¹.

En este contexto, además de una regulación estatal por razones de eficiencia económica, la doctrina administrativa ha señalado que en los servicios de interés económico general –denominación que se la ha dado a los servicios públicos en el derecho comunitario– cabe una regulación social, pues se deben garantizar objetivos de equidad distributiva; por lo que, en estos casos, a los privados no se les impone el respeto de las reglas de la competencia, sino la imposición de "obligaciones de servicio público" las cuales incluso podrían ser incompatibles con la propia competencia; todo ello, para dar respuesta al interés general que existe en dichas actividades, lo cual no implica trastocar la gestión empresarial de los privados para dar cumplimiento a estas obligaciones²².

En ese sentido, sobre la base de las opiniones reseñadas en los párrafos anteriores, consideramos que la justificación de la regulación económica del Estado se encuentra en la presencia de fallas de mercado, por razones de eficiencia económica; mientras que la regulación social tiene fundamento en la satisfacción, logro y garantía del interés público que existe en determinadas actividades económicas²³.

2. Servicio de transporte urbano y servicio público

Sobre la base de lo expuesto, como conceptos generales que nos servirán para nuestro análisis, antes de abordar el tema del libre mercado en el servicio de transporte, resulta necesario establecer si el servicio de transporte urbano de personas es

un Servicio Público, pues dicha calificación conlleva a que esta actividad se deba encontrar bajo un régimen regulatorio especial y que su prestación esté garantizada por el Estado; todo ello, en concordancia con el sistema de economía social de mercado que está reconocido en la CPP²⁴.

Como se verá, nuestra posición está influenciada por la teoría o posición doctrinaria que hemos adoptado, por lo que no es posible afirmar que nuestra postura es irrefutable o definitiva. Asimismo, cabe recordar en principio que, desde las primeras ideas que se han postulado sobre esta categoría jurídica a partir del siglo XIX hasta los nuevos enfoques que la doctrina ha presentado, siempre se ha buscado definir qué es el Servicio Público o cuándo nos encontramos frente a él. Por esa razón, su contenido ha sido variado e impreciso durante el último siglo, dando lugar a que haya sido frecuentemente utilizado, adquiriendo un carácter mitificador "[...] con lo que [de] idealización, irracionalidad, e instrumentación o eslogan político-social ello supone"²⁵.

No obstante, también es cierto que, aun cuando los enfoques teóricos han sido de los más diversos, existe una coincidencia entre todos, respecto a que en el servicio público se encuentra la idea-necesidad de garantizar las bases de la existencia individual y colectiva de las personas²⁶.

En ese sentido, las teorías del Servicio Público pueden clasificarse bajo la corriente clásica y el enfoque moderno. En el primer grupo, se encuentran la teoría del procedimiento especial, del interés público, de la actividad esencial, del servicio al público, etcétera; mientras que, en el enfoque moderno se encuentra la doctrina de los servicios de interés económico general desarrollada por el derecho comunitario.

Más allá de las críticas que se pueden emitir sobre cada una de las teorías clásicas, que van desde confundir la función pública con el servicio público hasta la dificultad doctrinaria y práctica de centrar toda la definición de esta categoría jurídica en conceptos como el interés público

²¹ Ídem, p. 606.

²² SORACE, Domenico. Traducción del italiano de Eugenia Ariano Deho. Primera edición. Lima: Palestra, 2006, p. 69.

²³ De los autores revisados nos ha parecido conveniente seguir a Gaspar Ariño Ortiz y a Doménico Sorace, pues son juristas que ofrecen en términos sintéticos, pero igualmente rigurosos, el desarrollo de una discusión que se ha dado entre importantes economistas de la Teoría de la Regulación como Stigler y Peltzman, los cuales asumen que los reguladores son actores racionales que definen los intereses de los consumidores y productores estrechamente de acuerdo con la teoría económica. Para mayor detalle, véase: BALDWIN Robert y CAVE Martin. Oxford University Press, 1999.

²⁴ No es objeto de este artículo el revisar las distintas teorías del servicio público. Esta labor, de por sí, ameritaría un artículo completo, tarea que está en plena elaboración para su presentación próxima y consideraciones respectivas. No obstante, es necesario señalar que nuestra posición adoptada se da sobre la base del moderno enfoque de servicio público que ha sido desarrollado y aplicado en el derecho comunitario en los últimos años.

²⁵ MEILÁN GIL, José Luis. "El Servicio Público en el Derecho Actual". En: N° 15-17. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 341.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Tomo II. Lima: Palestra-TEMIS, 2006, p. 962.

o la necesidad colectiva, se han identificado las siguientes características comunes del régimen legal aplicable al servicio público bajo esta corriente: actividad reservada en favor del Estado o *publicatio*, continuidad, generalidad, regularidad, obligatoriedad e igualdad como condiciones de la prestación del Servicio Público.

Por su parte, en el derecho comunitario, sobre la base de los fundamentos teóricos de las doctrinas clásicas del Servicio Público se ha desarrollado un nuevo enfoque de dicha categoría concentrándose ya no en la búsqueda de un concepto general de Servicio Público, sino en el estudio y análisis de los derechos y obligaciones que tienen los privados dentro del régimen jurídico que se aplica a los servicios públicos. Así, por ejemplo, en el “nuevo servicio público” no se entiende a la *publicatio* como la técnica que otorga la titularidad del servicio a favor del Estado –concepción clásica–, sino como la declaración legal que le asigna el papel de “[...] garante de la prestación del servicio y todo lo que esto implica (correcta prestación, tarifas adecuadas, cobertura deseada, entre otros elementos) [...] [además de] controlador del servicio [,] pero no en base a una supuesta titularidad sino en base a la obligación social de hacerlo, y esto mediante la capacidad de regular que mantiene)”²⁷.

Como hemos señalado, ha sido el derecho comunitario, quien distanciándose relativamente de las teorías clásicas de costumbre francesa, ha desarrollado el marco conceptual y práctico del nuevo servicio público, donde la “defensa de la competencia” –como principio– y la “regulación económica para la competencia” –como excepción– se constituyen en los dos pilares teóricos de esta teoría. Inclusive, el derecho comunitario ha dejado de lado la denominación “servicio público”, para referirse ahora a las actividades económicas que satisfagan necesidades de interés público como “servicios de interés económico general”. Sin embargo, esta nueva denominación no deja de comprender a las actividades que satisfacen

importantes necesidades de la colectividad, pues se ha considerado que además de cumplir con misiones de interés general, están sujetas a ciertas obligaciones propias del Servicio Público en su sentido clásico. Como afirma MUÑOZ MACHADO: “[...] son servicios de mercado los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio público [...]”²⁸.

En ese orden de ideas, se ha entendido que los servicios de interés económico general son aquellas actividades de disfrute económico; es decir, que pueden ser producidos y distribuidos en el mercado, de forma tal que se pueda obtener una utilidad de ellos, con lo cual pueden ser objeto de una empresa²⁹.

Nuevamente, todo ello determina que los fundamentos del modelo aplicado por la Unión Europea estén basados en la competencia, la regulación -económica y social- y el interés público general o social³⁰. De esta forma “[...] el respeto de las reglas de la competencia es planteado no en contradicción [...] con el interés general [...] [sino en complementariedad] con la satisfacción de las necesidades de los consumidores y de los usuarios”³¹. Pero si como principio la competencia no puede ser posible y es la misión de interés general quien impone la inaplicación de ésta³² -porque se tiene que prestar el servicio debido a la importancia que conlleva-, la limitación a la competencia y a las libertades económicas debe ser solo la necesaria e indispensable.

Por esta razón, como ha señalado DOMÉNICO SORACE, al abordar el tema del servicio público, el derecho comunitario se encuentra en “[...] una correcta combinación de intervenciones públicas dirigidas, por un lado, a hacer respetar la competencia y por el otro a imponer el logro de otros intereses públicos tales como, por ejemplo, el abastecimiento de los servicios en cualquier localidad y a cualquier usuario, su buena calidad, un precio soportable, etc.”³³. Finalmente,

²⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op.cit., pp. 159-160.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tomo I. Segunda Edición. Madrid: lustel, 2006, p. 1156.

²⁹ SORACE, Domenico. Op. cit., p. 19.

Cita textual: “Por otro lado, entre los servicios de disfrute individual aquí nos interesan solo los servicios económicos o de interés económico, es decir, aquellos susceptibles de disfrute económico, en el sentido de que pueden ser producidos y distribuidos en el mercado de forma que se pueda obtener una utilidad y que, por tanto, pueden ser objeto de una empresa.”

³⁰ SORACE, Domenico. Ídem, p. 60.

³¹ Ídem, p. 62.

³² Tal como lo señala el numeral 2 del artículo 86º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³³ SORACE, Domenico. Op.cit., p. 46.

Cita textual completa: “De tal manera, la competencia no puede ser vista en contraposición a los intereses públicos como los de la cohesión social y territorial pues en este campo sus reglas deben ser interpretadas y aplicadas como dirigidas en primer lugar al interés de los usuarios. Así, salvo los casos de derogaciones inevitables de las reglas de la competencia, el del régimen de los servicios económicos de interés general está en una correcta combinación de intervenciones públicas dirigidas, por un lado, a hacer respetar la competencia y por el otro a imponer el logro de otros intereses públicos tales como, por ejemplo, el abastecimiento de los servicios en cualquier localidad y a cualquier usuario, su buena calidad, un precio soportable, etc.”

debemos mencionar dos características principales del régimen aplicable a los servicios de interés económico general: la desintegración vertical o *unbundling* por la cual se identifican las actividades que son competitivas, de aquellas que pueden llegar a serlo, y cuáles no lo son, dentro un sector o actividad económica, con el fin de aplicar un régimen distinto y especializado a cada una de ellas³⁴ y la imposición de obligaciones de servicio público que permiten la prestación de los denominados servicios universales, entendidos estos como aquellas actividades que el mercado por sí solo no puede responder o atender pero que la autoridad entiende que deben ser cubiertas pues constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho³⁵.

2.1 El Servicio Público en el Perú

Conforme a nuestro marco constitucional que acoge al régimen de economía social de mercado y, considerando que la CPP no determina el régimen aplicable a los Servicios Públicos, ni proyecta una definición del concepto, ni tampoco señala qué actividades califican como tal³⁶; que no se ha prescrito la titularidad de los servicios públicos a favor del Estado en nuestro texto constitucional³⁷; que el Estado peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho; y, teniendo en consideración los aportes del modelo clásico y del modelo europeo de Servicio Público, consideramos que en el Perú, el Servicio Público

puede ser entendido como aquella actividad económicamente explotable³⁸ que satisface necesidades básicas y colectivas de la población, por lo que su prestación efectiva reviste un interés público para la sociedad.

Por otra parte, debido a la importancia que acarrea el servicio público, el Estado cumple el rol de “garante-titular de la regulación” de dicha actividad y en consecuencia, concentra su accionar en la promoción y en la supervisión de la prestación del servicio público, de forma tal, que el ofrecimiento y desarrollo de la actividad por parte de las empresas privadas se brinde conforme a estándares mínimos de calidad y de acceso universal a las personas. A su vez, esta labor estatal no estará sujeta a la publicación de la actividad económica, pues dicha técnica debe ser entendida como el reconocimiento que hace el Estado acerca de la cualidad de un servicio como público, mas no como el acto de creación del mismo, y menos aun, como la única declaración que habilita el ejercicio de la función reguladora del Estado en la actividad³⁹.

2.2. El Servicio Transporte Público Urbano de personas: ¿Servicio Público?

Entonces, si se parte de un enfoque clásico, el Servicio Público se caracterizaría por ser una actividad reservada a favor del Estado por medio de la *publicatio*. En esa línea de ideas, el primer

³⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op.cit., p. 610.

³⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ídem, p. 624.

³⁶ No obstante, la norma constitucional ha establecido en su artículo 58° que el Estado peruano actúa principalmente en la promoción y fomento de los servicios públicos en todos los niveles, diferenciándolos así de actividades como el empleo, la salud, la educación, la seguridad y la infraestructura. Por otro lado, en su artículo 119° ha preceptuado que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que le competen a su cartera. Sobre ese artículo, siguiendo a Santistevan de Noriega, cabe indicar que: “[...] esta expresión tan amplia de servicios públicos está referida a la Administración Pública, a aquello que administrativamente lleva a cabo el aparato del Estado y no necesariamente a los servicios públicos en la acepción que hoy le da el Derecho Regulatorio”. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Servicios Públicos, regulación y Constitución”. Lima: Asesorandina publicaciones, 2004, p. 32.

³⁷ Sin embargo, como hemos visto, al revisar las distintas teorías no se puede negar el rol fundamental que ha cumplido el Estado en el desarrollo y la prestación de los servicios públicos, desde su aparición en Francia hasta nuestros días, por lo que hoy su presencia se hace necesaria, pero como garante y supervisor de estas actividades; ello, en razón a que el Estado busca –es uno de sus fines– el bienestar común de la sociedad por medio de la defensa del interés público, el cual está presente en la efectiva prestación de las actividades económicas que entendemos como servicios públicos. Por tanto, resulta acorde con nuestro sistema económico constitucional, colegir que el Estado peruano mantiene el rol de garante y no de titular -dueño de los servicios públicos.

³⁸ LAZARTE MOLINA, Jorge E. . Primera edición. Lima: UPC, 2005, p. 73.

³⁹ Por otro lado, sobre la publicación de los servicios públicos el TC ha resuelto en similar sentido al señalar que: “Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado”. [la negrita es nuestra]. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00034-2004-PI/TC. Fundamento 41. Por ello, creemos, en consonancia con el TC y con la doctrina del derecho comunitario europeo que sustentar la existencia del servicio público en función exclusiva de la publicación o declaratoria de reserva estatal, generaría inconvenientes prácticos e incluso teóricos en la regulación de los servicios.

Vale agregar que para Diego Zegarra las notas que definen a una actividad como servicio público en el Perú son la titularidad estatal del servicio (soporte principal de la categoría), que sea una actividad vinculada con la materia económica –con excepción de los servicios de saneamiento- y que sea de interés general. Al respecto, véase: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Primera edición. Lima: Palestra, 2005, pp. 350-351.

requisito que debería presentar el transporte urbano para considerarlo como Servicio Público es la declaratoria legal de reserva estatal, lo que implicaría, además, la titularidad del Estado sobre el servicio.

Debemos decir entonces, que ninguna de las leyes vigentes emitidas por el Congreso de la República en materia de transporte público ha establecido la reserva de esta actividad en favor del Estado, lo cual significa que no existe una publicación sobre el servicio de transporte público sea de ámbito nacional, regional o urbano⁴⁰; sin embargo, como hemos fundamentado en nuestro artículo, la *publicatio* como requisito formal del servicio público, no se acopla al contexto de liberalización racional de las actividades y de aplicación de reglas de competencia y regulación económica que postula el nuevo enfoque de estudio de concepto jurídico, y que además, resulta acorde con nuestra CPP, pues permite la defensa y el respeto de los derechos fundamentales de contenido económico de las personas, y en paralelo, la actuación e intervención del Estado como garante de la actividad de Servicio Público.

En consecuencia, al ser el transporte público urbano de personas una actividad explotable

económicamente y que reviste interés general, si se configura como un Servicio Público, meritorio de una especial regulación jurídico-económica propia de la categoría a la que pertenece⁴¹.

Acerca del “interés general” que reviste este servicio, cabe preguntarnos en qué radica dicha cualidad. Así, de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA: “Si hay un servicio que surge única y exclusivamente de las condiciones de la vida urbana y que trate de atender precisamente las necesidades que en este orden de vida colectiva se manifiesta, es el de los transporte urbano”⁴². En efecto, la atención de estas necesidades nacidas de la vida urbana –en este caso, las necesidades de movilización– permite alcanzar beneficios tales como la integración de las personas que viven en las periferias de la ciudad con el centro de la metrópoli, la percepción de que el tiempo de traslado de un lugar a otro es menor y la mejora en las condiciones de vida de las personas al permitirles trasladarse desde sus hogares hasta sus centros de labores, centro de estudios, casa de familiares y lugares de diversión. Estos beneficios, sumados al hecho que la mayoría de personas no cuentan con un vehículo propio para trasladarse de un lugar a otro, dentro de la ciudad⁴³, lo que obliga al uso del transporte público, hace que el

⁴⁰ A modo de ejemplo, ni Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, ni el Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte Terrestre, han previsto en sus artículos la reserva de esta actividad en favor del Estado o lo que lo mismo, bajo un enfoque clásico, la declaración del servicio de transporte urbano de personas como un servicio público. Sin embargo, también es necesario señalar que la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 73°, numeral 2.2 al identificar los servicios que son materia de competencia de los municipios, ha señalado que el tránsito, la circulación y el transporte público son servicios públicos locales; asimismo, en su artículo 161°, numeral 7.4, al definir las competencias de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ha prescrito como una atribución de dicho municipio, el otorgar concesiones, autorizaciones y permisos de operación para la prestación de los servicios públicos de transporte de pasajeros y carga, de ámbito urbano e interurbano.

Al respecto, debe recordarse que bajo el enfoque clásico, la publicación requiere una Ley – formal y material- que declare expresamente que una actividad en particular es un servicio público, así también dicha Ley deberá ser una norma especial sobre la materia, en este caso del servicio de transporte público; en ese sentido, creemos que no puede concluirse que el servicio de transporte urbano ha sido declarado como servicio público, pues si bien si la Ley Orgánica de Municipalidades, al momento de haber distribuido las competencias de los municipios provinciales y distritales, ha señalado que considera al transporte como un servicio público local, esta norma no es sectorial ni versa específicamente sobre la materia de transporte público.

⁴¹ En particular, acerca de la publicación del servicio de transporte terrestre en general como requisito para ser considerado como servicio público, en nuestra misma línea de ideas, ya antes se ha señalado en la doctrina nacional que: “De la revisión de las normas relativas al transporte terrestre, no se verifica que exista algún dispositivo que lo declare como servicio público. Por lo tanto, tomando en cuenta que no existe el transporte terrestre en el Perú no es considerado como servicio público. Sin embargo, llegar a la conclusión únicamente basados en la necesidad de contar con la , sin analizar la naturaleza del servicio de transporte terrestre, no solo sería erróneo, sino que implicaría la desprotección de los usuarios de un servicio que por sus características debiera considerarse como público (...). Por lo anterior, si bien esta actividad se presta en un régimen de libre competencia –acorde a nuestro régimen constitucional económico y al Decreto Legislativo N° 651- ello no desconoce que en los hechos existe una necesidad de regulación adicional que el Estado debe proveer, al igual que en el resto de servicios públicos”. MENDOZA ALEGRE, Milagros. “Servicio de transporte terrestre de pasajeros. ¿Servicio Público?”. En Revista de Derecho Administrativo N° 7. Año IV. Mayo. Lima, 2009, p. 494.

Para una opinión disidente que considera a la reserva estatal como la característica principal del servicio público, ver: FLORES FERNÁNDEZ, Luis. “El transporte urbano de pasajeros: ¿servicio al público o un servicio público? Medios pasajes y pases libres. En: . Suplemento Mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. N° 60. Año 5. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 16.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El Servicio Público de los Transportes Urbanos”. En: Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Enero/Abril, 1953, p. 83.

⁴³ Según cifras de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima se calcula que del total de viajes realizados en la ciudad capital, el 80% de ellos se hace en vehículos de transporte público, lo que estadísticamente significa que se realizan cerca de 10 millones de viajes diarios en vehículos de este tipo de servicio.

Véase: www.gtu.munlima.gob.pe/proyectos/concesionrutas.htm.

servicio de transporte público urbano de personas se constituya como una actividad de importancia, de interés general para la población y como un Servicio Público.

Asimismo, el TC ha reconocido el “interés público” que reviste el servicio de transporte público urbano. En esa línea, de acuerdo con el colegiado constitucional, aun cuando esta actividad no es considerada como servicio público por el ordenamiento jurídico peruano, tal ausencia del calificativo no lo eximía de reconocer que el servicio de transporte urbano es de “interés público”, situación que habilita al Estado para desplegar un “[...]” especial deber de protección estatal a los usuarios del servicio y, con ello, una reglamentación más estricta del mismo, supervisando que la prestación se otorgue en condiciones de adecuada calidad, seguridad, oportunidad y alcance a la mayoría de la población⁴⁴; en consecuencia, una intervención estatal en este servicio es acorde con la Constitución, por lo que solo queda analizar el grado de intensidad permitido.

Por lo tanto, somos de la opinión que el servicio de transporte debe ser considerado como un servicio público y, aún más importante, debe estar sujeto al régimen legal aplicable a este tipo de servicios.

3. La regulación del Servicio de Transporte Urbano en el Perú

Luego de haber comprendido la noción de servicio público y considerar que el servicio de transporte urbano califica en dicha categoría, por lo que debe estar sometido a un régimen especial que garantice siempre su correcta prestación, con el fin de lograr una comprensión económico-legal del libre mercado

en el transporte urbano, recurriremos a algunas consideraciones que se han dado sobre el mercado de transporte terrestre en general. En ese sentido, en principio, se ha afirmado que -generalmente- todo mercado de transporte cuenta con algún tipo de regulación, por lo que en pocas ocasiones la provisión u oferta de servicios es producto de la sola interacción de la libre competencia.

Así pues, en cuanto al acceso al servicio de transporte urbano, DE RUS, CAMPOS y NOMBELA han señalado que la provisión de servicios “[...]” a través del mercado no garantiza de forma general que los precios pagados por los usuarios de servicios e infraestructuras de transporte vayan a estar determinados por los costos [...] [el] conjunto de motivos -tecnología, externalidades y consideraciones de equidad- hace que prácticamente en todos los mercados de transporte exista algún tipo de regulación, y que raramente la provisión de servicios se realice por la libre interacción de oferta y demanda⁴⁵.

Por citar un ejemplo, hoy es aceptado que el libre acceso a la infraestructura vial terrestre presenta una falla de mercado en razón a que las vías califican como “bienes públicos sujetos a congestión” desde el punto de vista económico⁴⁶, por lo que -para mantener la fluidez vehicular- requieren de una regulación a cargo del Estado: determinación del número óptimo de vehículos que pueden circular por las vías de la ciudad para evitar la saturación y congestión vehicular⁴⁷ o el cobro de tasas por congestión. En consecuencia, y llevando el ejemplo hacia el Servicio de Transporte Urbano, aquí la regulación del Estado se hace imprescindible con el fin de no saturar la vía de vehículos y no crear una sobreoferta en el servicio transportador, de forma tal que se produzca congestión del tránsito y exceso en la cantidad de buses⁴⁸.

⁴⁴ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00034-2004-PI/TC. Fundamento 44.

⁴⁵ DE RUS Ginés, CAMPOS Javier y NOMBELA Gustavo. Barcelona: Antoni Bosch, 2003, pp. 233-234.

⁴⁶ Desde un enfoque económico, un bien público es aquel que se caracteriza por su consumo no rival -el uso del bien por una persona no deja menos para cualquier otro consumidor- y por la imposibilidad de excluirlo del consumo de otros -los costos de excluir a los beneficiarios que consumen el bien sin pagar son tan elevados que ninguna empresa privada estaría dispuesta a proveer el bien-. Véase: COOTER Robert y ULEN Thomas. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 64.; y GUERRA GARCIA Gustavo. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1997_n1/Ent_Cost_Ben_Anali_Eco_Der.htm.

⁴⁷ Los bienes públicos se constituyen como fallas del mercado que para su correcto funcionamiento requieren la regulación del Estado. En el caso de las vías, dicha intervención se justifica por la saturación de la infraestructura vial, pues el que varios buses utilicen o compartan ésta en las mismas condiciones -horas, frecuencias- y teniendo la vía una capacidad máxima, hace necesario repartir o distribuir el uso de la franja horaria y el espacio de la vía.

⁴⁸ Al respecto, con un enfoque distinto y sobre la idea de la privatización de las calles y la correcta asignación de los derechos de propiedad sobre las vías, en el plano académico se ha propuesto que la titularidad de éstas se encuentre en mano de los privados -urbanizaciones o asociaciones en donde se ubican las vías- quienes podrán cobrar por el derecho de circulación de autos privados y vehículos de transporte público, lo cual fomentaría el uso eficiente de la infraestructura y la construcción de más vías, solucionando así el problema de la congestión. No obstante, debe considerarse en el análisis que el desarrollo de grandes infraestructuras viales, sobre todo en el ámbito urbano, no resuelve necesariamente el problema del transporte y menos aún el de la movilidad. Así, debe tenerse en cuenta que la construcción de vías incentiva el uso de vehículos pues se cuenta con nuevas vías para ocuparlas y circular por ellas (tráfico inducido), y la dispersión constante de la ciudad.

Para argumentos a favor de la privatización como solución al problema del tránsito vehicular véase: PASQUEL Enrique, ¿Privaticemos las calles? En: Enfoque de Derecho. <<http://enfoquederecho.com/%C2%BFprivaticemos-las-calles/>>. Para argumentos desde un enfoque de movilidad sostenible, véase: HERCE Manuel. Barcelona: Editorial Reverté, 2009, pp. 15-17; UNIÓN Internacional de Transporte Público-UITP. Bruselas:2003, UITP, pp. 6 y 9; CLEAN Air Institute. <<http://www.cleanairinstitute.org>>.

Asimismo, desde el lado de la regulación por los efectos producidos, una falla de mercado que se presenta en el transporte urbano son las externalidades negativas que se generan por la prestación del servicio; entre ellas: las muertes y lesiones generadas por los accidentes de tránsito, la contaminación sonora, contaminación del aire, intrusión visual, entre otras.

Al respecto, como bien ha señalado J.M. THOMSON:

El transporte es, por excelencia, la industria de las externalidades. Hay dos razones para ello. Primero, el transporte es una industria de ingeniería llevada a cabo, no privadamente dentro de los muros de una fábrica, sino en sitios públicos, donde la gente vive, trabaja, compra y va a sus ocupaciones diarias. El ruido, el olor, peligro y otros rasgos desagradables de la gran maquinaria, de movimiento rápido, se acercan a la gente con devastadoras consecuencias en potencia para el medio ambiente humano. [...] Segundo, toda vez que el transporte y la localización de actividades pueden considerarse como las dos caras de una misma moneda, muchos efectos incalculables del cambio de ubicación de actividades han de considerarse como efectos colaterales de las decisiones en materia de transporte^{49 50}.

También en estos supuestos, se postula que el Estado intervenga en el mercado para interiorizar los costos producidos por las externalidades por medio de mecanismos adecuados -imposición de tributos por concepto de contaminación producida, impuesto de rodaje vehicular, cobro de peajes, tasa por antigüedad del vehículo, etc.- los que, en última instancia, servirán para desincentivar la producción de las externalidades o en todo caso internalizar los costos producidos.

Finalmente, en lo concerniente al modelo de operación y el grado de competencia en el servicio, la discusión se ha dividido entre la elección de dos esquemas o modelos: la competencia en el mercado o la competencia por el mercado. Se afirma que la primera implica un mercado abierto sin restricciones a los operadores de transporte -salvo las impuestas por la reglamentación de

vehículos, emisiones contaminantes, reglas de tránsito, etcétera-, con lo cual se da el mayor grado de libertad a las empresas para responder a la demanda de los consumidores; sin embargo, éste tipo de competencia no da respuesta a importantes fallas del mercado; entre ellas: a) la prestación de servicios de transporte que son necesarios para un sector de la población aun cuando su prestación no cubre los costos de operación del servicio (servicios universales), b) los efectos externos como la congestión y el impacto ambiental a menos que sean cobrados directamente, c) la asimetría de información debido a que los pasajeros desconocen las condiciones y la calidad del servicio prestado hasta que se encuentran en el bus, y d) el desinterés de los operadores o empresas de transporte en adaptar sus servicios y tarifas para promover la integración modal⁵¹.

Por su parte, en la competencia por el mercado, la autoridad limita la entrada de cualquier privado interesado en el servicio mediante un concurso o licitación en el que establece las condiciones de operación del servicio: flota vehicular, nivel de servicio, paradas preestablecidas, intervalo de paso, frecuencias y tarifas; de esta manera, solo el mejor operador u operadores -según el número óptimo de empresas y vehículos requeridos- tienen el derecho a acceder al mercado y prestar el servicio de transporte.

Bajo este esquema se ofrece solución a situaciones en donde la competencia de las empresas durante la prestación del servicio no resulta social ni económicamente deseable; por ello, se afirma que "(...) en el transporte urbano por autobús, la forma más empleada es otorgar a las empresas contratos de concesión, que tienen validez por un periodo determinado de tiempo, en los cuales se fijan las condiciones de los servicios a prestar y la regulación que se les impone sobre las tarifas. (...) El objetivo de estas subastas es seleccionar a las empresas más eficientes para proveer los servicios de transporte, para que las tarifas que pagan los usuarios sean socialmente óptimas"⁵².

En resumen, de manera general, se acepta que la regulación económica se hace necesaria en el servicio de transporte urbano -salvo algunas

⁴⁹ THOMSON, J.M. . Traducción a cargo de Fernando Escribano. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1976, pp. 50-51.

⁵⁰ En el caso de la contaminación producida por los gases tóxicos y los sonidos con decibeles por encima de lo permitido, esta afecta no solo a quienes participan como agentes económicos en un espacio y tiempo determinado del servicio de transporte -operadores y usuarios del servicio-, sino también a personas ajenas a la prestación del servicio que se ven afectados sin haber participado en esta actividad.

⁵¹ BANCO MUNDIAL. Banco Mundial. 2002, p.119.

⁵² DE RUS, Ginés, CAMPOS Javier y NOMBELA, Gustavo. Op.cit., p. 248.

excepciones— en razón a las fallas de mercado que se presentan tanto en la provisión de infraestructuras y servicios de transporte; asimismo, la regulación social se hace presente para garantizar la operación del servicio de transporte urbano bajo mínimas condiciones calidad, evitando la producción de efectos socialmente no deseables -como los accidentes de tránsito o las maniobras temerarias- y con el fin de asegurar la satisfacción del interés público que está presente en este servicio.

Podemos afirmar entonces que en el transporte urbano debido a la presencia de fallas de mercado que le son inherentes, casi siempre se requerirá una regulación económica, la cual tendrá un efecto -en mayor o en menor grado- sobre los precios del servicio. Lo mismo para la regulación social donde el Estado procura garantizar servicios de transporte que incluso no sean económicamente rentable y ciertas condiciones mínimas del servicio en general, no por razones de eficiencia económicas sino por razones de índole social. Por ello, desde el punto de vista económico, se postula que la fórmula de regulación más adecuada para limitar la competencia en el transporte urbano, y a la vez no reducir los incentivos de las empresas para ser más eficientes en la producción de los servicios, es la “competencia por el mercado”. Así, se recomienda la formación de un esquema de competencia que permita el otorgamiento de autorizaciones y concesiones, en las que se fijarán las condiciones de los servicios y la regulación tarifaria, previos concursos o licitaciones que permitirán seleccionar a las empresas más eficientes para la provisión de los servicios.

1.1 El libre mercado en el transporte urbano: Decreto Legislativo N° 651⁵³

Luego de ver cómo desde el enfoque económico se han identificado las fallas de mercado en el

transporte urbano y las propuestas de regulación, haremos una breve revisión de la legislación de transporte urbano relacionada al libre mercado.

1.1.1 El libre acceso o libre entrada al servicio

Consideremos primero que nuestra CPP al decir en su artículo 58° que la iniciativa privada es libre entiende que nuestro ordenamiento ha aceptado la “[...] constitucionalización de la autonomía privada en el ámbito económico[...]⁵⁴”, que el mercado -entendido como el proceso mediante el que la oferta y demanda asignan bienes y servicios- pertenece a los particulares y que la generación de riqueza se encuentra a cargo de los agentes privados, mientras que el Estado impone medidas que protejan esas relaciones económicas donde se priorice la protección de la parte más débil ante el desequilibrio.

Si bien bajo este artículo se desprende que el Estado no es dueño del mercado, limitando así su participación como agente económico a diferencia de lo que ocurre con los particulares donde la iniciativa es libre, sobre la base del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60° de la CPP y al encontrarnos en una economía social de mercado, queda claro también que el Estado no abandona el mercado por completo, sino más bien cumple un rol distinto, ya no —en principio— como empresario, sino como protector y corrector del mercado.

En la legislación de transporte urbano, la libre iniciativa privada o libre entrada ha sido reconocida en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 651, modificado por la Ley N° 27774, en el que se preceptúa que la prestación del servicio de transporte urbano de pasajeros es de libre acceso, previa autorización de las municipalidades provinciales, siempre que se cumplan con

⁵³ La norma que introdujo el libre mercado en el transporte urbano es el Decreto Legislativo N° 651 de 1991. Dicho decreto estableció la libre competencia en las tarifas y el libre acceso en el servicio en un contexto en el que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo emitieron diversos decretos en materias que eran competencia de los gobiernos locales; entre ellas: el transporte urbano. Sobre el denominado despojo normativo que soportaron los gobiernos locales y la argumentada inconstitucionalidad de dichas normas, véase: BLUME FORTINI, Ernesto. (Comp.) Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 1997.

Un dato histórico-jurídico relevante es que en el año 1991 un grupo de congresistas interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651, bajo los argumentos que: a) el Ejecutivo no debía dejar las tarifas del transporte urbano a la libre competencia pues ello transgredía la Ley Orgánica de Municipalidades de aquel entonces y los preceptos de la Constitución de 1979 vigente aun, b) se había excedido la Ley de delegación de facultades que solo permitía legislar en materia de crecimiento de la inversión privada, y c) se había modificado la estructura del Estado y las competencias de los gobiernos nacional, regional y local. En este caso, el Tribunal declaró fundada la demanda en el extremo relacionado a las competencias asignadas a los gobiernos locales e infundada en lo relacionado a la autorización legislativa para regular en materia de crecimiento de la inversión privada; por tanto, la norma fue declarada inconstitucional. Sin embargo, con un gobierno de facto de por medio, dicho decreto fue ratificado por el Decreto Ley N° 25457, derogado recientemente en el año 2002. Para un análisis de dicha sentencia, desde la autonomía y competencias municipales, véase: LANDA ARROYO, César. Tercera edición. Lima: Palestra editores, 2007, pp. 111-127.

⁵⁴ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Libertad de contratación” En: GUTIERREZ, Walter (dir.). Primera edición. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 795.

los requisitos de las normas reglamentarias correspondientes^{55 56}.

Por su parte la LGT no hace referencia textual a la libre iniciativa privada; sin embargo, el artículo 16° la Ley dispone que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en los servicios que gestiona -es decir, los servicios de transporte de ámbito nacional (transporte interprovincial)-, puede otorgar autorizaciones o concesiones para brindar el servicio de transporte público.

Asimismo, y bajo el criterio del “área saturada” el artículo 17° de la Ley señala que los municipios provinciales son competentes para otorgar concesiones y autorizaciones para brindar el Servicio de Transporte Urbano; así se otorgarán concesiones cuando el servicio se fuera a prestar en vías urbanas calificadas como “áreas saturadas” o de acceso restringido, entendiéndose por área saturada aquella parte del territorio de una ciudad en la que existen dos o más arterias o tramos viales con apreciable demanda de usuarios del transporte o exceso de oferta, niveles de contaminación ambiental o congestión vehicular. Por su parte, se otorgarán autorizaciones en todas aquellas áreas o vías consideradas como no saturadas⁵⁷. No obstante, el Reglamento Nacional de Administración de Transporte solo ha reconocido la posibilidad de otorgar concesiones para brindar el servicio de transporte en el ámbito

urbano, mas no para los servicios de transporte de ámbito nacional presentándose una contradicción a lo señalado expresamente por la LGT⁵⁸.

Hasta aquí cabe hacer unos comentarios. En primer lugar, queda claro que tanto la LGT y el Reglamento Nacional de Administración de Transporte establecen dos formas para acceder al Servicio de Transporte Urbano: mediante autorización -para servicio en áreas no saturadas- y concesión -para servicios en áreas saturadas-. En ese sentido, al señalarse que el otorgamiento de una concesión requiere un proceso de licitación previo en el que se elegirá a la mejor empresa o empresas operadoras de la vía saturada, se entiende que en el caso de las vías no saturadas -en los que se accede al mercado mediante una autorización- bastaría con cumplir siempre los requisitos señalados por la autoridad para prestar el servicio y; en consecuencia, no se podría limitar el ingreso de operadores a un servicio y ruta de transporte, y no podría establecer mayor regulación que la prevista mediante la actividad de ordenación de la autoridad de transporte. Sobre esta base, entendemos que para las vías no saturadas, la lógica utilizada es que el “libre mercado” regulará la entrada del número de operadores, quienes tendrán que evaluar qué tan conveniente resulta entrar a operar un servicio en una ruta en los que ya existen otras empresas o, en todo caso, en la que no existe ninguna empresa.

⁵⁵ Decreto Legislativo N° 651 de 1991

Artículo 2°.- Declárese el libre acceso a las rutas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, autorizadas por los Concejos Provinciales y, en consecuencia, elimínense todas las restricciones administrativas y legales que se contrapongan a esta disposición. (...)

⁵⁶ Vale mencionar que bajo el texto original del artículo 2°, el libre acceso al servicio de transporte -en principio- no requería de autorización o permiso previo de la autoridad competente. Al respecto, el artículo original señalaba: “Artículo 2°.- Declárese el libre acceso a las rutas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, autorizadas por los Concejos Provinciales y, en consecuencia, elimínense todas las restricciones administrativas y legales que se contrapongan a esta disposición”; dicho artículo fue modificado recién en el año 2002. Así también, con la modificatoria de dicho artículo, se derogó el artículo 3° del citado Decreto, que disponía el establecimiento de condiciones para el acceso a vías que no podían ser operadas bajo lo enunciado en el artículo 2°; es decir, se reafirmó el libre acceso total al servicio.

⁵⁷ Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre

Artículo 17°.- De las competencias de las Municipalidades Provinciales

17.1 Las Municipalidades Provinciales, en su respectiva jurisdicción y de conformidad con las Leyes y los reglamentos nacionales, tienen las siguientes competencias en materia de transporte y tránsito terrestre:

(...)

Competencias de gestión:

e) Dar en concesión, en el ámbito de su jurisdicción, los servicios de transporte terrestre en áreas o vías que declaren saturadas; así como otorgar permisos o autorizaciones en áreas o vías no saturadas, de conformidad con los reglamentos nacionales respectivos. (...).

⁵⁸ Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte

Artículo 3°.- Definiciones

Para efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Reglamento, se entiende por:

(...)

3.22 Concesión: Es el acto jurídico de derecho público mediante el cual la autoridad competente, otorga por un plazo determinado, a una persona jurídica, la facultad de realizar servicio de transporte público de personas en vías urbanas calificadas como “áreas saturadas” ó de acceso restringido. El otorgamiento de una concesión se expresa en un contrato que contiene derechos y obligaciones para su titular y es consecuencia de un proceso de licitación pública.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado desde la rama de la economía que ha estudiado el mercado de transporte, las fallas de mercado y la necesidad de regulación económica y social suelen presentarse en el servicio de transporte terrestre en general, y no solo en las vías o áreas saturadas por donde se prestará el servicio de transporte, que es el criterio utilizado por nuestra legislación⁵⁹. En ese sentido, conviene recordar que este criterio de competencia en el mercado se basa en razones económicas, mas no considera aspectos de regulación social como la importancia de que un Servicio de Transporte Urbano –rentable o no- deba ser prestado pues existe una demanda por el servicio. Asimismo, no se toma en cuenta el fenómeno de la “competencia destructiva” que fomenta un esquema de libre entrada irrestricta o de ausencia de regulación, pues la competencia entre empresas por los pasajeros, no se produce únicamente en las tarifas, sino también en la velocidad de los buses por llegar a los paraderos para recoger personas; a esta última situación se le denomina “guerra del centavo”, pues los buses compiten en las vías por recoger más personas en razón a que el ingreso de los operadores se encuentra ligado a la cantidad de pasajeros transportados, incentivándose así el exceso de velocidad, maniobras peligrosas y la ocurrencia de accidentes de tránsito⁶⁰.

3.1.2. La libre competencia en los precios y en el servicio

Tal como ha señalado ROJAS LEO, la CPP atribuye un valor positivo y negativo a la libre competencia; en tal sentido, afirma, “atribuir valor positivo a la libre competencia significa considerar como una aspiración positiva del Estado Peruano que, en el

funcionamiento del mercado nacional, sea la libre competencia la fuerza reguladora de la acción de los agentes económicos”. En esa línea, la libre competencia “no es otra cosa que un escenario de mercado en el que existe libertad de elección, los precios se forman libremente por acción de la Ley de la oferta y la demanda, y es imposible que un agente económico decida su política industrial con independencia de los otros actores del mercado”⁶¹. Por su parte, el valor negativo se encuentra en el rechazo a toda práctica que implique una limitación a la libre competencia entre las que se encuentra al abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

En la legislación de transporte urbano, resulta imprescindible referirnos nuevamente al Decreto Legislativo N° 651 que, luego de varios años de regulación tarifaria, estableció la libre competencia en las tarifas del Servicio Transporte Urbano de pasajeros en todo el país⁶².

A diferencia de lo que ocurre con la libre iniciativa privada, la LGT sí contiene dos artículos referidos a esta libertad económica. Así, dicha Ley en su artículo 4° prescribe que el Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, priorizando su accionar en aquellos mercados donde ésta se distorsione o limite⁶³; asimismo, en su artículo 6° ha establecido que el Estado promueve la existencia de precios reales y competitivos en el mercado de insumos y servicios de transporte, y además, que todo agente que participe en el mercado de transporte –usuarios, transportistas o Estado- asuma los costos totales de sus decisiones⁶⁴.

Sin embargo, es necesario precisar que en el Servicio de Transporte Urbano la libre competencia

⁵⁹ MENDOZA ALEGRE, Milagros. Op. cit., p. 494.

⁶⁰ CHAPARRO, Irma. Santiago de Chile: CEPAL, 2002, p.15.

⁶¹ ROJAS LEO, Juan Francisco. “El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional”. En: Año 1. Número 1. Lima: INDECOPI, 2005, pp. 86-87.

⁶² Decreto Legislativo N° 651, de 1991.

Artículo 1°.- Establézcase, desde la vigencia de este Decreto Legislativo, la libre competencia en las tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país.

⁶³ Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

Artículo 4°.- De la libre competencia y rol del Estado.

4.1 El rol estatal en materia de transporte y tránsito terrestre proviene de las definiciones nacionales de política económica y social. El Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.

4.2 El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. En particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación. (...).

⁶⁴ Artículo 6°.- De la internalización y corrección de costos.

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

6.2 Cuando la corrección de costos no sea posible, aplica restricciones administrativas para controlar la congestión vehicular y garantizar la protección del ambiente, la salud y la seguridad de las personas.

no siempre logra desplazar a las empresas o proveedores menos eficientes, tal como ocurre en otros mercados. Así, debemos considerar que un servicio de transporte que opera una ruta es prestado normalmente por determinadas empresas, las cuales cubrirán siempre la misma ruta sin dejar opción a los usuarios o pasajeros para que estos decidan no tomarlos a futuro en respuesta al mal servicio prestado o en razón a los precios cobrados. Quiérase o no, el usuario no tiene más opciones que tomar los servicios de las mismas empresas –cuando operen varias o de una sola empresa cuando haya monopolio– que le pudieron haber brindado un deficiente servicio, pues en su ruta solo operan estas que son las únicas que lo llevarán a su destino.

Así también, ante la ausencia de regulación, la calidad media de los vehículos puede deteriorarse por la fuerte competencia entre las empresas. Como se ha afirmado, la aparición de empresas pequeñas que prestan el servicio con precios muy bajos, sumado a que operan con buses muy antiguos, con condiciones mínimas de calidad y seguridad, hace que las empresas de tamaño mediano y grande desaparezcan por efecto de la competencia destructiva, pues no tienen costos fijos relevantes y por ello pueden ofertar precios bajos. Ante ello, “en lugar de favorecer la competencia, debe procurarse en este caso limitar dicha competencia, promoviendo la existencia de pocos operadores y, en lo posible de tamaño mediano o grande para que dispongan de recursos financieros que les permitan disponer de una flota de vehículos modernos que se renueve periódicamente”⁶⁵.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta la existencia de la asimetría de información en el transporte, pues las empresas poseen mejor información que los consumidores, sobre todo en los parámetros de funcionamiento del servicio: condiciones técnicas y mantenimiento de los vehículos, capacidad de los conductores, pólizas de seguros, entre otros. Al respecto, en un estudio del servicio de transporte interprovincial de pasajeros en el Perú pero que resulta aplicable al transporte urbano, se ha

señalado que bajo el libre mercado se presentan problemas de selección adversa, por cuanto los consumidores no tienen cómo verificar las condiciones del servicio, con lo cual no pueden elegir apropiadamente los buses en qué movilizarse, y de riesgo moral, pues las empresas asumen los menores costos en repuestos, capacitación y contratación de conductores, mantenimiento del vehículo, con tal de mantener sus márgenes o aumentar su participación en el mercado incluso a costos del mayor riesgo para los pasajeros y peatones⁶⁶.

Es importante anotar que la existencia de estas fallas genera consecuencias que, directa o indirectamente, repercuten en la formación de los precios en un esquema de libre competencia. Es decir, consecuencias como la sobreoferta vehicular, la atomización del mercado, la contaminación, la asimetría de información o la congestión, siempre provocarán un efecto sobre la formación en los precios del servicio, motivo por el cual se hará necesaria la regulación económica según las condiciones que el mercado presente. Así, por ejemplo, en el caso del transporte urbano de Lima las actuales fallas y condiciones del mercado de transporte público han propiciado una estabilidad de los precios del servicio, de manera que ningún transportista, vía la oferta y demanda existente, puede aumentarlos ya que otro estará dispuesto a cobrar por debajo del valor establecido⁶⁷.

4. Conclusiones

En consideración a lo expuesto en el presente artículo podemos enunciar las siguientes conclusiones:

- El servicio de Transporte Urbano debe ser considerado como un servicio público en razón a que califica como una actividad de interés general que satisface necesidades básicas de las personas y que a la vez es explotable económicamente; por tanto, su prestación y calidad deben ser garantizados por el Estado.

⁶⁵ DE RUS, Ginés, CAMPOS Javier y NOMBELA, Gustavo. Op.cit., p. 246.

⁶⁶ ROCA TAVELLA, Santiago Francisco; ROJAS LEO, Juan Francisco y VILLA MIRANDA, Erick Abraham. . Lima. 2008, p. 31.

⁶⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. . Op.cit., p. 51. Cita Textual: “Esta sobreoferta de transporte ha acarreado diversas consecuencias, a saber: [...]”

2. Precios estables. No es posible que ningún transportista aumente sus precios, porque siempre habrá otros dispuesto a cobrar menos con tal de quedarse con el pasajero. A su vez, el precio que se cobra no es suficiente para cubrir los costos de operación y mantenimiento (combustible y reparaciones), lo que impide a los operadores invertir en la renovación de unidades

3. Empleo de subsistencia. Muchos operadores se ven obligados a trabajar más de 12 horas para obtener lo suficiente para vivir. Esto provoca fatiga, estrés y la pérdida de la capacidad para conducir.

4. Congestión vehicular. La liberalización ha generado un ineficiente uso del espacio público, con unidades pequeñas como camionetas rurales y taxis que ocupan grandes extensiones de vías circulando vacías o a media capacidad.”

- En el Servicio de Transporte Urbano se presentan fallas de mercado tales como la existencia de bienes públicos, asimetría de información, externalidades negativas, etc., razón por la cual -generalmente- se encuentra sujeto a algún tipo de regulación como sucede en la mayoría de mercados de transporte.
- En el Perú el transporte urbano se encuentra bajo un régimen de libre mercado: libre acceso al servicio de transporte, previo cumplimiento de los requisitos reglamentarios -seguridad, condiciones técnicas vehiculares, etc.- y libre competencia en los precios, pudiendo acceder a él mediante una autorización en el caso de servicios en vías no saturadas o por medio de una concesión, si la prestación del servicio es en un área o vía calificada como saturada.
- La aplicación e interpretación de las reglas del libre mercado en el transporte urbano deben considerar los fenómenos económicos y sociales que se presentan en este Servicio Público, tales como las fallas de mercado y la prestación de servicios universales u obligaciones de servicio público; todo ello, más allá de los títulos habilitantes que permitan acceder y permanecer en el Servicio de Transporte Urbano.
- Dentro de una economía social de mercado, ante la presencia de fallas de mercado en el servicio de transporte urbano, el Estado debe regular la actividad mediante las distintas herramientas regulatorias, tales como el control de acceso a la actividad, la regulación tarifaria, cobro de tasas por congestión o antigüedad vehicular, entre otros. Asimismo, con el fin de garantizar la satisfacción del interés público que reviste a esta actividad, la regulación social se justifica por razones de equidad distributiva.
- El Servicio de Transporte Urbano puede ser gestionado bajo un esquema de competencia en el mercado o competencia por el mercado; no obstante, el primero presenta distintas dificultades para la correcta prestación y mejora del servicio, tales como la asimetría de información, no prestación de servicios de transporte por interés social y ausencia de incentivos de las operadoras del servicio para la integración tarifaria; en consecuencia, la competencia por el mercado permite una mejor planificación y desarrollo del transporte urbano con estándares mínimos de calidad, desarrollo de economías de escala, integración operativa y tarifaria, y cumplimiento de obligaciones de Servicio Público con la debida previsión económico-financiera.
- La gestión del Servicio de Transporte Urbano debe considerar la existencia de fallas de mercado propias de la actividad y de la necesidad de regulación social para satisfacer el interés público que reviste el servicio; por lo que, el marco jurídico del transporte urbano en el Perú debe dotar a las autoridades competentes de las herramientas regulatorias necesarias para la correcta gestión del servicio y la corrección de las fallas o distorsiones del mercado.