

# Acerca de la Autonomía Municipal y el Transporte Urbano

**Braulio Rosillo Larros**

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC.

Egresado de de la Maestría de Derecho de la PUC.

## I. ANTECEDENTES

El 25 de julio último se publicó en el diario "El Peruano" el Decreto Legislativo (D.L.) 651, en virtud del cual: (i) se estableció la libre competencia en la tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país; (ii) se declaró el libre acceso a las rutas del servicio público de transporte urbano de pasajeros autorizadas por los Concejos Provinciales, eliminándose, en consecuencia, todas las restricciones administrativas y legales; (iii) se estableció que cuando por razones de orden operativo no sea posible el libre acceso a determinadas vías, a propuesta de los Concejos Provinciales y mediante resolución suprema del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se establecerán las condiciones que permitan el acceso a dichas vías en el marco de la libre competencia; y, (iv) se autorizó excepcional y transitoriamente a las personas naturales o jurídicas para que en cualquier vehículo que no sea camión o vehículo de dos ruedas brinden el servicio público de transporte urbano.

Nos referiremos en este artículo sólo a los dos primeros puntos. Ello porque son los más conflictivos y los de mayor relevancia jurídica.

Desde determinados sectores del espectro político, y especialmente desde la Municipalidad de Lima Metropolitana, se ha cuestionado la constitucionalidad del D.L. 651. El cuestionamiento principal, desde el punto de vista legal, radica en que esta norma violaría la autonomía municipal al regular asuntos que la Constitución señala como de competencia exclusiva de las Municipalidades<sup>1</sup>.

A propósito de lo anterior, en el presente trabajo intentaremos dar respuesta a las siguientes interrogantes: (1) ¿se viola la autonomía municipal si el Gobierno Central dicta normas sobre transporte urba-

no?, (2) ¿la competencia municipal sobre transporte colectivo es exclusiva? y (3) ¿es inconstitucional el D. L. 651 al dejar que las tarifas del transporte urbano se determinen por la libre competencia?.

Antes de comenzar el análisis debemos tener en cuenta las siguientes premisas: (i) Toda opinión de derecho, implica un previo posicionamiento ideológico y por ello valorativo sobre la idea del Estado y la sociedad. Las normas jurídicas y los conceptos que ellas encierran, llevan consigo un postulado ideológico y político, ya sea de quien las crea, o de quien las aplica; (ii) la opinión que el intérprete puede dar sobre una norma específica, está en cierta forma enmarcada por su posición frente a ella. Una norma es como un prisma, y analizada desde distintos ángulos (cada ángulo supone un interés) puede llevarnos a conclusiones totalmente dispares; (iii) nuestra Constitución adolece de una fuerte ambivalencia en aspectos de carácter económico y político. Ello como resultado de la concertación de las fuerzas políticas que participaron en la Asamblea Constituyente. Es así que tenemos una Carta Política en la que liberales y socialistas, de todos los colores, creen -y pueden- encontrar sustento para sus propios postulados; (iv) las normas constitucionales como cualquier otra norma toleran varias interpretaciones, dependiendo de la intencionalidad del intérprete, el énfasis que éste ponga en determinados aspectos de la norma, o el método que utilice; y (v) en virtud de lo expuesto en el punto anterior, diremos en el presente artículo que una norma es constitucional, si es que logra elaborar un argumento coherente sobre la base de normas constitucionales.

## II. LA AUTONOMIA MUNICIPAL Y EL TRANSPORTE URBANO

La Constitución en su art. 252 establece que "Las Municipalidades son los órganos del Gobierno Local.

1. Comunicados publicados en el diario "El Comercio" (11.08.91) y "La República" (17.09.91).

Tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia". Por su parte el art. 254 inciso 5, establece que las Municipalidades son competentes para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito. De lo que se trata entonces es de definir qué es la autonomía municipal y hasta dónde llega ésta en el ámbito del transporte colectivo.

En términos generales, se entiende por autonomía la facultad de las personas o entes para crear normas y autodirigirse de acuerdo a ellas. En el Derecho Privado esta facultad se expresa en el contrato, que siendo fruto de la autonomía de la voluntad permite a los individuos crear derechos y obligaciones.

En el campo del Derecho Público tenemos la llamada autonomía política y la autonomía administrativa. Esta última consiste en la "facultad inherente a algunos entes públicos de organizarse jurídicamente, de darse derecho propio, el cual no sólo es reconocido como tal por el Estado, sino que es adoptado por éste para integrar su propio sistema jurídico y declararlo obligatorio con sus propios reglamentos y leyes"<sup>2</sup>.

La autonomía administrativa puede estar circunscrita a un territorio determinado (autonomía territorial) o destinada a regular una materia específica (autonomía material). Se trata en ambas situaciones de una atribución de Derecho Público pero limitada. Es decir, que no emana de un ente soberano. El Estado, institución soberana y depositaria del poder público, reconoce esta facultad<sup>3</sup>.

Dos ópticas concurren cuando queremos calificar las autonomías. Una primera las aborda históricamente: las autonomías se erigen desde este punto de vista, como elemento democratizador al interior de un Estado autocrático. Resultan así, de un enfrentamiento histórico y son a fin de cuentas limitaciones de carácter regional o local a un poder central.

Desde otra óptica, puede entenderse la autonomía como una distribución del poder público funcional al sistema. Lo que se persigue con las autonomías es entonces hacer más eficaz el poder, descentralizando sus funciones en distintos órganos.

En el caso que nos ocupa, la autonomía de los Gobiernos Locales y la descentralización del poder es

un logro democrático alcanzado en largas luchas históricas. No puede negarse sin embargo, que la Constitución es fruto de una concertación, y en tal medida, evidencia un proyecto funcional al sistema político, en el cual el sentido de unidad está presente. Efectivamente, en la Constitución se define nuestro gobierno como unitario, representativo y descentralizado (art. 79). Se establece así un poder central representativo a nivel nacional, y acto seguido se sanciona una serie de autonomías (territoriales y materiales) a fin de hacer este poder central más funcional y descentralizado.

Las autonomías constitucionales (la autonomía municipal entre ellas), son así consecuencia de un proceso de descentralización, en virtud del cual el gobierno central transfiere algunas de sus tradicionales atribuciones a distintos órganos del Estado.

Es así que en virtud de la distribución de competencias efectuadas por la Constitución, tanto el Gobierno Central como los Gobiernos Locales dictan una serie de normas que deben ser coordinadas. En ese sentido, se darán situaciones en que la norma local no puede ser derogada por la norma del Gobierno Central, ni ésta puede determinar el contenido de las normas locales (descentralización perfecta), y otras ocasiones en que las normas centrales podrán establecer el marco general dentro del cual deben desarrollarse las normas locales (descentralización imperfecta)<sup>4</sup>.

En ambos casos -en la descentralización perfecta como en la imperfecta- hay limitaciones. La primera tiene relación con la jerarquía normativa: Las normas de los Concejos Municipales están sometidas jerárquicamente a las disposiciones legislativas nacionales<sup>5</sup>. La segunda limitación es de carácter territorial, las normas locales rigen sólo en la circunscripción territorial municipal. El tercer límite es el de la graduación que debe haber entre los intereses locales y el interés nacional.

Lo anterior tiene estrecha relación con el hecho que la autonomía no significa soberanía sino que está supeditada a ésta. El Tribunal Constitucional español sancionó la siguiente jurisprudencia al respecto: "Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites- y dado que cada organización territorial dotada de autonomía

2. FERNANDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Buenos Aires, Editorial Astrea 1981, pág. 63.
3. BAZAN, Iván. Organos Autónomos. En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco Eguiguren, Editor. Cultural Cuzco. Lima 1987, pág. 569.
4. KELSEN, Hans. Citado por Iván Bazán, en la obra mencionada, pág. 555.
5. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUC, pág. 52.

pura es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido ..."<sup>6</sup>.

Podemos concluir que la autonomía municipal es una facultad otorgada a las municipalidades para dictar normas en asuntos de interés de la comunidad, determinadas constitucionalmente, cuidando que las normas y políticas municipales guarden concordancia con el sentido de unidad que el Gobierno Central se encarga de plasmar a través de sus políticas y normas de carácter nacional. El Gobierno Central, por su parte, debe abstenerse de legislar aquellos asuntos de interés exclusivamente local (descentralización perfecta).

Ahora bien, en lo que respecta al transporte colectivo, la circulación y el tránsito, lo que interesa es determinar si el mandato constitucional impide al Gobierno Central dictar mediante normas de rango legal, políticas de carácter general. Para ello tenemos que atender, en nuestra opinión, a si se trata de un servicio de interés exclusivamente local o si, por el contrario, puede interesar a la nación en su totalidad y en consecuencia admitir normatividad del Gobierno Central.

Es difícil precisar el contenido objetivo de la competencia del Municipio. **Existe una amplia "zona incierta" en la cual el Municipio y el Estado concurren con la finalidad de prestar atención al mismo género de necesidades**, es decir, al mismo servicio. **Esta "zona incierta" es una órbita fijada por el Estado y variable a voluntad del mismo**, en función de diversas circunstancias de orden político y geográfico<sup>7</sup>.

Creemos que el servicio público de transporte urbano de pasajeros pertenece a esta zona, en la cual la regulación admite normas tanto del Gobierno Central como de la Municipalidad.

Ello debido a que la prestación de los servicios públicos y la estructura que éstos tengan, es un aspecto importante en la elaboración de cualquier política a nivel nacional.

De otro lado, la norma constitucional no es suficiente para determinar las competencias específicas de las Municipalidades en lo que a regulación de transporte colectivo se refiere. Es necesario una reglamentación mediante normas de rango legal. Estas normas son la Ley Orgánica de Municipalidades y otras leyes que sobre transporte colectivo, circulación y tránsito puedan dictarse.

Corresponde al Gobierno Central expedir las normas de carácter general que tienen vigencia a nivel nacional, y a las Municipalidades regular la prestación de ese servicio, atendiendo a las características concretas de su circunscripción y sujetándose a las normas generales de rango legal.

### III. EL DECRETO LEGISLATIVO No. 651

#### a) El D.L. 651 y la autonomía municipal

Hasta la fecha ha prevalecido el sistema de concesiones para la prestación del servicio público de transporte urbano. Este sistema, por medio de una serie de normas legales, otorgó a los Concejos Provinciales la facultad de fijar las tarifas y señalar las condiciones para el acceso a las rutas.

El D.L. 651 elimina el sistema de concesiones al establecer la libre competencia para la fijación de las tarifas del servicio público de transporte urbano y declarar, por otra parte, el libre acceso a las rutas.

Este acto es técnicamente válido, pues como señala Serrano Triana "la organización de un servicio público (...) es modificable en cualquier momento. Esta posibilidad de modificación resulta de la obligación que incumbe a los agentes públicos de hacer funcionar lo mejor posible el servicio a su cargo. Ningún obstáculo puede impedir esa modificación"<sup>8</sup>. Lo que debe resaltarse es que ninguna modificación a la organización de un servicio público puede llevar a su total eliminación.

La Municipalidad de Lima considera que con la puesta en vigencia del D.L. 651, se le sustraen facultades otorgadas constitucionalmente. Nos parece conveniente insistir en que las facultades municipales en este rubro (fijación de tarifas y administración de las rutas) forman parte del sistema de concesiones, el cual fue establecido por normas de rango legal y no constitucional. En efecto, la Constitución no regula cómo ha de brindarse el servicio público de transporte urbano.

La Ley Orgánica de Municipalidades (art. 69, inciso 1) sí se refiere al sistema de concesiones para la prestación del servicio de transporte urbano, pero no puede decirse que de manera única o exclusiva, pues habla tanto de licencias como de concesiones.

Esta misma norma, remite para el otorgamiento de esas licencias o concesiones, a los reglamentos

6. Congreso de los Diputados. Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Citado por Iván Bazán. Obra citada, pág. 557.

7. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Municipal. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., pág. 236.

8. SERRANO TRIANA, Adolfo. La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado Bienestar. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid 1983, pág. 7.

de la materia que no pueden ser otros que los dictados por el Gobierno Central<sup>9</sup>.

Coincidentemente con esta interpretación, el D.L. 329 sí establece que el servicio de transporte será otorgado en concesión a los particulares. Señala además que las concesiones relativas al transporte público urbano de pasajeros, serán otorgadas por los Concejos Provinciales de acuerdo a los reglamentos dictados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones<sup>10</sup>.

Hasta ahora hemos pretendido demostrar que la dación de normas sobre transporte público por parte del Gobierno Central no viola la autonomía municipal.

Es importante indicar que hasta diciembre de 1986, las tarifas del transporte urbano eran fijadas por la Comisión Reguladora de Tarifas. Es con la Ley No. 24619 que esa facultad es transferida a los Concejos Provinciales. Si como algunos afirman, la competencia municipal en esta materia fuera exclusiva y excluyente, cabe preguntarse: ¿Podría un Concejo Provincial cualquiera, durante el régimen de concesiones, dejar la determinación de las tarifas de transporte urbano a la libre competencia en su circunscripción?. La respuesta obvia es que no, porque normas de rango legal las tenían sujetas a control.

Tampoco viola la autonomía municipal el sólo hecho que se dejen las tarifas a la libre competencia, eliminando el sistema de concesiones para la prestación del servicio.

En el marco de una economía social de mercado (modelo planteado por la Constitución) la libre competencia no necesariamente excluye la noción de servicio público. Lo importante es que en cualquier esquema planteado esta noción se mantenga.

#### **b) El D.L. 651 y el servicio público**

Por servicio público se entiende "toda prestación concreta del Estado o de la actividad privada, que

tendiendo a satisfacer necesidades públicas, es realizada directamente por los particulares, mediante concesión, arriendo o una simple reglamentación legal, en la que se determinan las condiciones técnicas y económicas en que debe prestarse, a fin de asegurar, sin mayor costo, efectividad, continuidad y eficacia"<sup>11</sup>.

En opinión de Adolfo Serrano, históricamente el poder público se habría emancipado indebidamente imponiéndose sobre la sociedad civil que lo creó. La idea de servicio público sería entonces, una idea buscada a tientas durante siglos para que la colectividad pudiera ostentar un título jurídico preciso que le permitiera establecer los límites definidos de la actuación del Estado. De acuerdo a esta idea, el poder público fue creado para coadyuvar en la mejora existencial de los ciudadanos a través de prestaciones efectivas, es decir, fue creado en definitiva para servir al ciudadano y no a la inversa<sup>12</sup>.

Esta idea del servicio es irrenunciable. "El Estado nace según la teoría democrática para garantizar la paz (...). Hoy la paz social es desde luego una tarea más compleja que pasa por la procura existencial, a todos los ciudadanos, en forma de prestaciones suficientes directa o indirectamente garantizadas por el poder público, haciendo posible las declaraciones "formales", con el contenido "real" de lo definido como libre e igualitario y accesible para todos los grupos sociales"<sup>13</sup>.

En sentido estricto, la desaparición del servicio es una aniquilación de la función moderna del Estado. "El Estado democrático no conoce otra técnica más idónea que la servicial para repartir justicia económica, cultural y social..."<sup>14</sup>.

Medidas semejantes a las que pretenden implantarse ahora, han sido ensayadas en países como Gran Bretaña y Chile con distintos resultados. En estos países, sin embargo, no se abandonó en ningún momento la noción del servicio público como elemento rector que debía guiar las políticas a adoptarse. La liberalización de las tarifas se hizo progresivamente y

9. Ley 23853, art. 69: "Son funciones de las Municipalidades en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito: 1) regular el transporte urbano y otorgar las licencias o concesiones correspondientes de conformidad con los reglamentos de la materia ..."

10. D. L. 329, art. 28: "Las concesiones relativas al transporte público urbano de pasajeros serán otorgadas por la Municipalidad Provincial (...) sujetándose a los Reglamentos para la prestación de este servicio público. Los Reglamentos que regulan el servicio público de transporte urbano de pasajeros serán dictados por Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dichos Reglamentos serán coordinados previamente con las Municipalidades Provinciales".

11. GRECA, Alcides. Citado por Alzamora Valdez, Mario. Obra citada, pág. 221-222.

12. SERRANO TRIANA, Adolfo. Obra citada, pág.

13. Ibid., pág. 18.

14. Ibid., pág. 69.

de manera selectiva. Las rutas, si bien es cierto dejadas a la iniciativa privada, recibían el control de la autoridad correspondiente a través de mecanismos claros y expeditivos. Especialmente en Gran Bretaña, no se descuidó el servicio preferencial hacia los sectores menos favorecidos.

Pero, ¿qué ocurre con el D.L. 651? Se limita a declarar que las tarifas -todas las tarifas- se sujetan a la libre competencia; y que hay libre acceso a las rutas autorizadas por los Concejos Provinciales. Se aprecia en esta norma una tácita renuncia a la idea del servicio público.

Debemos recalcar que el carácter servicial del Estado se encuentra recogido en nuestra Constitución no sólo como idea que subyace a lo largo de todo su texto. Desde su preámbulo, la Constitución hace expresa su decisión de crear una sociedad en que la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía. El art. 80 de la Carta Política señala como deber primordial del Estado "promover el bienestar general basado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado del país". Se reconocen además, en la Carta Política, una serie de derechos que sólo pueden llevarse a la práctica a través de la armonización del interés privado con el interés general y la prestación efectiva de servicios garantizados por el Estado (aunque no sean brindados directamente por éste).

Partiendo de un análisis técnico y formal, el D.L. 651 no es inconstitucional en nuestra opinión, por lo que legisla (como hemos señalado, el Gobierno Central tiene facultades para legislar sobre transporte colectivo; y la libre competencia no es excluyente de la noción de servicio), lo es, sin embargo, en cuanto deja de legislar. En efecto, es inconstitucional en la medida que no establece el marco efectivo en que esa libre competencia debe desarrollarse, ni el rol que el Estado va a cumplir en la prestación del servicio.

El servicio público de transporte, como todo servicio público, debe estar sujeto a controles si es que se ha optado porque sea brindado a través de la actividad privada. Ello porque la actividad privada guiada por su propia lógica, se orienta al lucro personal. Si en el caso del transporte urbano, una ruta no le resulta rentable, entonces la dejará por otra que sí lo sea. El fin del servicio público en cambio, es asegurar al beneficiario las prestaciones requeridas, pues la satisfacción de esa necesidad interesa a toda la comunidad, independientemente del interés personal de quien brinda el servicio.

El control que se ejerza debe orientarse conforme

a la Constitución, a la armonización de la iniciativa privada con el interés social (art. 115); debe prestar las suficientes garantías para los usuarios; debe promover una equitativa distribución de ingresos (art. 110) si fuera necesario a través de adecuados mecanismos de subsidios. El Estado debe ejercer su actividad empresarial pues ésta tiene, entre otros fines, el de prestar servicios públicos (art. 113).

#### IV. UNA OBSERVACION FINAL

En este artículo hemos desarrollado un análisis estrictamente técnico y formal en el que se ha tratado de establecer hasta dónde toleran las normas constitucionales la oleada liberal del actual gobierno. Sobre la base de este análisis podemos afirmar, que una libre competencia sin controles mínimos es inconstitucional, no porque viole la autonomía municipal, sino porque elude la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Este análisis no puede, sin embargo, ser suficiente para establecer la constitucionalidad de una norma.

En efecto, la Constitución es una norma básicamente política, resume una propuesta de Estado. Las normas son inconstitucionales o no, en tanto se conciben con ese modelo propuesto en la Carta Política, en la medida que colaboren a que sea alcanzado.

Un análisis alternativo es el que parte de los hechos concretos hacia la norma. Desde esta perspectiva considero que el D.L. 651, dadas las características del servicio público de transporte urbano, la desigual distribución de ingresos y el proceso de recesión en el que estamos, no contribuye a formar una sólida economía social de mercado, no atiende al interés de los consumidores ni regula iniciativa privada para que concuerde con el interés social. En tal medida es inconstitucional. El D.L. 651 no es, a nuestro parecer, un modo de organizar un servicio público, es más bien una renuncia del Estado a su papel tutelar y orientador de la marcha económica del país. Debemos reconocer, sin embargo, que esta afirmación traslada el ámbito de la discusión de lo jurídico a lo económico.

Lo cierto es que en el actual momento político parece poco probable que se declare la inconstitucionalidad del D.L. 651<sup>15</sup>. Las Municipalidades, sin embargo, tienen constitucionalmente la facultad de regular el transporte colectivo. En la medida que el Gobierno Central ha establecido el marco dentro del cual se brindará el servicio (libre competencia), corresponde a las Municipalidades fijar las reglas de esa libre competencia para que armonice con el interés social.

15. Al momento de escribir este artículo, un grupo de diputados había demandado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales que se declare la inconstitucionalidad del D. L. 651