

Los efectos de la liberalización del transporte urbano del Perú. Dos reflexiones críticas desde el dominio público viario después de dos décadas de “mercado”

ORLANDO VIGNOLO CUEVA¹

RESUMEN

Las grandes ciudades peruanas sufren un mal lacerante que afecta significativamente varios derechos constitucionales de todos los ciudadanos que residen o transitan por estas. La causa de estas lesiones continuas proviene del desordenado, mercantilista, poco regulado y liberalizado transporte urbano de pasajeros que se aplica en nuestra realidad, el cual ha sido largamente descuidado desde la década de los noventa, llegándose incluso a relativizar el papel fundamental que deben cumplir las municipalidades de cara a delimitar

1 Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Especialista en Servicios Civiles y Función Pública por la UIM. Abogado por la Universidad de Piura. Abogado Asociado del Estudio Echecopar (Perú). Profesor de Contratos del Estado de la Universidad de Piura (Perú). Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista, del Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura y de la Red Latinoamericana de Bienes Públicos. Fecha de recepción: 7 de febrero de 2014, Fecha de modificación: 13 de marzo de 2014, Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2014. Correo-e: orlando.vignolo@bakermckenzie.com. Para citar el artículo: VIGNOLO CUEVA, ORLANDO (2014). “Los efectos de la liberalización del transporte urbano del Perú. Dos reflexiones críticas desde el dominio público viario después de dos décadas de ‘mercado’”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 157-173.

y limitar esta actividad. En ese sentido, este trabajo trata de mezclar el anterior componente con la naturaleza esencial de las vías urbanas, intentando separar un mercado de operadores privados de aquella infraestructura pública que lo soporta y sostiene en su ejercicio, asumiendo la necesidad de entender su naturaleza y alcance, a fin de ponerlas en valor. Por tanto, frente a una actividad de mercado poco controlada que se asienta sobre bienes de dominio público municipal, sostenidos por todos y dirigidos hacia el interés general, resulta urgente un tratamiento jurídico diferente para estos, cambiando los rumbos actualmente practicados por nuestro legislador y las propias entidades locales.

Palabras clave: Bienes de dominio público; Infraestructura pública; Servicio esencial; Red viaria; Demanialización.

The effects of the liberalization of peruvian urban transport. Two analytical points of view on public dominion of road networks after two decades of “market”

ABSTRACT

Large Peruvian cities suffer from serious problems that significantly affect several constitutional rights of all citizens that live or reside in them. The cause of these continuing lesions comes from the messy mercantilist, deregulated, and liberalized urban passenger-transportation applied in Peru's reality. Such method has been largely neglected since the nineties' decade, diminishing the importance of the principal role that Municipalities should have when defining and limiting this activity. Therefore, this paper tries to mix this past component with the essential nature of urban roads, separating the private operator market from the public infrastructure that supports and sustains its exercise, while assuming the necessity of comprehending its nature and range, and putting them into value. Consequently, by having poorly controlled market activity based on real municipal public domain –and directed towards the general interest–, it becomes of dire urgency the need of change in paths from the one practiced by our own legislator and local entities, to one of different legal treatments.

Keywords: Public Property; Public Infrastructure; Essential Services; Road Network; Limitations to Public Property.

I. LA ESTIMACIÓN DE LAS VÍAS TERRESTRES COMO ELEMENTO CLAVE PARA EL DESARROLLO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO

Al momento de iniciar la recopilación y procesamiento de los datos que utilizaría para redactar el presente trabajo encargado por la organización del Congreso Internacional de Derecho Administrativo 2013, muchas imágenes y voces de cotidianidad venían a mi cabeza, todas ellas provenientes de una experiencia de vida que me ha permitido observar algunas cuantas realidades locales –desde las congestionadas ciudades del norte peruano, pasando por la situación hartamente compleja de Lima Metropolitana hasta el relativo e innovador orden viario y vehicular que siempre ha mostrado la maña Zaragoza. En todos los ejemplos presentados entiendo que existe un mínimo común denominador que permite realizar un balance jurídico de sus respectivos transportes urbanos, esto es, el *equilibrio* o *desequilibrio* que puedan mantener los operadores prestadores de este servicio frente a la infraestructura vial pública siempre limitada –pero expandible– que les sirve de soporte. Si se quiere, siguiendo lo planteado por CARBONELL PORRAS (2010: 1634), el éxito o fracaso de estas actividades de cara a los ciudadanos, por más sistema de libre mercado que las defina positivamente en su naturaleza –como sucede en nuestro Derecho–, obliga y no impide “que puedan establecerse restricciones si existen desajustes entre la oferta y la demanda, un mercado equilibrado que se desajustaría si se aumenta la oferta, sea necesario para reestructurar la capacidad de las empresas o existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los *recursos disponibles*”.

Así, el necesario traslado en clave jurídica de estos mosaicos y recuerdos me plantean abordar una tema de total actualidad, lleno de polémica que no presenta una atención debida desde nuestra literatura jurídica (Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, n.º 68, año XII, pp. 1-4)² y que bien podría resumirse en una serie de retos a ser *parcialmente* consolidados por parte del Derecho Administrativo, los mismos que jamás deberán perder de vista el valor preponderante que tienen las infraestructuras y las redes para definir el éxito de este sector en los tiempos actuales. Y digo todo esto, porque será finalmente una mezcla prudente de tecnología –ingeniería vial–, con

2 Más allá de algún solitario trabajo que se citará en este artículo, en otras ciencias, como la economía, se pueden encontrar varios documentos recomendables. Por ejemplo, es interesante revisar uno ligado a la evaluación de esta actividad frente a aspectos de salud ambiental (centrado en la gigantesca contaminación urbana que a diario se genera en Lima Metropolitana y que puede ser perfectamente trasladable –con sus correspondientes valores proporcionales– a las siguientes cinco grandes ciudades peruanas: Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Iquitos y Piura. También, resulta interesante de revisarse, entre otros documentos afines, el Informe Defensorial 137 de noviembre del año 2008 denominado “El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida”.

economía de recursos –principalmente aplicados sobre bienes demaniales municipales– y aplicación de la mejor y más dotada política, las que terminen definiendo lo que la ciencia jurídica-administrativa pueda plantearse como objetivos a acometer frente a una actividad que está puesta en el centro de la *objeción* pública peruana.

Sobre el particular, debe entenderse lo que muy bien afirmaba hace casi quince años T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ (1999: 62) al referirse al papel *secundario* y *supeditado* del Derecho de cara al servicio público y que puede ser perfectamente trasladable a nuestro objeto de estudio –particularmente a la idea de convergencia de muchos factores extra-jurídicos que juntos permiten entregar soluciones reales a la sociedad. Decía el profesor español que el famoso servicio público “ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión (...) Eso es lo que acabamos de ‘descubrir’, lo que el Derecho Comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva *convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos*. El resto, muestra sorpresa, resulta solo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través de un modelo teórico, el servicio público, que era solo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino solo de una parte, de una pequeña parte de ella (...)”.

Ahora bien, como primer punto de crítica de nuestro liberalizado transporte urbano quisiera mostrar una rápida revisión del descrito *componente de equilibrio* dentro de nuestro ordenamiento, y la verdad es que –al menos– en la legislación nacional se puede encontrar algún interés y regulación por las infraestructuras de transporte terrestre de “uso público”, nomenclatura ambigua y poco clara que deberá servir para referirse –esencialmente– a una serie de bienes de dominio público, particularmente a las vías urbanas –municipales– destinadas “a la circulación de vehículos y peatones” según la demanialización decretada por la parte final del artículo 56 de la LOM³ y la correspondiente definición contenida en el RLCTTT. Sin embargo, tal atención no se puede apreciar ni predicar en la inicial norma liberalizadora publicada en *julio 1991* –el Decreto Legislativo 651–, por la cual se decretó que “la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros es de *libre acceso*” –ver su artículo 2–, sin tomar en cuenta ningún elemento o, al menos, una mención mínima a la infraestructura vial existente, iniciándose el derrotero que hemos continuado hasta ahora, esto es, el de colocar a las “operaciones” –y los prestadores privados– por encima de los bienes demaniales que son aprovechados por las primeras para desplegarse efectivamente en las distintas urbes peruanas. Incluso, en esta primacía poco importa la formalidad o informalidad de la referida operación, pues, como

3 Al final del texto se incluye el significado de las siglas.

veremos luego, hay un serie de potestades municipales y estatales que se han quedado solo incrustadas en el texto normativo.

Al respecto, y ya previendo una fuerte distorsión conceptual de esta ordenación –que no se condice con la naturaleza demanial de la mayoría de estos bienes–, el legislador ha señalado el protagonismo de la iniciativa privada en este tipo de “infraestructura (...) en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes” (ver numeral 5.1 de la LGTTT), señalando a continuación la posibilidad de concesión de “infraestructura vial nueva y existente” (ver literal f del numeral 17.1 de la LGTTT). Sin embargo, este papel principal ni se condice con las actuales realidades de nuestras ciudades (ZEVALLOS, 2011: 13)⁴, y más aún su inclusión no ha conllevado a la prudente posibilidad de equilibrarla con una *exigente* iniciativa constructiva pública. En ese sentido, nuestro ordenamiento ha abandonado la necesidad de colocar en el centro de gravitación de estos emprendimientos –dirigidos sobre las vías urbanas y otras infraestructuras accesorias propias del servicio analizado– a las municipalidades provinciales y distritales, tal como se puede notar en el orden competencial decretado por los numerales 17.1 y 18.1 de la LGTTT –en las llamadas potestades municipales “de gestión” que las habilita vaga y escuetamente con la función de “construir, rehabilitar, mantener o mejorar la infraestructura vial que se encuentre bajo su jurisdicción”, sin señalarse ningún parámetro extra o grado de conexión con la mentada iniciativa privada– o el vacío artículo 81 de la LOM –que nada preceptúa sobre lo que se viene planteando en este párrafo.

Adicionalmente, y ya no solo a partir de la revisión normativa, los efectos comprobados por diversos y sucesivos instrumentos propios del control de la cláusula del Estado Democrático, demuestran la abierta *inercia* practicada por nuestras organizaciones administrativas municipales en –siquiera– lograr el

4 Digo esto, sin que sea una crítica al sector empresarial, pues finalmente los privados buscan rentabilizar y maximizar beneficios, y definitivamente con una realidad municipal tan débil resulta complicado sentirse atraído e invertir mediante los diferentes regímenes que promoverían las concesiones “del dominio vial urbano”, principalmente instrumentalizados en la LMPID y los contratos de asociación público-privados regulados por el Decreto Legislativo 1012. Además, y en concordancia con lo señalado en el párrafo principal, actualmente son poquísimos los proyectos de este tipo de infraestructura en los que la iniciativa *privada* haya tenido algún papel, así pueden contarse con una sola mano a los dos megaproyectos capitalinos de Vía Parque Rímac y Vías Nuevas de Lima, ambos en plena ejecución. El resto de grandes ciudades peruanas –que superan o se acercan al medio millón de habitantes– no presentan mayor desarrollo en la captación recursos de privados para estos propósitos, a desmedro que alguna de ellas –como Chiclayo– no tendría otra forma viable de acrecentar el dominio vial, pues no cuentan con canon de ningún tipo, con lo cual debe llamarse fuertemente la atención de esta omisión a sus autoridades locales. Todo esto se ve reflejado en la contabilidad final de los fondos privados invertidos en la infraestructura del transporte, que fundamentalmente se centra en aeropuertos, puertos, algunas operaciones ferrocarrileras y carreteras de la red vial nacional.

mantenimiento de cuestiones básicas del transporte urbano, la cual aparece bien caracterizada en la recomendación puntual que señaló la Defensoría del Pueblo a la Municipalidad Metropolitana de Lima en razón de la no activación de sus servicios y bienes viales básicos, tales como la "señalización, semaforización, ubicación de paraderos y construcción de puentes peatonales, en las vías expresas, colectoras y arteriales de la ciudad, conforme a la Ordenanza n.º 341 emitida en el 2001" (Informe Defensorial 137, 2008: 185). No coinciden estas omisiones con las grandilocuentes declaraciones del legislador acerca de la racionalidad y practica de "técnicas modernas de gestión de tránsito con el fin de optimizar el uso de la infraestructura existente" (ver numeral 7.1 de la LGTTT).

Peor todavía, pareciera que la municipalidad señalada en el Informe Defensorial no asume hasta ahora la necesidad de tener un sistema único de transporte de pasajeros frente a un solo conjunto de infraestructuras existente en la capital, que le permita descender en la intensidad y cantidad de omisiones tan graves que se mencionaron en el Informe Defensorial del año 2008. Por último, una sola red con servicios de transportes urbanos integrados y multimodales, siempre será más sencilla de ordenar y controlar para la organización administrativa, antes que muchas paralelas y disgregadas que encasillen a su respectivo grupo de prestadores –y a los propios usuarios. Ahora bien, presento el anterior argumento siguiendo a la reciente Ordenanza 1599, norma que comete el error implícito de minusvalorar a los bienes viarios metropolitanos y separar –a continuación– de su ámbito objetivo a los servicios de transporte público regular de personas, frente a otras prestaciones que se ordenan –en exclusiva– solo con el contenido de sus tipos títulos habilitantes o, de ser el caso, por el clausulado de sus contratos administrativos –sistemas de autobuses de tránsito rápido, o usados sobre corredores complementarios u otros servicios de transporte masivos. Claro, lo descrito se contrapone de manera antagónica con la unificación "física" y "operacional" decretada luego –y solo en papel– por la Ordenanza 1613 que regula el denominado Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana, norma que en su artículo 6 otorga la prioridad que merece la infraestructura vial capitalina –en planificación, intangibilidad y racionalización debida de estos escasos recursos. Frente a esto, cabría preguntarse: ¿cómo interpretar dos dispositivos de la misma jerarquía que tienen similar especialidad, aparentan ser complementarios, pero contruidos sobre *ratios* diametralmente opuestos?

Sin perjuicio de lo formulado, considero que la descontextualización de la infraestructura de transporte terrestre de "uso público" fuera de la teoría de los bienes de dominio público, o al menos sin los correlatos conceptuales más o menos exactos y claros –aplicados sobre una especie típica como las vías urbanas– y la no positivización en el ordenamiento sectorial de una *expresa responsabilidad municipal extrema y medible* para proteger y acrecentarlos en todas las ciudades peruanas, han sido dos de los factores generadores de un verdadero

fenómeno de “crisis del dominio público viario”, el cual puede ser verificado no solo en el deterioro y casi abandono de esta construcción jurídica, sino en los efectos que esta anomalía produce sobre el bien común.

Al respecto, basta solo dar una mirada a los antijurídicos, permitidos de facto e invasivos usos privativos recaídos sobre las vías urbanas –que son hechos a diario no solo por operadores del transporte urbano sino por peatones y otros particulares que intentan ejercitar derechos disímiles sin ninguna racionalidad o disciplina social mínima–, o la mucho peor apropiación⁵ aparente o material de estas cosas públicas por parte de puntuales privados (SÁNCHEZ, 1978: 449-459). En adición, se ha reducido a la mínima expresión la cantidad de vías urbanas existente en muchas ciudades –a desmedro del exponencial aumento poblacional de estas– y, más todavía, no podemos desarrollar otros sistemas de infraestructuras multimodales, tal como lo han planteado los autores peruanos ESPEJO y PEÑA⁶.

Ante lo señalado, se hace necesario retomar un nuevo aire más cercano al papel preponderante que deberán tener las administraciones públicas –en particular las locales– frente a los bienes públicos urbanos involucrados e indispensables para desplegar estas actividades ligadas –con no pocos ambages– a la idea de un cabal *servicio esencial*⁷, no solo protegiendo y conservando lo existente, sino

- 5 Solo así, bajo la idea de pertenencia “artificial” del demanio viario, es que puede explicarse que los operadores privados del transporte urbano, que se manejan empresarialmente a su cuenta y riesgo a partir de un título habilitante, hacen huelgas y paralizaciones en varias oportunidades, rompiendo con los niveles de continuidad y permanencia que surgen de estas prestaciones esenciales para el desenvolvimiento de derechos diversos y el “correcto desarrollo de la economía”. Ver GIMENO (1999: 1.058). Evidentemente, estas paralizaciones no traen a continuación las respuestas de las administraciones públicas competentes adecuadas al *principio de responsabilidad pública* aplicado a la presente materia, el cual aparece reconocido de manera implícita en los artículos 3 y 4 de la LGTTT, en el sentido de que estas deben salvaguardar “el establecimiento y mantenimiento de un sistema común de transporte, mediante la coordinación e interconexión de las redes, servicios o actividades que lo integran, y de las actuaciones de los distintos órganos y Administraciones (...) *junto a la obligación de satisfacer las necesidades de la comunidad con un máximo grado de eficiencia y con el mínimo de coste social (...)*”. Ver GARCÉS (1990: 27).
- 6 Señalaban estos autores que “aunque la cantidad de vías para el transporte colectivo es un concepto relativo el cual depende de qué tan eficiente sea la movilidad urbana y con cuál calidad se ofrece el servicio, en general, es posible afirmar que todas las ciudades latinoamericanas (...) disponen de una cantidad reducida (medida en kilómetros) de vías brindadas para el transporte colectivo. En particular hacia finales del año 2007, Lima, la quinta ciudad más poblada (...) poseía tan solo 34 kilómetros de vías dedicadas al uso de transporte colectivo, lo que representó el 0.3% de la oferta total de vías de transporte”. Ver ESPEJO & RUBÉN (2011: 168).
- 7 Esta categorización se puede deducir de la declaratoria y exigencia de intervención protectora del Estado referida a “la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad”, que viene señalada en el artículo 3 de la LGTT, sin que a continuación se pierda el protagonismo principalísimo de la iniciativa prestadora privada en esquemas de

teniendo un *afán voraz* por el incremento de estas infraestructuras viales –sin importar si estas provienen de obras públicas o son sufragadas mediante las opciones concesionales que permite nuestro régimen jurídico-administrativo–, asumiendo que estas tareas deberán buscar paliar las limitaciones congénitas del mercado de transporte urbano, que se desenvuelve y está compuesta por bienes “que tienen la condición de dominio público, o necesita para su trazado del soporte de bienes demaniales” (ESTEVE: 97). Por tanto, si se quiere, se deberá asumir que la posición actual que desempeña la administración pública “pasó en corto tiempo de ser un mero guardián interesado en la integridad física del dominio público (...) a ser un activo administrador, que asienta en él sus servicios y decide sobre la modalidades de su utilización por los particulares” (GARCÍA, 1997: 339).

Para lograr el anterior propósito, estimo que no es necesario un cambio del vigente ordenamiento positivo –las piezas aunque desordenadas están dispuestas–, pero sí de fuerte trabajo de interiorización de lo que son verdaderamente las actividades o prestaciones analizadas en este trabajo, que no se desenvuelven –por la gracia de un segmento de operadores particulares con títulos habilitantes– sino a partir de la cantidad y calidad de unos determinados bienes de dominio público –principalmente vías urbanas–, lo cual obliga a reconducir cualquier intento reformista hacia la *ratio* de este servicio. Por eso, nunca mejor dicho lo planteado por FONT I LLOVET (1990: 25): “el incremento de la actividad económica y el desarrollo de la sociedad (...) requieren cada vez con mayor intensidad la predisposición de las infraestructuras públicas adecuadas para satisfacer sus necesidades, bienes públicos que deben hallarse protegidos en su integridad con el fin de mantener su utilidad económica por medio del uso de que son objeto por parte de los agentes económicos. Ello es claro, por de pronto, en relación a las vías de comunicación de todo tipo –carreteras, ferrocarriles, canales de navegación, puertos, etc.–, ámbito éste, por cierto, en el que se desarrollará paralelamente otra importante institución, las *obras públicas*, en estrecha interconexión con la institución demanial”.

Ahora bien, recuperar las *vías urbanas* como el eje de estas prestaciones esenciales implicará un entendimiento correcto acerca de su mentada racionalidad y limitación –carencias muy tangibles en nuestras ciudades–, asumiendo que sobre ellas concurren actividades necesitadas del ejercicio de potestades regulatorias y complementarias a las enunciadas en líneas anteriores⁸. Así, uno

mercado y libre competencia (ver art. 3 de la LGTTT). Sobre la definición de esta técnica prestacional se puede revisar a MARTÍNEZ (2000: 2.800). En el Derecho peruano pueden examinarse las nociones brindadas por BACA (2009: 366). También, incluye al transporte terrestre en la categoría de *servicio esencial* (VINCES, Año 3: 94).

8 En este punto me estoy refiriendo a los *dos* contenidos regulatorios que muy bien definió el profesor argentino AGUILAR (2003-2004: 291-292): por un lado, “la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de mecanismo de resolución de controversias entre intereses

de los objetos claves de estos poderes es implantar y defender ante los propios operadores habilitados y el resto de ciudadanos, la idea esencial de que la utilización de este tipo de vía terrestre se encuentra abierta a todos bajo el *principio de libre de acceso* (LÓPEZ, 1993: 429), pero no para satisfacer las necesidades empresariales de algunos, sino para lograr el cometido público máximo "del transporte de vehículos, ferrocarriles y personas", la salvaguarda del propio contenido del *derecho constitucional de locomoción o libertad de tránsito* reconocido en el numeral 11 del artículo 2 de la Constitución, y, por último, a partir del cubrimiento de estas dos finalidades, para tutelar facultades subjetivas ligadas "a otros ámbitos de la autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.)" (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Por eso, ante el acceso abierto, la concurrencia y la libertad de empresa, entre otros derechos aplicables a los prestadores intervinientes en un verdadero *mercado* del transporte urbano, resulta indispensable comprender que estas facultades y principios terminan siendo piezas ensambladas en un servicio esencial, los cuales no dejan de tener el mismo carácter *utilitario* que los propios bienes municipales viales utilizados para el despliegue efectivo del conjunto de la operación. Todos ellos, a su vez, en su alcance, se constituyen en elementos *instrumentales* sumamente importantes de los que depende "la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos" (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005) de nuestros ciudadanos. Por eso, tras estas ideas quiero dejar sentada mi posición de desterrar la defensa de la libre competencia o del mercado de transportistas por sí mismos; por el contrario, estos son medios, que al ser protegidos en su justa medida, deberán servir para satisfacer el bienestar general.

En relación con lo expuesto, aunque las anteriores potestades *regulatorias* han sido otorgadas por el ordenamiento directamente a la administración del Estado, o a cada una de las municipalidades, en la actualidad resultan invisibles, de poca monta o no se practican, como por ejemplo la preceptuada en el mencionado numeral 7.1 de la LGTTT referida a la "utilización de técnicas

contrapuestos. Mas esa intervención no se manifiesta como una forma de «decir el derecho» respecto a una situación pasada al estilo de un tribunal jurisdiccional, sino de resolver un conflicto de intereses con la finalidad de que, gracias a dicha resolución, puedan realizarse transacciones en el mercado. Dicho de otra forma, la regulación al resolver tales conflictos lo que hace es mirar al futuro, conformando a un determinado mercado". Por otro lado, estas potestades también implicarían una intervención "de naturaleza «perpendicular» al no limitarse, como ya se ha dicho, a delinear un marco general de actuación, sino al obligar a los agentes a actuar de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera. De esta peculiar circunstancia se deriva que no se trata de una mera conformación unilateral de relaciones bilaterales anudadas entre un particular y el Estado (...) sino que ésta aparece configurando una relación que se establece entre dos extremos particulares, entre oferta y demanda, entre proveedores y consumidores, prestadores y usuarios, competidores entre sí".

modernas de gestión de tránsito con el fin de optimizar el uso de la infraestructura existente", o la potestad de corte municipal para reglar y controlar el tránsito "mediante señales verticales, marcas en la calzada, semáforos, señales luminosas, y dispositivos auxiliares" preceptuada por el artículo 33 del RLGTTT. En lo que nos interesa, la no práctica de estas funciones impide consolidar uno de sus objetivos prioritarios del orden competencial establecido en la Legislación del Transporte Terrestre, esto es, la *preservación de la integridad* de estos bienes demaniales "en cuanto tal, por la repercusión que ello pueda tener para la salvaguarda de todos los intereses económicos implicados" (FONT: 25).

Además, en concordancia con la revalorización del *demanio viario* que ha conducido la primera parte de este trabajo, resulta indispensable incluir en la LGTTT, RLGTTT y los ordenamientos municipales pertinentes, el concepto de *red de vías urbanas*, asumiéndolo como noción de avanzada que permitiría consolidar la idea de infraestructura continua de caminos terrestres en una ciudad, organizada de una manera determinada y conectada físicamente en varios puntos mediante túneles, puentes, avenidas, pasos a desnivel; capaz de unirse a otras infraestructuras del transporte, como aeropuertos, vías y estaciones férreas, puertos, etc; cuya finalidad es la locomoción y desplazamiento de personas y bienes (ARIÑO, 2004: 689-690). Evidentemente, este nuevo concepto permitiría instaurar la idea de *prestaciones multimodales* y, con ella, la no tan novedosa fórmula del *servicio combinado*, entendido este último como una específica "integración de los sistemas de carretera y ferroviario para lograr la máxima eficiencia económica. El transporte combinado nace de la necesidad de superar los modelos económicos y técnicos del modelo de transporte puerta a puerta en el interior de un solo modo de transporte, así como de la constatación de que la integración modal de los sistemas de transporte reduce los efectos negativos competenciales de los transportes por carretera y ferroviarios (...) promoviendo, por el contrario, la complementariedad de los sistemas" (LÓPEZ: 441).

Un factor adicional a tener en cuenta en la modificación propuesta es que la introducción del concepto de *red de vías urbanas* permitiría poner en valía el *principio de responsabilidad pública* recaído sobre los hombros de nuestras municipalidades provinciales y distritales de cara al sostenimiento y expansión de esta infraestructura viaria que deberá sistematizarse en cada localidad. No debe olvidarse que este papel municipal prioritario –actualmente dejado a su suerte– deberá aparecer en cualquier intento reformista de estos servicios esenciales, siendo su implantación indispensable para preservar el interés público, pues como bien lo fundamentó ESTEVE PARDO (2007: 90-91), el "denso tejido de servicios, prestaciones e infraestructuras, que se ha configurado en el último siglo no es solo ya que políticamente resulte irrenunciable en sus contenidos esenciales, sino que no puede prescindirse materialmente de él ya que tiene sus dependencias estructurales y tecnológicas que requieren una dirección o intervención continua con una *visión de conjunto, pública*; no solo para atender a

los intereses de los ciudadanos y destinatarios de prestaciones, sino para proveer también de servicios a los propios agentes económicos y prestadores a su vez de otros servicios añadidos. En los llamados servicios en red, aunque no solo en ellos se hace bien perceptible esa configuración estructural y tecnológica que impone una *tutela y regulación pública*".

Dicho lo anterior, cabría reconocer que algunas de las anteriores fórmulas conceptuales han aparecido en la reciente y ya mencionada Ordenanza 1613 de Lima Metropolitana, al menos en cuanto a la integración de los modos de transporte de la capital –llamada por la norma como "integración física y operacional, de medios de pago y tarifaria"– y la implantación de un *red* única de corredores unidas a las vías ferroviarias del Metro Lima –sistema masivo que tiene su propio régimen separado y dependiente del Poder Ejecutivo–; sin embargo, basta recordar que esta disposición, aunque perfectible, deberá ir acompañada de una enorme tarea de construcción, expansión y posterior mantenimiento de los correspondientes bienes demaniales viales⁹; caso contrario, el Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana será una fantasía acompañada de la cobertura de un papel mojado¹⁰.

II. ¿EXISTE LIBERALIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL EN LAS CIUDADES PERUANAS?

En este punto, quisiera presentar un pequeño balance sobre el alcance de la liberalización del servicio de transporte urbano iniciada en el país en el año 1991 con la puesta en vigor del señalado Decreto Legislativo 651. Y como conclusión adelantada debo decir que este concepto de múltiples significados, a pesar de haberse introducido y permanecer vigente en la LGTTT y su

9 Solo para mostrar algunas de las tareas urgentes que deberá realizar la Municipalidad de Lima, como bien indica el autor LÓPEZ GARRIDO (1993: 441), la constatación y existencia efectiva de la integración modal de transporte implica la necesidad imperiosa de "infraestructuras idóneas –terminales intermodales– que hagan posible la racionalización de los transbordos desde un sector del transporte hacia otro".

10 Otras grandes ciudades peruanas, como Trujillo y Arequipa, también han emprendido la tarea de contar con Sistemas Integrados de Transportes Urbanos; además vale también rescatar el inicio de la construcción del primer servicio de transporte masivo por rieles fuera de Lima Metropolitana, llamado *Metro Wanka*, ubicado en Huancayo y concesionado en su operación a favor de la empresa Ferrovías Central Andina. En el mismo orden ideas, sobre la ciudad de Trujillo mencionada en este comentario, he tenido acceso a sus normas legales y reglamentarias emitidas por su Municipalidad Provincial destinadas a crear y sostener su Organismo Público Descentralizado denominado Transportes Metropolitanos de Trujillo, cuyo ámbito funcional se refiere a los proyectos "vinculados al nuevo sistema de transporte público urbano e Interurbano de la Provincia". Al respecto, puede revisarse las Ordenanzas Municipales 020-2011-MPT, 021-2012-MPT y el Acuerdo de Concejo 112-2013-MPT.

RLGTTT bajo una de sus modalidades –como *despublificación* o *despublicatio* que conlleva la devolución del sector desde el Poder Público hacia el mercado–, solo ha sido aplicable en puridad a las *operaciones del transporte* gestionadas por particulares habilitados previamente por las Municipalidades, debiendo estas concretas prestaciones ser consideradas como “originariamente (...) privadas sometidas a los controles que el mantenimiento del orden público aconseje” (ABRUÑA y BACA, 2002: 436).

A desmedro de las anteriores cuestiones, de ninguna manera puede decirse que las vías urbanas y otros bienes municipales complementarios aplicables al servicio han pasado a la administración, responsabilidad gestora y consecuente explotación de privados interesados. Es más, tal como habíamos adelantado en líneas anteriores, la *gestión indirecta* de estos bienes de dominio público, que se montaría instrumentalmente en los contratos de concesión de obra pública, algunos muy específicos de concesión de prestaciones fundamentales para el interés público vial¹¹ o de asociación público-privada, solo quedó confinada a puntuales proyectos capitalinos, los mismos que actualmente se encuentran desarrollándose en fases iniciales o medias de ejecución.

Toda esta visión más *modesta* ante la iniciativa privada plenamente sustentada en los datos fácticos de más de dos décadas, se contrapone al impulso inicial del legislador por promoverla “en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes” (ver numeral 5.1 en la LGGTTT), a fin de lograr un conjunto de infraestructuras terrestres concesionadas, incluso con específicos correlatos físicos como “la construcción y operación de terminales de transporte terrestre de pasajeros o mercancías” (art. 8 de la LGGTTT); con lo cual, cabe comprender que el mercado no solo no se ha sentido atraído hacia el aprovechamiento de esta porción importante del dominio público urbano, sino que adicionalmente el primero siempre tendrá restricciones originales frente a determinados empeños que impiden su plena operatividad, no solo por la falta de retornos monetarios o imposibilidad de desplegar eficazmente las facultades de la libertad de empresa y otros derechos de contenido económico y social, sino principalmente, por “la presencia de infraestructuras y condicionantes materiales que tienden a imponer monopolios naturales al menos en ciertos sectores de la actividad económica (...)” (ESTEVE, 2007: 86).

Con esto, no quisiera que el lector asuma una tendencia del autor hacia el cuasi-acaparamiento equilibrador de la operación en las esferas de unos cuantos prestadores, ante la evidente falta de vías urbanas que padecen nuestras

11 Con respecto a lo indicado en el párrafo principal, me estoy refiriendo a las sub-modalidades contractuales de gerencia o de gestión delegada interesada, cuyos probables objetos serían la entrega a manos privadas de la regulación del tránsito en rutas troncalizadas mediante dispositivos de control. Acerca de estas formas de contratos administrativos prestacionales cercanas a la concesión de servicio público, puede revisarse a ARAÚJO (2010: 246-249).

ciudades –con una realidad que busque asemejarse a la intervención prestadora que realizaba nuestra administración pública durante y antes de los años ochenta del siglo pasado–; por el contrario, lo que pretendo mostrar es que la liberalización del transporte urbano es solo *parcial* y este fenómeno no presenta posibilidad alguna de enraizarse sobre su soporte material o físico, pues aunque se intente incentivarla –incluso con normas expresas–, estos bienes de dominio público, indispensables y afectados al interés general, siempre corresponderán al ámbito de lo que los alemanes llamaron como las “funciones no privatizables” (MUÑOZ, 2004: 1.061).

Al respecto, la autora española MOREU CARBONELL (2003: 446) mostraba algunos antecedentes que bien podrían ser explicativos de estas aparentes contradicciones o eclosiones entre subsidiariedad social, bienes públicos, prestaciones de mercado y cubrimiento satisfactorio del interés público, que se encontrarían tras este repetido desapego de los privados por la gestión rentada practicada sobre las vías urbanas y la falta de un mínimo impulso público de tutela sobre estas cosas públicas. Indicaba la autora que las causas de este proceso tan contradictorio estarían, por un lado, en la perspectiva de que “el régimen del dominio público se considera un obstáculo –por su rigidez– para el desarrollo de las grandes infraestructuras públicas, en un camino que evoluciona hacia la desvinculación de los clásicos conceptos de obra pública/ dominio público. La finalidad de conseguir mayor rentabilidad económica con estas redes de infraestructuras, financiadas y gestionadas ahora por entidades privadas, parece ser incompatible con el dominio público. Por otro lado, la liberalización de los servicios públicos afecta necesariamente al sustrato material de dichos servicios, rompiéndose también el binomio servicio público/ dominio público. Binomio que, además, ha dejado de identificarse con el dominio público, puesto que también los bienes patrimoniales se encuentran materialmente afectados a servicios y finalidades públicos”.

Sin embargo, ninguno de los dos extremos de adelgazamiento o ensanchamiento del contenido del *demanio público viario* pueden servir para entregar lo mejor y más necesario en las actuales circunstancias de las infraestructuras del transporte urbano, en el sentido de que ni su liberalización es una respuesta *correcta*, esta no se ha dado y por tanto debe ser despojada de atributos de sobreestimación; ni tampoco el dominio público puede ser calificado –abiertamente– como un *problema* que impide y plantea vallas al financiamiento privado de diversas vías urbanas previamente atractivas al mercado (RUIZ, 1997: 126).

En todo caso, la clave –a mi modo de ver– está en entender lo que el profesor LÓPEZ-RAMÓN (2011: 40) denominó “escala de publicidad de las cosas públicas”, presentada como un medio de equilibrio para delimitar el ámbito de éstas, tratando de mostrarlas como un grupo bien heterogéneo que debe presentar sub-tratamientos jurídicos desde una base común. Decía de manera expresiva el autor aragonés que la “mencionada escala (...) nos facilita no solo una guía para comprender la intensidad de las potestades públicas de regulación

y apropiación de las cosas, sino también un instrumento para calibrar el ajuste de tales potestades al ámbito del necesario desenvolvimiento de la propiedad privada en función de las utilidades públicas que prestan las cosas. Bajo la óptica del Derecho, los límites de la escala funcionan como conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción puede generar situaciones de incertidumbre y requiere siempre examinar las circunstancias del caso concreto" (ídem).

Por eso, es urgente ante los intentos privatizadores o de achaques de males al instituto jurídico-administrativo, la implantación de un entendimiento abierto, equilibrado y más funcional de este, no como un elemento tradicional de acaparamiento y, a veces, abandono y destrucción de un sinnúmero de cosas necesarias para la salvaguarda intereses públicos, sino bajo una faceta nueva que permita "el desarrollo de unas «obligaciones de dominio público» para los bienes de quienes realizan funciones públicas, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, orientadas a garantizar su integridad física y su afectación al fin público de que se trate. Ello permitiría compatibilizar los criterios de rentabilidad de ciertos servicios desregularizados con las necesidades del servicio universal, sin incurrir en las graves rigideces que ahora plantea la vieja institución del dominio público" (MOREU: 476).

Esta configuración práctica de imposición de *obligaciones de dominio público* es una respuesta valedera ante los retos que plantea la imposibilidad de despublificar parte del *demanio urbano*, pero sin que esta dureza mediatice o haga desfallecer las iniciativas privadas en infraestructuras viales que sean rentables, y sobre las cuales deberá recaer el anterior concepto mediante la introducción de cláusulas exactas en el respectivo contrato administrativo, las mismas que deberán definir principalmente las condiciones de permanencia, igualdad y regularidad del uso público (EMBED, 2003: 466) –imputables a las vías urbanas, otros bienes secundarios previamente concesionados, o incluso sobre bienes de propiedad del gestor considerados necesarios para proteger intereses viarios o derechos de los ciudadanos involucrados. Todo esto, sin perjuicio de la protección y garantía de la integridad física de estas cosas y otras prerrogativas clásicas de los bienes públicos conformantes del nivel de apoderamiento que quiera dársele al concedente (MOREU, 2003: 466), como la reducción de inalienabilidad de un bien del concesionario afectado directa e inmediatamente al interés público.

Peró, estas introducciones contractuales y casuísticas de las *obligaciones de dominio público* son solo la primera parte de un largo camino que debe llevarnos al cambio de nuestra vigente legislación de bienes estatales, del maremágnum de normas municipales y regionales que regulan las respectivas agrupaciones bienes y cosas públicas de estas organizaciones administrativas descentralizadas y –cómo no– de la propia jurisprudencia constitucional, siendo necesario abandonar la limitada *dicotomía* entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado que se mantiene en nuestro Derecho, subsistiendo a partir de una incorrecta y cerrada alusión extraída del artículo 73 de la Constitución y

los posteriores desarrollos normativos inferiores (ver por ejemplo los literales a y b del numeral 2.2 del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA).

Ahora bien, el punto final de esta ruta nos permitirá entender que el protagonismo sobre las vías urbanas deberá ser reconducido hacia la participación municipal activa y obligatoria, más allá de voces y datos que intenten relativizarla, pues así lo manda la demanialización preceptuada expresamente en el vigente artículo 56 de la LOM, pero sin nunca olvidar que sus intervenciones se ligan a fondos públicos limitados, con lo cual el *afán voraz* por ser un administrador de infraestructuras viales que antes aludimos, deberá ir acompañado siempre de los privados y su impulso, tal como manda el contenido pertinente de nuestra constitucional subsidiariedad social: sector público y privado conformando juntos el bienestar común, a veces con el papel principal de un lado de la balanza, según la densidad, principios diferenciadores o conformaciones peculiares planteados por el legislador o incluso la propia Constitución en la concreta actividad o sector.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRUÑA PUYOL, ANTONIO y BACA ONETO, VÍCTOR (2002). *Notas al curso de derecho administrativo*, pro manuscrito.
- AGUILAR VALDEZ, OSCAR (2004). "El acto administrativo regulatorio" en *Documentación Administrativa*, n.ºs 267-268, septiembre de 2003-abril de 2004.
- ARAÚJO-JUARÉZ, JOSÉ (2010). *Derecho Administrativo General-Servicio Público*, t. II. Caracas: Paredes.
- ARIÑO ORTIZ GASPAR y otros (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima: Ara.
- BACA ONETO, VÍCTOR (2009). "Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano", en Vol. Col. *Teoría de los servicios públicos*. Lima: Grijley.
- CARBONELL PORRAS, ELOÍSA (2003). "Transportes", en Vol. Col. *Tratado de Derecho Público Aragonés*. Navarra: Thomson-Reuters.
- EMBIID IRUJO, ANTONIO (2003). "Las sociedades estatales para la construcción: explotación, adquisición y... de obras hidráulicas: nuevas reflexiones", en Vol. Col. *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, t. I. Madrid: Cívitas.
- ESPEJO, RUBÉN y PEÑA, ERNESTO (2011). "Las infraestructuras del transporte masivo urbano sobre vías férreas: el sistema eléctrico de transporte para Lima Metropolitana", en *Revista de regulación en la infraestructura del transporte*, n.º 6.

- ESTEVE PARDO, JOSÉ (2007). "La regulación de la economía desde el Estado garante", en Vol. Col. *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, vol. II. Santander: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo-Aranzadi, pp. 79-126.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN (1999). "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública*, n.º 150.
- FONT I LLOVET, TOMÁS (1990). "La protección del dominio público en la formación del derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños", en *Revista de Administración Pública*, n.º 123.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, ÁNGEL (1990). "Estado social y ordenación de los transportes terrestres", en Vol. Col. *Estudios sobre el ordenamiento jurídico del transporte*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza-Diputación General de Aragón.
- GARCÍA PÉREZ, MARTA (1997). "La naturaleza jurídica de la autorización y concesión, a propósito de la utilización del dominio público", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (1999). "Los transportes", en Vol. Col. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ GARRIDO, DIEGO (1993). "La liberalización del transporte ferroviario", en *Revista de Administración Pública*, n.º 132.
- LÓPEZ-RAMÓN, FERNANDO (2011). "Teoría jurídica de las cosas públicas", en *Revista de Administración Pública*, n.º 186.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ-LUIS (2000). "En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)", en Vol. Col. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. III. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOREU, CARBONELL, ELISA (2003). "Desmitificación, globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público""", en *Revista de Administración Pública*, n.º 161. Madrid, pp. 435-477.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (2004). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general*. Madrid: Thomson-Cívitas.
- RUIZ OJEDA, ALBERTO (1997). "La financiación privada de obras públicas", en Vol. Col. *La financiación privada de obras públicas: marco institucional y técnicas aplicativas*. Madrid: Cívitas.

SÁNCHEZ BLANCO, ÁNGEL (1978). "Sobre la delimitación de las vías urbanas", en *Revista de Administración Pública*, n.º 86.

VINCES ARBULÚ, CÉSAR MARTÍN (2011). "Aplicación del principio de subsidiariedad estatal en el servicio de transporte terrestre: la situación peruana", en *Revista jurídica del Perú*, t. 119, enero de 2011.

ZEWALLOS, JUAN CARLOS (2011). "Algunas reflexiones sobre el futuro de la regulación de la infraestructura del transporte en el Perú", en *Revista de regulación en la infraestructura del transporte*, n.º 7.

ABREVIATURAS

LOM: Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

LGTTT: Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, Ley 27181.

LMPID: Ley Marco para la Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley 28509.

RLGTTT: Reglamento de la Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, Decreto Supremo 033-2001-MTC.