

RA 12
D

Regulación de
SERVICIOS PÚBLICOS
e INFRAESTRUCTURAS
REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO I

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Diego Zegarra Valdivia - José Aróstegui Hirano - Jaime Rodríguez-Arana Muñoz - María Quiñones Alayza - Eduardo Quintana Sánchez - José León Pacheco - Willy Pedreschi Garcés - Carlos Baldeón Miranda - Víctor Hernández-Mendible - José Esteve Pardo - Pedro Blanco Peralta - Alberto Biglieri - Martin Otiniano Carbonell - Sergio Cifuentes Castañeda - Santiago Dávila Philippon - Richard Martin Tirado - Carlos Giesecke Sara-Lafosse - Sergio Bravo Orellana - Roxana Barrantes Cáceres - Roberto Vélez Salinas - Jorge Fernández-Baca Llamosas - Julián Palacín Fernández - Cecilia O'Neill de la Fuente - Patricia Vilcanqui Velásquez - Raúl Torres Trujillo - María Jara Risco - Joaquín Vásquez Córdova - Mario Huapaya Nava - Ernesto Soto Chávez - Alonzo Jiménez Alemán - Luis Pacheco Zevallos - Juan Pacheco Romaní - Edwin San Román Zubizarreta - Cristina San Román - Ernesto Soto Chávez - Jaime E. Luyo - César Butrón Fernández - Giancarlo Vignolo Cueva - César Bedón Rocha - Alfredo Dammert Lira - Ricardo Leyva Flores - Ronald Martínez Correa - Augusto Vargas Rodríguez - Anthony Laub Benavides - Fernando Pomatailla Gálvez - Ismael Aragón Castro - Alberto Cairampoma Arroyo - Alberto Ríos Villacorta - Manuel Gascó González - Enrique Moncada Alcántara - Julio Durand Carrión - Antonio Peña Jumpa - José Bonifaz Fernández - Carlos Alza Barco - Sergio Salinas Rivas - Frank Boyle Alvarado - Juan Solís Vélez

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

© Asociación Círculo de Derecho Administrativo

Diseño de Portada : Tarea Asociación Gráfica Educativa

Diagramación e Impresión : Tarea Asociación Gráfica Educativa

Edición : Círculo de Derecho Administrativo - CDA

Corrección de Estilo : Comisión de Publicaciones - CDA

Edición : Diciembre 2012

Oficina central : Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Av. Universitaria 1801 - San Miguel - Lima

Teléfono : 626-2000 anexo 5692

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-1187

COMISIONES

Adriana Romo Quispe

Directora de la Comisión de Publicaciones

Jessica De Luren Ulfe Carrera

Directora de la Comisión de Capacitación

Lorena Guardia Muguruza

Directora de la Comisión de Eventos Académicos

Amaru Ernesto Herencia Chuquiaguana

Director de la Comisión de Ventas

Fiorella Patricia Flores Menéndez

Directora Ejecutiva

Carlos Daniel Puicón Che

Director de la Comisión de Investigaciones

Andrés Edgardo Salas Fernández

Director de la Comisión de Finanzas y Asuntos Legales

Liz León Cabezudo

Directora de la Comisión de Imagen y Relaciones Públicas

Comisión de Publicaciones

José Abel Castillo Hernández
Luis Antonio Dávila Llacrahuanga
Luis Eduardo Urrutia Aliano
Manuel Alberto Patiño Muñoz

Paul Villegas Vega
Sandra Yanina Fustamante Fuentes
Wendy Elizabeth Chávez Gutiérrez

Comisión de Capacitación

Angela Rayda Alvarado Ordoñez
Sylvia Karina Ulloa Zegarra

Luis Arturo Landa Farfán

Comisión de Investigaciones

Carlos Ernesto Ciriaco
Edgar Rafael Valdez Reyes
Jorge Carlos Cuyutupa Luque

Luz Milagros Alberto Chagua
Oscar José Lanegra Ramírez

Comisión de Eventos Académicos

Claudia Katherine Velásquez Ipanaqué
José Luis Rímac Narro
Katherine Stefany Chávez Manrique De Lara
Lineth Estefani Humala Marín

Martín José Magni Chinchay
Pierina Fiorella Egúsquiza Cerrón
Stephanie Marissa Quiquia Cárdenaz
Tely Bladimir Porcel Cornejo

Comisión de Finanzas y Asuntos Legales

Michel Fabricio Gutiérrez Avendaño
Miguel Antonio Castillo Meza

Víctor Armando Ramos Hernández

Comisión de Imagen y Relaciones Públicas

Alejandro Suca Concha
Alessandra Patricia Cubas Sáenz
Carmen Alejandra Jiménez Aquino

Leyla Fiorella Gurreonero Aguado
Sybila Antonela Orellana Maldonado

Comisión de Ventas

Luis de Jesús Caballero Beraún

Consejo Consultivo

Ramón Martín Mateo [España] - Presidente
Juan Carlos Cassagne [Argentina]
Jaime Rodríguez-Arana [España]
Francisco Delgado Piqueras [España]
Rafael Pizarro Nevado [España]
Jorge Danós Ordóñez [Perú]
Richard Martín Tirado [Perú]
Ricardo Salazar Chávez [Perú]
Jorge Pando Vílchez [Perú]
Christian Guzmán Napurí [Perú]
Víctor Sebastian Baca Oneto [Perú]
Rafael Muenta Schwarz [Perú]

Gaspar Ariño Ortiz [España]
Juan José Diez Sánchez [España]
Juan Miguel De la Cuétara [España]
Germán Valencia Martín [España]
Josep Ochoa Monzó [España]
Diego Zegarra Valdivia [Perú]
Juan Carlos Morón Urbina [Perú]
Ramón Huapaya Tapia [Perú]
Juan Francisco Rojas Leo [Perú]
Eloy Espinosa-Saldaña Barreda [Perú]
Hugo Ramiro Gómez Apac [Perú]
Rolando Salvatierra Combina [Perú]

Adan Arturo Alexander Quiñones Quiñones
 Alan Kenny Aguilar Obregón
 Alexander Palermo Soto Huerta
 Alexandra Cecilia Campos Kou
 Ana Cecilia Angulo Carvallo
 Ana Zoraida Olavide Cuba
 Andrea Hernández Gonzales-Mugaburú
 Andrea María Ortiz Fernández
 Angel Renán Rivero Moscoso
 Anguie Carolina Umezagva Makikado
 Ayme Dennise Limaco Chahua
 Bertha Mantilla Acosta
 Carla Elizabeth Mantilla Acosta
 Carla Pamela Barbieri Rodríguez
 Carlos Mariano Rivera Rojas
 Carlos Martín Jaime Zamora
 Carlos Santos Loyola
 Carol Julissa Mora Paniagua
 Cecilia Azerrad Urrutia
 César Augusto Ordoñez Zenteno
 Cinthia Irene Castañeda Panduro
 Cinthia Delgado De La Flor Dondero
 Cinthya Paola Jiménez Chávez
 Cinthya Rosario Navarrete Delgado
 Claudia Giuliana Silva Jáuregui
 Claudia Livia Bayro Valenza
 Claudia Pérez Huamaní
 Daniel Alberto Córdova Pineda
 Daphne Scapa Passalacqua
 David Enrique Mendiola Flores
 Diana Rivera Vela
 Diego Jesús Ramírez Arias
 Eduardo R. Melgar Córdova
 Elisa Angelina Figueroa Zárate
 Elisa Pamela Zambrano Olivera
 Elmer Alberto Benavides Mendoza
 Elva Irene Ruiz Ramos
 Enrique Alberto Moncada Alcántara
 Erika Mercedes Pereira Pinedo
 Ericka Elizabeth Vilca Pulgar
 Fiorella Giannina Ochoa Richard
 Franciso Roberto Bonnett Escobar
 Gadwyn Sánchez Yaringaño
 Gerardo Santos Torres Gamboa
 Giovanna Elizabeth Tullume Carrión
 Giuliana Vanessa Carrillo García
 Gloria María Acosta Álvarez
 Hans Herbert Prada Trujillo
 Héctor Diego Vargas Antonio
 Henry Cuadros Gómez
 Humberto Manuel Balbuena Pérez
 Ingrid Vanessa Lolay Huamanyauri
 Jaime Castañeda Cáceda
 Jaime López Matzukoka
 Javier Augusto Salinas Lau
 Jennifer Elizabeth Cabrera León
 Jessica Victoria Santillán Espinoza
 Jesús Andrés Vega Gutiérrez
 Jordano Antonio Salvatierra Sinche
 Jorge Armando Díaz Montalvo
 José Alonzo Jiménez Alemán
 José Antonio Vera Torrejón
 José Carlos Bellota Zapata
 José Carlos Dongo Torres
 José Luis Leoncio Mendoza Luna
 Joyce Pamela Poves Montero
 Juan Alberto Paredes Marroquín
 Juan Antonio Llanos Vergara
 Juan Pablo Macassi Zavala
 Juan Pablo Mendoza Guerra
 Julia Katty Silvestre Bermúdez
 Karen Sefanie Rodríguez Carrillo
 Katherine Elizabeth Díaz Berrú
 Katherine Pierina Echevarría Carrasco
 Kioshy Alfredo Kuroki Távora
 Laura Rosa Valdez Reyes
 Leonardo Daniel Paz Aparicio
 Lily Carolina Gamarra Barrantes
 Lorena del Pilar Cordero Maldonado
 Lourdes Vigil Martínez
 Luis Ángel Vásquez Flores
 Luis Enrique Guerreros Gallegos
 Luis Fernando Guerrero Zambrano
 Luis Fernando Vilela García
 Luis Martín Hinostrza Sobrevilla
 Luis Ocón Soto
 Marcela Inés Paredes Gutiérrez
 Marcia Tam Mendiolaza
 Marco Antonio Coronel Meza
 María Elena Bernal Alcalá
 Mario Huapaya Nava
 Marta Yolanda Vergaray De la Cruz
 Michael Durán Vargas
 Milagros María Mogrovejo Rivera
 Mónica Gabriela Tantalean León
 Mónica Patricia Gálvez Paiba
 Nacory Carretero Estrada
 Natalia Coronel Pardavé
 Natalia Berrocal González
 Néstor Raúl Shimabukuro Tokashiki
 Pamela Trujillo Castañeda
 Pamela Mayhuasca Torres
 Paola Janet Pantoja Acuña
 Patricia M. Cano Núñez
 Patricia Teresa Pretel Tinoco
 Pedro García Carreño
 Renato Cárdenas Hurtado
 Renato Mario Arroyo García
 Renzo Javier Salazar Vallejo
 Renzo Seminario Córdova
 Ricardo José Bar Infantes
 Ronnie Aldo Farfán Sousa
 Rosamaría Villa Castillo
 Saly Eveling Ataupillco Calderón
 Samara Annel Lafitte Lamas
 Sara Gutiérrez Suarez
 Shane Starsky Mathias Martínez del Águila
 Sheila Castro Ausejo
 Sofía Briceño Barboza
 Sylvia Karina Ulloa Zegarra
 Tamara Victoria Ramos Torres
 Tatiana Montes Huamán
 Teresa de Jesús Carbonell Bonilla
 Víctor Arroyo Tocto
 Víctor León Vargas
 Víctor Andrés Mendoza Guerra
 Vilma Karina Olaechea Barbieri
 Virginia Común Túpac
 Walter Gabriel Suárez Blanco
 Wendy Valeria Ancieta Sánchez

Presentación

El Círculo de Derecho Administrativo es una asociación conformada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene entre sus objetivos la difusión e investigación por el estudio del Derecho Administrativo. Es por ello que a través de nuestras publicaciones buscamos contribuir con el estudio de esta rama del Derecho, así como brindar un material de consulta necesario para quienes se especialicen en dicha área.

En esta ocasión nos satisface presentarles nuestra décimo segunda edición de la Revista de Derecho Administrativo – RDA, publicación que ha sido realizada gracias al valioso aporte de diversos especialistas, teniendo como invitados a renombrados abogados, economistas e ingenieros. El aporte de cada autor nos ha permitido desarrollar la diversa temática que implica una revista sobre Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras.

En atención a la diversidad de nuestros autores, esta edición brindará al lector una visión completa de lo que involucra la Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras, razón por la cual se ha dividido la Revista en las siguientes secciones: Servicio Público, Regulación, Infraestructura, Transporte, Telecomunicaciones, Energía e Hidrocarburos, Agua y Saneamiento y Puertos.

Algunos de los especialistas nacionales que participan en esta edición son Diego Zegarra Valdivia, Richard Martín Tirado, Sergio Bravo Orellana, César Butrón Fernández, Alfredo Dammert Lira, Anthony Laub, Fernando Pomatailla Gálvez, Ismael Aragón, Alberto Ríos Villacorta y Sergio Salinas Rivas. Y entre los especialistas internacionales tenemos a Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Víctor Hernández-Mendible, José Esteve Pardo, Pedro Blanco Peralta, Alberto Biglieri y Manuel Gascó González.

Finalmente, agradecemos a todos los autores y personas que hicieron capaz que el presente número sea una realidad, pues es gracias a ellos que podemos continuar con el objetivo de nuestra asociación el cual es la difusión por el interés y estudio por el Derecho Administrativo.

Directora de la Comisión de Publicaciones
Círculo de Derecho Administrativo - CDA

El Círculo de Derecho Administrativo les da la bienvenida a sus nuevos miembros:

Alessandro Velasco Yavar
Alisson Lissette Guzmán Alarcón
Carla Leía Huamaní Servellón
Claudia Alejandra Delgado Tarazona
Crizia María Pizarro Breña
Daniel Gustavo Límaco Medina
Edwin Jersy Barrios Marcelo
Favio Montenegro Monteza
Gary Octavio Salazar Mesías
Jazmín Shirley Laguna Caballero
Julissa Chavez Granda
Karin Nilda Román Palomino
Lizbeth Zorrilla Santos
María Milagros Sánchez Quinteros
Richie Orlando Garaycott Ortiz
Sharon Zabarburú Chávez
Tania Lorena Montes Huamán
Teresa Leyva Chacón
Víctor David Vargas Tacuri
Walter Alberto Checa Jesús
Wilmer Alexander Delgado Peralta

Índice

Tomo I

Servicios Públicos

Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del <i>service public</i> en el sistema jurídico. Diego Zegarra Valdivia.	13
El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador. José Aróstegui Hirano.	45
El Servicio Público a la luz del Derecho Comunitario Europeo. Jaime Rodríguez –Arana Muñoz.	53
Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos. María Quiñones Alayza.	65
Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos. Eduardo Quintana Sánchez.	75
¿Es Internet un Servicio Público? Breves reflexiones a partir del marco normativo vigente. Willy Pedreschi Garcés. José León Pacheco. Carlos Baldeón Miranda.	85
La libertad de empresa y la regulación de la Intermediación Financiera como Servicio Público. Víctor Hernández-Mendible.	93

Regulación

Decidir en la incerteza: El derecho y los poderes públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia. José Esteve Pardo.	105
Regulación constitucional de los Servicios Públicos en República Dominicana y Latinoamérica. Pedro Blanco Peralta.	113
Regulación del mercado de salud en Argentina. Alberto Biglieri.	127
La regulación de los Servicios Públicos: La experiencia de OSINERGMIN. Martin Otiniano Carbonell.	135
Potenciales riesgos en la capacidad de gestión del Sistema Regulatorio Peruano. Sergio Cifuentes Castañeda.	143
¿Cómo se determina el costo de capital de las empresas sujetas a regulación tarifaria en el Perú? Santiago Dávila Philippon.	155

Los Actos Administrativos en el régimen de las Personas Jurídicas del régimen privado. Richard Martín Tirado.	171
 Infraestructura	
Conceptos de la gestión de Infraestructura: incentivos para las buenas prácticas. Carlos Giesecke Sara-Lafosse.	187
Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Sergio Bravo Orellana.	197
Desarrollo de la infraestructura de aeropuertos en el Perú. Roxana Barrantes Cáceres.	209
Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión. Roberto Vélez Salinas.	221
La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu. Jorge Fernández-Baca Llamosas.	233
Las relaciones aéreas internacionales del Perú con los países Árabes: La línea aérea de bandera. Julián Palacín Fernández.	251
Algunos impactos generales de los contratos de concesión sobre las operaciones de las empresas operadoras de las infraestructuras de transporte y sobre los consumidores en el Perú. Julio Aguirre Montoya.	273
Entrevista sobre las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Cecilia O'Neill de la Fuente.	285
Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no? Patricia Vilcanqui Velásquez.	291
 Transporte	
Introducción a la Regulación de Transporte en el Perú. Raúl Torres Trujillo.	301
El Servicio de Transporte Público urbano de personas: libre mercado y regulación. María Jara Risco. Joaquín Vásquez Córdova.	309
De todos y de nadie: el caso del Transporte Público en Lima y Callao, y la necesidad de un planeamiento común. Mario Huapaya Nava. Ernesto Soto Chávez.	323
La Regulación del Transporte Público en Lima Metropolitana e INDECOPI: A propósito de una discutible Resolución en materia de Barreras Burocráticas. Alonzo Jiménez Alemán.	337

Tomo II

Telecomunicaciones

Hacia un mayor desarrollo de la Banda Ancha en el Perú. Luis Pacheco Zevallos.	13
¿Qué necesitamos para desarrollar la Banda Ancha? Juan Pacheco Romaní.	33
Redes de acceso y transmisión de Fibra Óptica: alternativas de políticas y regulaciones. Edwin San Román Zubizarreta. Cristina San Román.	39
¿Reorientando la Política de Telecomunicaciones en el Perú?: Nuevo Sistema de tarifas fijo-móvil. Ernesto Soto Chávez.	49
La liberalización incompleta en el Perú: viabilidad jurídica de implementar un Régimen autorizatorio para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Carlos Baldeón Miranda.	65

Energía e Hidrocarburos

De las crisis a las Reformas regulatorias en el Sector Energía. Jaime E. Luyo.	77
Dos mitos sobre Energía e Infraestructura. César Butrón Fernández.	87
Recursos Energéticos Renovables: aproximaciones conceptuales y determinación de su necesidad de implementación en el Perú. Giancarlo Vignolo Cueva.	97
Regulación de precios de los hidrocarburos en el Perú. César Bedón Rocha.	107
El Gas de Camisea y sus implicancias. Alfredo Dammert Lira.	117
Apuntes sobre la regulación económica del Transporte de Gas Natural por Ductos. Ricardo Leyva Flores Ronald Martínez Correa.	121
La libre transferencia de la capacidad de transporte de gas natural: un derecho cuyo ejercicio efectivo logra eficiencia económica. Augusto Vargas Rodríguez.	133
Implementación del FISE en la provincia de la convención. Víctor Murillo Huamán. Karina Cahui Huamaní.	141
¿Por qué debe desarrollarse la Petroquímica en el Perú? ¿Es suficiente la política de incentivos dictada por el estado para su implementación? Anthony Laub Benavides. Fernando Pomatailla Gálvez.	147

El mercado de electricidad en el Perú Ismael Aragón Castro.	165
El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea. Alberto Cairampoma Arroyo.	175
Actualidad de las Redes Inteligentes de Distribución Eléctrica. Alberto Ríos Villacorta. Manuel Gascó González.	189
Algunas reflexiones sobre el desarrollo de las Centrales Hidroeléctricas en el Perú. Enrique Moncada Alcántara.	211
 Agua y Saneamiento	
El acceso al agua como derecho humano universal y la necesidad de una política pública más allá de las cuestiones regulatorias. Julio Durand Carrión.	223
Marco constitucional, legal, jurisprudencial y consuetudinario para la Gestión del Agua en las cuencas peruanas. Antonio Peña Jumpa.	233
Nuevo esquema de subsidios cruzados en el Sector Saneamiento en el Perú: el caso de SEDAPAL. José Bonifaz Fernández.	245
Sostenibilidad y subsidios en las Tarifas de Agua y Alcantarillado de SEDAPAL: hoja de ruta para su mejora. Carlos Alza Barco.	257
Concesión de agua de Tumbes. Sergio Salinas Rivas.	265
 Puertos	
Lecciones aprendidas en el proceso de modernización y desarrollo del Terminal Portuario del Callao. Frank Boyle Alvarado.	281
El costeo por actividades aplicado en las Operaciones Portuarias. Juan Solís Vélez.	291

Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico¹

Diego Zegarra Valdivia*

SUMILLA

El presente artículo nos explica la evolución de la definición y tratamiento del concepto de Servicio Público, a partir de la Edad Media hasta nuestros días. El autor nos plantea las diferentes teorías que se han esbozado a lo largo de la historia respecto al Servicio Público, debido a los cambios políticos, sociales, económicos, etc. Asimismo, nos expone los elementos básicos, caracteres esenciales y principios, como son continuidad, mutabilidad e igualdad. También, nos comenta la expansión de este concepto. Finalmente, comenta la transformación de este concepto y su tratamiento dentro del sistema conceptual europeo, en donde al parecer ha nacido un nuevo concepto de Servicios Públicos, de donde es posible identificar los servicios de interés general, los servicios de interés económico general, las obligaciones de Servicio Público y el servicio universal.

Introducción

Cuando el Servicio Público se contempla como una categoría jurídica sustancial de carácter histórico, cabe descubrir que en su estructura íntima subsisten elementos ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos de validez permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídicas².

De ahí que no sea exagerado afirmar, que el Servicio Público ha sido el punto de referencia en torno al

cual ha gravitado el fenómeno más decisivo para la transformación del sistema jurídico a partir de los últimos años del siglo XIX: *la intervención del Estado en la economía*³.

El compás que ha seguido históricamente el Servicio Público ha estado permanentemente influenciado por el derrotero económico y político de los distintos países que han incorporado esta noción en sus legislaciones⁴. Así, la noción de Servicio Público se ha enriquecido progresivamente de nuevas dimensiones: la concepción originaria, ha

* Profesor Ordinario Categoría Asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad de Piura, Profesor Visitante de los Programas de Post Grado de Maestría y Doctorado en Derecho. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, miembro del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Sao Paulo - CEDAU, miembro de la Asociación Española de Derecho Ambiental – ADAME. Vocal del Tribunal del Servicio Civil, Abogado Asociado Senior de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

¹ A la Profesora Odete Medauar, con especial reconocimiento por su generosidad intelectual y sobresaliente Magisterio en el Derecho Administrativo.

² Compartimos lo señalado por J. MORAND-DEVILLER. *Curso de Derecho Administrativo* (Traducción) Décima Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 524, cuando sostiene que “El Servicio Público es sin duda, la noción más compleja, evolutiva, controvertida y esencial del derecho administrativo. Más allá de sus manifestaciones estructurales y funcionales bien concretas, es un *mito* una fuerza actuante, una especie de ficción acosada por la realidad (...)”.

³ BASSOLS COMA, M., “Servicio Público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas Sociedades estatales”. En: *Revista de Administración Pública* N° 84, Septiembre – diciembre, 1977, p. 28.

⁴ Respecto a la aparición del Servicio Público, en el *Rapport Public du Conseil d’État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau*, EDCE N° 46, La documentation française, París, 1995, pág. 15; se señala que: “la aparición de la teoría del Servicio Público (...) coincide con los progresos del liberalismo político y de las ideologías solidaristas. Se traduce en el ámbito del derecho el esfuerzo que conduce a nivel político para consolidar el pacto republicano fundándolo no solo en la idea del sufragio universal y de la democracia representativa sino también, en el desarrollo de la solidaridad y, simultáneamente en nuevas relaciones o en una nueva representación de las relaciones entre el Estado y el Derecho: un Estado para quien el derecho

venido siendo alterada al filo de transformaciones económicas, sociales y políticas que lejos de destruir los fundamentos, ha tenido un efecto de consolidación, habiendo contribuido a “ajouter nouvelles pierres à l’edifice”⁵.

I. Sobre la configuración histórica del Servicio Público

1. Los precedentes en el Antiguo Régimen

Es posible identificar una etapa prehistórica del Servicio Público⁶, en la que no estaba formada una ciencia o una conciencia de esta evolución. Por ejemplo, en la Edad Media, “les banalités seigneuriales” proveían de un servicio común de hornos, molinos y prensado, lo que implicaba un monopolio del señor y en contrapartida a lo cual, debían estar en permanente funcionamiento, de forma que se permitieran el acceso por igual a todos los habitantes así como su seguridad; si ello no era así, los vasallos tenían el derecho de obtener el servicio de otro proveedor⁷.

El desarrollo urbano hacia fines de la Edad Media, generó la aparición de actividades que eran de interés común de todos los vecinos de los nacientes burgos, de ahí que actividades como el mantenimiento de las murallas, la limpieza de las calles o la organización de ferias, fueron servicios de interés general que eran prestados por los Gobiernos Locales⁸. Algunos otros servicios eran también prestados por los gobiernos de las ciudades pero bajo el derecho de exclusividad, por lo que requerían de un régimen legal especial

distinto del derecho común, de ahí que en este espacio histórico, “on assiste alors à la naissance d’un droit exorbitant du droit común justifié par les nécessités de l’utilité commune”⁹.

Ambos precedentes de la noción de Servicio Público, fueron influenciados por la doctrina de la *utilitas publica*, recogida de las leyes romanas durante el siglo XIII, y que significó la legitimación de la supremacía del interés general sobre el interés privado. “La notion de commun profit ou d’utilité commune qui se dégage d’elle-même des institutions notamment municipales sera relievé au concept romain d’utilitas publica”¹⁰.

Los precedentes más directos del Servicio Público, aparecerán solamente con la consolidación del poder monárquico, razón por la cual, no es una coincidencia que el concepto de Servicio Público sea particularmente fuerte en aquellos países de Europa en los cuales se desarrollaron monarquías absolutas caracterizadas por su notorio poder centralizado.

Junto con el servicio postal, la corona prestaba otros servicios. En el siglo XVIII, se estableció en Francia, uno denominado “services du public”, caracterizado porque eran prestados por la Corona o por la autoridad local, se ofrecían al público en general y no se regían por leyes privadas¹¹.

Con la llegada de la Revolución Francesa¹², los precedentes del Servicio Público no fueron significativamente alterados¹³. De un lado, debido a un importante cambio de las principales reglas

es solo un instrumento del poder público, sino también un instrumento para llevar a buen término las misiones de las que está revestido al servicio de la colectividad”.

⁵ CHEVALLIER, J., “Regards sur une évolution”, *AJDA*, París, 20 juin 1997, Spécial, p. 8.

⁶ Al respecto, P. ESPLUGAS, *Le service public*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 13; sostiene que la *poste royale* fue creada por Louis XI en 1464 y en sus orígenes era una simple administración al servicio del Rey, pero progresivamente será puesta al servicio del público y obtendrá un monopolio en 1861.

⁷ Respecto del servicio de horneado y la producción de pan, M. D’ALBERTI, “I servizi pubblici”, en *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*, N° 3, 1992, p. 11, citado por N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, p. 292; señala que: “el molino del señor se queda como monopolio del Rey o del feudatario, pero el trigo y el pan tienen que estar a disposición de todos, contra el pago de una contribución, pero con garantías de continuidad y de igualdad por el conjunto de los usuarios. Todos los componentes de la comunidad tienen permiso para el pan y el trigo”.

⁸ Al respecto, vid. P. JOURDAN, “La formation du concept de service public”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l’Étranger*, pp. 89-118.

⁹ MESCHERIAKOFF, A. S., *Droit des services publics* 2e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 19.

¹⁰ MESCHERIAKOFF, A. S., *Loc. Cit.*, idem.

¹¹ Según P. JOURDAN, *Ob. cit.*, p. 103; un desarrollo paralelo durante los tiempos de las monarquías absolutas se dio con la expansión de los monopolios locales para la provisión de servicios de interés general, como es el caso de la panadería comunal que instaló el gobierno de Marignane en Francia en 1665 y que constituía un monopolio en orden a asegurar la continua provisión de pan a un precio razonable.

¹² Una exposición detallada del precedente revolucionario francés puede encontrarse en S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Los fundamentos*. Volumen I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 45 y ss.

¹³ MESCHERIAKOFF, A. S., *Ob. Cit.*, p. 22. Respecto de los orígenes del Servicio Público, G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial: Comares, Granada, 2003, pp. 534-535; considera que “la idea del Servicio Público, inicialmente, fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del “servicio del Rey”, que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa”.

de ejercicio del poder al sustituirse al monarca por el Estado, con lo cual las decisiones pasaron a tomarse por los representantes del pueblo. De otro lado, porque de forma universal los sujetos adquirieron la ciudadanía, de manera que el rol de las autoridades públicas de proveer de servicios a los ciudadanos se consolidó. En ese sentido, los servicios ya no se prestaban a los individuos considerados como usuarios o unidades económicas, sino como ciudadanos.

Finalmente, la Revolución reforzó la noción de Servicio Público, en lo que se refiere a su regulación por normas de Derecho Público, ya que efectuó una separación definitiva entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

El planteamiento revolucionario también condujo a la desaparición de los cuerpos intermedios y a la prohibición legal para la creación y el reconocimiento de nuevas entidades o agrupaciones que pudieran interponerse entre el individuo y el Estado, de tal forma que aquellos perjuicios contra los gremios derivados del individualismo liberal, cristalizan en la Revolución con la señalada prohibición, quedando así sentadas las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea del Servicio Público, tal como ha llegado a nuestros días¹⁴.

En resumen, puede concluirse que la Revolución Francesa consolidó todo el proceso evolutivo que venía siguiendo la noción del Servicio Público de forma tal que las importantes reformas políticas que se introdujeron en este período no hicieron sino fortalecer sus características. “Le période révolutionnaire a ainsi confirmé ce que les dernières décennies de l’Ancien Régime avaient suggéré, à savoir que la notion de service public est indissociable de l’État moderne et du droit administratif comme droit des rapports publics”¹⁵.

2. El Servicio Público y el Estado moderno

La teoría del Servicio Público nace al final de un período de tribulaciones que arremeten contra la concepción tradicional del Estado: el nuevo concepto de Estado suponía que éste debía asentar su legitimidad, y paralelamente a ello, el Derecho Público debía orientarse a la búsqueda de los fundamentos susceptibles de satisfacer su pretensión a la juridicidad y a la consolidación de una jurisprudencia en pleno desarrollo¹⁶.

Durante el siglo XIX, el rol del Estado era bastante limitado en lo que a la prestación de servicios se refiere. Con la Revolución Industrial nacen los mercados y la libre iniciativa económica es reconocida como un derecho individual, de ahí que la intervención pública asumiera normalmente un carácter residual (limitado a garantizar las condiciones exteriores para el libre desarrollo de la libertad individual)¹⁷.

Durante esa época, el Estado, además de prestar aquellos servicios que heredó del antiguo régimen, creó algunos nuevos como respuesta a los avances de la ciencia. En este contexto, con el surgimiento del liberalismo y de una nueva concepción del Estado (el Estado policía¹⁸), las principales tareas de éste eran las de mantener el orden y que la libertad de los ciudadanos no fuera amenazada¹⁹.

No obstante, el avance de la ideología liberal, el proceso de crecimiento de los Servicios Públicos se aceleró, de manera que devino en una actividad importante para el Estado, la misma que compartió junto con las actividades de policía. A esta evolución contribuyeron los movimientos socialistas de la época que impulsaron la progresión del Estado Policía (*l’État-gendarme*) hacia el Estado prestador de servicios (*l’État-providence*); además, propiciaron la creación de monopolios a nivel local o municipal en aquellos sectores considerados de interés general²⁰.

¹⁴ Seguimos aquí lo señalado por G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial: Comares, Granada, Tercera Edición Ampliada. 2004, p. 536.

¹⁵ MESCHERIAKOFF, A. S., Ob. Cit. p. 25

¹⁶ CHEVALLIER, J., Ob. Cit. p. 9. Es necesario señalar que no se puede hablar de una “teoría del Servicio Público” sino en el período comprendido entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX en que es desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina francesa.

¹⁷ CASSESE, S., “Aspetti giuridici dello sviluppo economico”, en *Studi in memoria di Angelo Gualandi*, Urbino, Argalia, 1969, p. 111, citado por N. RANGONE, *I servizi pubblici...*, Ob. cit., p. 167.

¹⁸ La clásica definición de F. P. BÉNOIT, *Le Droit administratif française*. Editorial: Dalloz, París, 1968; ilustra respecto de lo que debe entenderse por Estado policía: “hay un procedimiento de policía cuando una autoridad administrativa está investida de una competencia que le permite reglamentar ciertas actividades o relaciones entre particulares”, citado por A.S. MESCHERIAKOFF, Ob. Cit., p. 27.

¹⁹ Dentro de esta línea, A. S. MESCHERIAKOFF, Loc. Cit., ídem; sostiene que: “el Estado-gendarme tal y como se deriva del pensamiento de 1798 no está concebido para generar servicios, si lo hace es de un modo accesorio, de un modo coyuntural”.

²⁰ F. MODERNE, “Les transcriptions doctrinales de l’idée de service public”, vol. col. En F. MODERNE y G. MARCOU (Ediciones.), *L’idée de service public dans le droit des États de l’Union Européenne*, Ed. L’Harmattan, París, 2001, p. 9; ha hecho un planteamiento general sobre la inserción de la noción de Servicio Público: “el Servicio Público entró en el panorama jurídico con

Con el progreso técnico y la primera Revolución Industrial, surgen los primeros Servicios Públicos de carácter económico que llegan a nuestros días, como son los ferrocarriles²¹, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes por carretera, constituyéndose en nuevas actividades para cuya ordenada prestación no bastaba la vieja acción de policía, ni tampoco la pura medida de fomento²².

3. El incremento del protagonismo del Estado y la expansión de los Servicios Públicos

A inicios del siglo XX, se hace patente la multiplicación de la necesidad social y la experiencia negativa derivada de la gestión privada del siglo XIX de alguno de los grandes Servicios Públicos (como el ferrocarril), lo que condujo a la transformación del rol del Estado, responsable de los servicios ofrecidos al público.

En la Francia de inicios del siglo, sostiene RANGONE, “la multiplicación de las necesidades y la evolución del contexto económico impusieron una transformación del rol del Estado; la noción del Servicio Público sustituye al dogma del *puissance publique* y de la soberanía del Estado que implicaba, en gran medida, su irresponsabilidad, y el Derecho Público de ser una disciplina del poder que se transforma en la síntesis de las normas de organización y de gestión de los Servicios Públicos (del poder al servicio, de la prescripción a la prestación)”²³.

Las tensiones entre el liberalismo y el cada vez más fuerte protagonismo del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas, van a encontrar una vía de solución en la concesión²⁴. Mecanismo que introducirá la fórmula que hará posible

la compatibilidad entre una y otra postura, de manera que, de una parte, se entenderá al Estado como titular de dichas actividades y, de otra, que el Estado puede gestionarlos indirectamente a través del concurso de particulares, de manera que lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio²⁵.

El avance del intervencionismo estatal se acrecentó entrado el siglo XX, en particular con la Primera Guerra Mundial, de modo que se fue configurando una noción de Servicio Público que implicaba la reserva de la actividad a favor del Estado (a través de la Administración Pública), desde el momento en que la actividad era declarada como Servicio Público²⁶.

La aplicación de los criterios derivados de la noción de Servicio Público no estuvo exenta de riesgos, pues los jueces administrativos no llegaron a definir los límites de dicha noción. Se llegará, entonces, a extremos de conferir la calidad de Servicio Público a actividades de personas privadas, ya que los criterios en función de los cuales se reconocía la presencia de un Servicio Público se caracterizaban por su imprecisión.

Desde esa perspectiva, la noción de Servicio Público adquirió un carácter subjetivo²⁷, criterio que permitió al juez entender de una manera potencialmente ilimitada la esfera de las regulaciones públicas en detrimento de las regulaciones privadas²⁸. El grito de alarma de M. HAURIOU “*on nous change notre État*” lanzado en 1900, refleja bien esta preocupación, situada en el deseo de limitar el imperio del Derecho Público al interior de la esfera misma de los Servicios Públicos²⁹.

las teorías del Estado Providencia, a finales del pasado siglo, es decir, en una época de intenso cuestionamiento del Estado, de sus fines, de sus ambiguas relaciones con el Derecho o con los ciudadanos”.

²¹ Respecto de este proceso, L. MIGUEZ MACHO, *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1999, p. 23; señala que “(...) la primera gran vía de ruptura del abstencionismo liberal deriva de la necesidad de la intervención estatal para la construcción de las grandes infraestructuras imprescindibles para el desarrollo económico, que la iniciativa privada no podía llevar adelante con eficiencia, ya que se trata de actividades no sometidas a las reglas de la oferta lucrativa o que constituyen monopolios naturales. El caso más importante es el de las vías de comunicación, y entre ellas nos interesa especialmente el tendido de las redes ferroviarias, cuya importancia para el proceso de creación del Derecho administrativo en general, y para el nacimiento de los Servicios Públicos en particular, es trascendental”.

²² La referencia es tomada de G. ARIÑO. Ob. Cit., p. 537.

²³ RANGONE, N., Ob. Cit., pp. 293 – 294.

²⁴ Respecto de la utilización de la concesión N. RANGONE, Ob. Cit., p. 168; señala que: “los Servicios Públicos son normalmente reservados a los poderes públicos y son gestionados directamente o en régimen de concesión: en la primera hipótesis el Estado u otro ente público mantienen titularidad y ejercicio del servicio, en la segunda los privados son excluidos de la titularidad de la empresa y admitidos al ejercicio solo en base a elecciones discrecionales”.

²⁵ Sobre el tema de la concesión seguimos la explicación de G. ARIÑO, Ob. Cit., pp. 537-538.

²⁶ ARIÑO, Gaspar, Loc. Cit., ídem.

²⁷ Respecto del carácter subjetivo del Servicio Público, N. RANGONE, Loc. Cit., ídem; señala que: “en los Países con derecho administrativo se afirma una concepción orgánica o subjetiva de Servicio Público, que corresponde al sector público y hay un interés por una disciplina especial (que deroga al derecho común), compuesta de gravámenes (...) y privilegios (...); esta concepción se traduce en una neta contraposición entre Servicio Público y competencia”.

²⁸ MESCHERIAKOFF, A. S., p. 40.

²⁹ MESCHERIAKOFF, A.S., Loc. Cit., ídem. Para E. MALARET, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, Nº 145, Enero-

En suma, la advertencia del Decano HAURIUO, hacía notar que el Servicio Público permitía un progresivo crecimiento de las regulaciones públicas en detrimento de las privadas, de la intervención administrativa en la vida social, una ruptura de la distinción entre lo público y lo privado que había servido, desde la Revolución de 1789, para explicar la noción de Estado limitado³⁰.

II. Sobre la teorización del Servicio Público

1. Las aportaciones esenciales de L. DUGUIT y la Escuela de Burdeos

La impronta de la noción de Servicio Público³¹ no pasará desapercibida para los teóricos del Derecho Administrativo de la época, LEON DUGUIT y MAURICE HAURIUO, contemporáneos ambos, que desarrollarán sus ideas en torno al concepto de Servicio Público teniendo como fuente principal de sus planteamientos aquello que constituía la base de Derecho Público, es decir, la idea misma del Estado.

El contexto en el que se encuadra el desarrollo de la Escuela del Servicio Público corresponde

cronológicamente a finales del siglo XIX y se caracteriza porque las concepciones tradicionales sobre el fundamento del poder del Estado empiezan a declinar. Como sostiene MUÑOZ MACHADO, la industrialización y la concentración de medios de producción, van exigiendo cada vez más la intervención del Estado para mantener los equilibrios sociales. Por otra parte, el proceso del liberalismo político pone el acento en la construcción de un verdadero Estado de Derecho, que consiste en la limitación del poder estatal y en su sumisión al Derecho; se desarrollan, en fin, ideologías nuevas que insisten en la solidaridad y, reclaman del Estado que se inmiscuya más directamente en las relaciones sociales³².

A. El derecho objetivo del Estado: el Servicio Público como fundamento y límite del poder público

L. DUGUIT, es el fundador de lo que se denomina *l'écôle du service public* (o *l'écôle de Burdeaux*) y su obra está impregnada por su propósito de limitar al Estado dentro de la noción de Servicio Público, para lo cual cree necesario reemplazar aquellas teorías que estaban basadas en autolimitaciones por esta construida sobre la noción de un derecho objetivo³³.

abril, 1998, p. 54; "esta famosa exclamación de HAURIUO, ilustra, (...) y de modo muy significativo, el alcance de la teoría del Servicio Público".

³⁰ MUÑOZ MACHADO, S., Ob. Cit., p. 17.

³¹ En lo que respecta al origen de la noción de Servicio Público, en la doctrina se ha planteado una interrogante con relación a la paternidad de misma. Entre los trabajos que le otorgan a Hauriou y no a Duguit el desarrollo del Servicio Público como institución jurídica, vid. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, Mélanges Mestre, p. 461; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif française*, París, L.G.D.J., 1966, p. 134 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, "De nuevo sobre el Servicio Público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", en *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Enero-diciembre, 1983, p. 2471 y ss.; J. L. MEILAN GIL, "El Servicio Público en el derecho actual", REDA (Buenos Aires), Nº 17, 1995, "El Servicio Público como categoría jurídica", *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 2, Septiembre - diciembre 1997, p. 75 y ss.; J. C. CASSAGNE, "Reflexiones sobre la Legislación Económica y el Servicio Público", *El Derecho*, 8 de febrero de 1995, "El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)", *Revista de Administración Pública*, Nº 140, Mayo - agosto 1996. Siguiendo esta postura, J. RIVERO, Ob. cit., p. 64 y ss.; plantea que es sobre la base del Arrêt Terrier que se desarrollan los planteamientos en torno al Servicio Público y que por lo tanto, este era un *Thème toulousain* (recordemos que M. Hauriou era Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse), que estaba lejos del área de influencia de la escuela de Burdeos, de ahí que sea negada cualquier vinculación con el origen de la noción de Servicio Público. A esto último, contesta de forma muy documentada E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit*, París, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1972, pp. 18-19; afirmando que tal vez en la época del Arrêt Terrier, la noción de Servicio Público no aparece en los escritos de Duguit sino hasta 1907 ("En 1901, la notion de service public n'est sans doute pas expressément formulée, mais elle est implicitement contenue dans la lutte que Duguit, dès les premiers temps, mène contre la notion de puissance publique"), cuando analiza el Arrêt Syndicat Croix de Seguey-Tivoli, o con la aparición de la primera edición de su Manual en ese mismo año, sin embargo será el maestro de Burdeos el primero que presenta en su obra *Transformations du Droit Public* de 1913, al Servicio Público como la noción matriz de su sistema, teniendo claro que la noción doctrinal del mismo es posterior a su aparición dentro de la jurisprudencia; por ello, si Hauriou hubiese estado más próximo a la formulación jurisprudencial, es algo que no se pone en duda, sin embargo son tiempos también en los que rechaza vigorosamente toda injerencia de las doctrinas sociológicas en el Derecho. PISIER-KOUCHNER concluye señalando que si bien era correcto considerar a Hauriou como el inventor del tema jurídico del Servicio Público, también había que convenir que Duguit lo había hecho suyo con un alcance diferente - no se trataba de la misma noción -, ya que Hauriou sujeta el tema del Servicio Público al del poder público, sin establecer una diferencia de conceptos, en cambio, Duguit, intenta sustituir el concepto de poder público con el de Servicio Público. Nuestra apreciación de lo expuesto, es que Hauriou identifica en el campo de la jurisprudencia la temática del Servicio Público, y que en el contexto en que se desarrolla la noción de Servicio Público, Duguit - y posteriormente Jèze - apuesta definitivamente con mayor ímpetu con respecto a darle una posición jurídica prevaleciente a la noción de Servicio Público, en base a lo cual surgirá la tenaz crítica de Hauriou al sistema propuesto, lo que contribuirá a que desarrollen distintos planteamientos con respecto a la noción de Servicio Público.

³² MUÑOZ MACHADO, S., Ob. Cit., pp. 101-102.

Así, el propósito es el de hacer del Servicio Público el criterio de la aplicación del Derecho Administrativo y, al mismo tiempo, de la repartición de las competencias entre el juez administrativo y el juez común³⁴.

El Servicio Público, destinado a proporcionar prestaciones sociales, es la actividad esencial de la Administración y como afirma MEDAUAR, para esta Escuela de Burdeos el Servicio Público era la idea maestra del Derecho Administrativo³⁵.

Durante su formación académica e ideológica, DUGUIT recibió una gran influencia del “*décalage conceptuel*” que le ayudó a constatar cuál era la posición de la ciencia jurídica respecto de otras ciencias y, a persuadirlo que el Derecho poco a poco corre el riesgo de perder su carácter científico si no se vinculaba con la realidad³⁶.

De esta manera, para DUGUIT el Estado no es una persona colectiva soberana sino una sociedad en la que los individuos tienen una fuerza irresistible de coacción; los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados no porque constituyan la expresión de un poder del Estado o de un derecho de mando, sino porque se imponen en la exclusiva medida en que tienen correspondencia con las normas jurídicas surgidas de la “conciencia social”, a las que denomina “derecho objetivo”³⁷.

En su obra “*Las transformaciones del Derecho*”, DUGUIT se formula la interrogante de por

qué desaparece el sistema de Derecho Público fundado en la noción de poder público³⁸. Para responder a esta interrogante hace un recorrido por la concepción romana de *imperium* poniendo de manifiesto la forma en que la misma atraviesa eclipsada por el período feudal para volver a situarse en el tiempo de formación de los reinos basada en el modelo romano del *dominum*, en donde el poder de mandar era análogo al derecho de propiedad, del cual, el rey, individualmente considerado, es el titular de un derecho subjetivo. A este poder se le denominaba - a partir de fines del siglo XVI - soberanía³⁹.

La soberanía - o el derecho de mandar - se constituyó, según DUGUIT, en una propiedad real, la misma que se manifestaba a través de la Ley, que era la expresión de la voluntad regia. Sin embargo, con el estallido de la Revolución de 1789, esta soberanía regia es sustituida por la soberanía nacional: “la nación es una persona titular del derecho subjetivo del poder público, del poder de mando o de soberanía”⁴⁰.

En este punto, DUGUIT, imprime una dura crítica a la soberanía - considerada como la base de la acción del Estado -, al sostener que ésta era en sí misma contradictoria con el sistema, ya que tenía su origen en el despotismo y no podía hacer coincidir el interés del gobernante con el de los gobernados⁴¹; por lo que, plantea la sustitución del concepto de soberanía por la del Servicio

³³ Respecto de la contribución teórica de L. Duguit, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 982 y 983. *Vid.* también el documentado estudio de M. A. SENDIN GARCIA, *Hacia un Servicio Público europeo. El nuevo derecho de los Servicios Públicos*. Editorial: Comares, Granada, 2003, p. 32 y ss.

³⁴ Al respecto, C. CHINCHILLA. “Servicio Público: ¿Crisis o renovación?”. En: E. MALARET, *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 64; sostiene que: “evidentemente la noción de Servicio Público no solamente serviría como criterio de delimitación del Derecho para aplicar en un caso concreto y de la jurisdicción competente para conocer del mismo, sino que, más ambiciosamente, fue presentado como el elemento definidor de todo el Derecho Administrativo, restando protagonismo a los conceptos que hasta ese momento estaban en la base de la definición del Derecho Público, esto es, la personalidad jurídica y la *puissance publique*, calificadas por DUGUIT de nociones mágicas y metafísicas”.

³⁵ MEDAUAR, ODETE, *Direito Administrativo Moderno*. Editorial: Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Décimo Sexta Edición. 2012, p. 348.

³⁶ PISIER-KOUCHNER, E., *Ob. Cit.* p. 7. Según L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 2484; “la crítica de DUGUIT se dirige contra lo que él denomina doctrina metafísica del estado, que quiebra cuando se trata de explicar los límites de la soberanía”.

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Ob. Cit.*, p. 103.

³⁸ Conforme refiere S. MUÑOZ MACHADO, *Ob. Cit.*, pp. 100-101; “en el siglo XIX la ideología dominante era la del poder. La exaltación del poder estaba en la base de toda la construcción alemana y francesa del Derecho Público. Para algunos autores alemanes como GERBER, LABAND, IHERING o JELLINEK, el estado detenta la *Herrschaft*, el poder de dominación que le permite mandar e imponerse en un modo irresistible. (...) En la teoría francesa, el desarrollo de estos principios está en la noción de soberanía, construida de un modo coherente por CARRE DE MALBERG. La teoría de la soberanía parte de los mismos postulados que la *Herrschaft*: el Estado es una persona moral que constituye el fundamento permanente del poder. El Estado dispone de un poder superior, de una autoridad suprema, que prevalece sobre la voluntad individual. El Derecho no precede al Estado sino que nace del poder del Estado. Hay que buscar en el Estado la limitación de sus poderes. El Derecho es para estas concepciones un límite externo, resulta solamente de un proceso de objetivación de la voluntad del Estado de un orden jurídico caracterizado por la estabilidad, la coherencia y la jerarquización”.

³⁹ DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho. Público y privado*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1975, pp. 9-14

⁴⁰ DUGUIT, L., pp. 15-16.

⁴¹ Duguit también lanza sus críticas contra Hauriou – en las que incluye a Berthélemy - en el sentido de que éste reduce la personalidad del Estado a una personalidad exclusivamente patrimonial, sin embargo considera que el publicista está muy cerca de reconocer que el Servicio Público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno.

Público, como el verdadero fundamento de Derecho Público, dándole una gran importancia a dicha noción, la misma que ilustra con la conocida declaración: "*le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par la même ma théorie de l'Etat se trouve achevée*"⁴².

Esta noción de Servicio Público encerraba de forma sintética la doble preocupación que dominaba el pensamiento del Decano de Burdeos: los fundamentos sociológicos del Derecho y la limitación jurídica del Estado⁴³.

B. El Estado como garante del Servicio Público

Sobre la base de los planteamientos antes expuestos, DUGUIT funda una nueva teoría del Estado⁴⁴, que ya no está articulada alrededor de la idea de poder, sino en el Servicio Público: "el Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de Servicios Públicos organizados y controlados por los gobernantes"⁴⁵. De acuerdo con ello, en adelante, el Estado está limitado por un derecho objetivo, el mismo que ha nacido de las exigencias de la conciencia social y de la solidaridad social y como consecuencia de lo cual, el rol del Estado será el de asegurar que a través de los Servicios Públicos pueda realizarse la solidaridad social.

Para CHEVALLIER, el objetivo que planteó DUGUIT era el de establecer la sumisión del Estado al Derecho, el de hacer una realidad distinta y superior a él, bajo la influencia de la sociología: los publicistas tienden así a buscar en el ámbito de la sociedad, antes bien que de la naturaleza, el fundamento de este "derecho objetivo"⁴⁶.

Aflora aquí la fuerte ligazón de DUGUIT con la corriente del positivismo sociológico, lo que se

manifiesta más claramente cuando señala que es una obligación de los gobernantes el organizar los Servicios Públicos, de fiscalizar su cumplimiento y de evitar toda interrupción⁴⁷. Este alejamiento del positivismo jurídico, se traduce en una entrada en la teoría política, a través de la que DUGUIT concibe la noción de Servicio Público no solamente como un criterio jurídico, sino también como el soporte de una nueva teoría del Estado.

De acuerdo con lo señalado, se define el Servicio Público como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante"⁴⁸.

Transmutada esa noción política del Servicio Público en categoría jurídica, se identificará con toda actividad de interés general dependiente de la Administración, y, desarrollada de modo regular y continuo conforme a un régimen jurídico exorbitante y bajo la responsabilidad de la Administración que goza de un poder discrecional en su organización⁴⁹.

Dentro de este contexto, la noción de Servicio Público, como una representación ideológica, logró contribuir a relegitimar al Estado⁵⁰, a hacer funcionales sus intervenciones sobre la base de las necesidades de las personas, y, a través de lo anterior, a subordinarlas a una finalidad de "service", haciendo olvidar el manejo eventual de las prerrogativas del poder público que ya jamás se encontrarán tan alejadas del servicio público⁵¹.

En esa línea, uno de sus discípulos, JÈZE, unió la noción de Servicio Público a las principales instituciones administrativas hasta convertirlo en "piedra angular del Derecho Administrativo"⁵².

⁴² DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. Tercera Edición, Tomo II p. 62, citado por E. PISIER-KOUCHNER, Ob. Cit. p. 17.

⁴³ PISIER-KOUCHNER, E., Loc. Cit., ídem.

⁴⁴ En esta misma línea vid. lo señalado por J. CHEVALLIER, Ob. Cit., pp. 10-11.

⁴⁵ DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*. Tercera Edición, Tomo II, p. 59, citado por P. ESPLUGAS, Ob. Cit., p. 15, también citado por L. MARTIN REBOLLO, Ob. Cit., p. 2492.

⁴⁶ CHEVALLIER, J., Loc. Cit. Idem.

⁴⁷ Para L. DUGUIT, Ob. Cit., p. 39, tres eran los elementos del sistema: carácter objetivo de los Servicios Públicos, una ley de los Servicios Públicos y la realización de la obligación general que se impone a los gobernantes. Es importante señalar que Duguit consideraba a los gobernantes y a los agentes como los gerentes de negocios de la colectividad.

⁴⁸ DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional*, Traducción de J. G. Acuña, Segunda edición española, Madrid, 1926, p. 73.

⁴⁹ SOUVIRON MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el Servicio Público*, Editorial: Comares, Granada, 1998, p. 113.

⁵⁰ Según J. CHEVALLIER, Loc. cit., ídem; la noción de Servicio Público permitió reconstruir una teoría coherente del Estado y rearticularla alrededor de un concepto central y fundador.

⁵¹ MODERNE, F., Ob. Cit. p. 23.

⁵² G. JEZE había escrito un artículo en la revista rumana *Drept public* de Abril-junio de 1926, titulado "Servicio Público" y es sobre el cual Hauriou realiza un detallado análisis de sus planteamientos en torno al Servicio Público. Para una visión ampliada de

Para JÈZE “decir que en determinado caso existe un Servicio Público, es decir, que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés social existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos”. Además, considera que es necesario distinguir los Servicios Públicos propiamente dichos, de aquellas actividades públicas sujetas a un régimen de Derecho Privado⁵³, con lo cual realiza una formulación *subjetiva* de la noción de Servicio Público⁵⁴ - al que refiere como un procedimiento -, la misma que se sustenta en que la noción original deviene en estrecha y se le priva, de su propósito esencial, que es el de limitar al Estado⁵⁵.

La posición de JÈZE puede resumirse en que, la Administración es en principio, prestación de Servicios Públicos, y, el Derecho Administrativo y la competencia de la jurisdicción contenciosa, vienen vinculados al Servicio Público en régimen de Derecho Público. “Así se convertía al Servicio Público en el criterio de reparto de competencias jurisdiccionales y se hacía reposar su concepto en dos ideas: procedimiento de Derecho Público y posibilidad constante de modificaciones del servicio (*ius variandi*)”⁵⁶.

2. La posición crítica de M. HAURIOU

Como es conocido, la obra de DUGUIT y la de sus seguidores de la Escuela del Servicio Público⁵⁷ recibieron diversas críticas de sus contemporáneos, especialmente de M. HAURIOU,

cuyos planteamientos sobre la idea del Estado y del Derecho Público, se asientan sobre el concepto de *puissance publique*, es decir, en el hecho que en el Derecho Público se sitúan los poderes de voluntad por encima de los fines, ya que primero son los medios de acción. De esa manera, se entenderá que el Servicio Público, es la obra a realizar por la Administración Pública y el poder público el medio de realización⁵⁸.

Para HAURIOU, la referencia al Servicio Público no significaba siempre la adhesión a la doctrina del Servicio Público, ya que si bien éste constituía la “razón de ser” de la Administración, la noción de Servicio Público se encuentra integrada en un sistema explicativo más global, donde la noción del poder público ocupa el lugar esencial⁵⁹. “En el fondo lo que determina el carácter de la gestión administrativa no es el fin (Servicio Público), sino los medios empleados, esto es el poder público, que “aparece desde el momento en que una industria privada es transformada en Servicio Público”⁶⁰.

En el pensamiento de HAURIOU se perfilan dos ideas esenciales⁶¹: en primer lugar, la definición del Estado como una institución o conjunto de instituciones; y, en segundo lugar, la función administrativa, entendida como “actividad del organismo gubernamental y ejecutivo del Estado en tanto que se emplea en crecer y hacer vivir la institución del Estado”⁶². De acuerdo con lo señalado, será precisamente para el cumplimiento de la función administrativa para lo que la institución, que es el poder público, precisa de

los planteamientos de G. JÈZE *vid. Los principios generales del Derecho Administrativo*, Traducción de Carlos García Oviedo, Ed. Reus, Madrid, 1928, p. 283 y ss, *vid. también* el trabajo de L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 2493 y ss; especialmente el apartado 5 titulado “Gaston Jèze y la tecnificación del Servicio Público como criterio central del Derecho Administrativo”.

⁵³ Al respecto, *vid.* el trabajo de G. JÈZE, *Ob. Cit.*, p. 289 y ss.

⁵⁴ MESCHERIAKOFF, A. S., *Ob. Cit.* pp. 54-55.

⁵⁵ Según M. A. SENDIN GARCIA, *Ob. Cit.*, p. 41, “JÈZE es un pensador más pragmático – con respecto a DUGUIT -, al que le interesan sobre todo las consecuencias jurídicas prácticas en que se plasma esa intervención, lo que le lleva a dotar a la teoría del Servicio Público de un carácter puramente voluntarista, que determina que una actividad sea considerada como tal o no dependiendo de la voluntad subjetiva del titular del poder político”.

⁵⁶ MANZANEDO MATEOS, J. A., “Servicio Público: aproximación a su línea evolutiva”, *Ob. Cit.*, p. 233. El citado autor sostiene que “este exclusivismo o imperialismo de la noción de Servicio Público figura también en BONARD, *Principes généraux du droit administratif*, 3 volúmenes. Lib. Gen. Dr. Jurisp., 1925-1930, para el cual el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho Público interno que regula la estructura y funcionamiento de los órganos constituidos en Servicio Públicos”.

⁵⁷ Al respecto, C. CHINCHILLA. *Ob. Cit.*, p. 65; señala que “la teoría del Servicio Público fue definitivamente elaborada por la Escuela de Burdeos (JÈZE, DUGUIT, BONNARD y ROLLAND) que hizo de ella el centro de las instituciones de Derecho Público, hasta el punto de sostener que los tres elementos esenciales del Estado eran la Nación, los Servicios Públicos y el territorio”. Sobre los seguidores de la doctrina del Servicio Público, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, Loc. Cit., *idem*.

⁵⁸ HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General* (prefacio de la Décimo primera edición – 1927). En: *Obra Escogida*, Traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 117. Respecto de las posiciones de M. Hauriou sobre el Servicio Público *vid.* MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, *Ob. Cit.*, pp. 983-984.

⁵⁹ CHEVALLIER, J., “Loc. Cit., *idem*”.

⁶⁰ SENDIN GARCIA, M. A., *Ob. Cit.*, p. 44.

⁶¹ Seguimos aquí la pauta del interesante estudio de M. A. SENDIN GARCIA, *Ob. cit.*, p. 47.

⁶² HAURIOU, M., *Précis de Droit administratif et de Droit public*. Sexta Edición. Editorial: Sirey, 1907, p. 53, citado por M. A. SENDIN GARCIA, M. A., *Loc. Cit. idem*.

prerrogativas, de un régimen exorbitante de Derecho común, que es lo que determina la autonomía del Derecho Administrativo⁶³.

HAURIOU profundizará aún más al señalar que el poder público subsiste e incluso está por encima del Servicio Público, ya que éste no puede definirse más que a través suyo⁶⁴, aunque reconoce que la dureza de sus críticas están dirigidas sobre todo a JÈZE, al que llama el *enfant terrible* de la Escuela, y, respecto de cuyos planteamientos, manifiesta su preocupación ya que considera que lo único que conseguirá, será “empujar a una cruel confusión a los juristas de las jóvenes generaciones (...)”⁶⁵.

3. La compatibilidad de posiciones: la concepción amplia u objetiva del Servicio Público

Cuando nos referimos a la noción amplia del Servicio Público, tenemos que volver a las fuentes matrices de la formulación de la noción de Servicio Público que ya hemos ido exponiendo, para situarnos en la teorización de DUGUIT, es decir, en la concepción **objetiva** del Servicio Público.

De acuerdo con esta noción amplia, aquellas actividades cuyo cumplimiento se considera obligatorio para los gobernantes, constituyen el objeto de los Servicios Públicos. Eso quiere decir que no se puede establecer cuáles son esas actividades así como delimitar su extensión por lo que debe estarse al proceso evolutivo, lo que implica que en la medida en que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los Servicios Públicos aumenta, y, por lo mismo aumenta el número de Servicios Públicos⁶⁶.

Es necesario tomar nota respecto a cómo es que DUGUIT, si bien imbuido de una postura

sociológica⁶⁷, no pierde de vista que el Estado tiene un rol preponderante en el desarrollo de los Servicios Públicos, y, que consecuentemente, ésta es la base para identificarlos con la actividad administrativa general, de lo cual se colige que la concepción objetiva del Servicio Público tiene como fin delimitar la esfera de intervención del Estado.

La noción *dugüista* del Servicio Público permitía justificar la existencia de un Derecho Administrativo derogatorio del Derecho Privado y confería, en ciertos puntos, prerrogativas importantes a la Administración y de forma más apremiante sobre algunos aspectos del Derecho Privado, para de esa forma tener en cuenta las necesidades específicas de los Servicios Públicos y de las demandas que pesaban sobre ellos, en nombre de las exigencias de la satisfacción del interés general⁶⁸. El Servicio Público devenía así – según LACHAUME⁶⁹ - en “*la caution du bon usage de la puissance*”, y, el justificante de las “prerrogativas del Estado por los grandes fines que se persiguen”.

Como síntesis de los postulados de esta concepción, puede señalarse – siguiendo a SOUVIRON -, que la satisfacción de las necesidades de interés general se identifican con el Servicio Público, y éste con el régimen especial administrativo y su fiscalización judicial, de forma, que el Servicio Público deviene en un concepto sinónimo de la actividad administrativa, definiéndose consecuentemente el Derecho Administrativo como el Derecho de los Servicios Públicos⁷⁰.

A pesar de existir serias divergencias, según ESPLUGAS⁷¹, esta concepción objetiva del Servicio Público fue igualmente adoptada por HAURIOU⁷², y, ello se desprende del prefacio a la décimo primera edición de su *Précis de Droit Administratif* cuando

⁶³ HAURIOU, M., Loc. Cit. Idem.

⁶⁴ HAURIOU, M., Ob. Cit. p. 118.

⁶⁵ HAURIOU, M., Ob. Cit. p. 121.

⁶⁶ DUGUIT, L., Ob. Cit., pp. 34-35.

⁶⁷ Como refiere A. S. MESCHERIAKOFF, Ob. Cit., p. 47; “(...) el Servicio Público aparece como la explicación del lugar que ocupa lo político en lo social o como un sistema de unidad entre la sociedad y el Estado dedicado a asegurar el respeto del derecho objetivo, es decir, de la “*loi de but*”, realización de la solidaridad social”.

⁶⁸ LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Ed. Masson, París, 1989, pp. 18-19.

⁶⁹ LACHAUME, J. F., *Grands services publics*, Loc. Cit., idem. Cita a J. CHEVALLIER, *Le service public*, QSJ, 1987, N° 2359, p. 35.

⁷⁰ SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., Ob. Cit., p. 114.

⁷¹ ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit., p. 16.

⁷² Al respecto, L. DUGUIT, Ob. cit., pp. 47-48; hace un apunte respecto de las coincidencias de fondo de sus planteamientos con los de M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 1910, p. 94: “Nos place consignar que por caminos y con expresiones diferentes, un eminente publicista, M. Hauriou, llega exactamente a las mismas conclusiones que nosotros. Los Servicios Públicos - dice - considerados con relación al público llamado a usarlos constituyen (...) situaciones establecidas. El público no es acreedor de los Servicios Públicos; está solamente en situación de aprovecharlos. Los administrados tienen a su disposición un medio práctico de mejorar su situación: formular una reclamación e inmediatamente acudir al Consejo de Estado por la vía contenciosa del exceso de poder; pero por este medio práctico no nos separa del supuesto de la situación objetiva”.

señala que “es la idea del servicio la que entraña la autolimitación objetiva del poder público”, de forma que “la autolimitación del poder posee un medio de objetivarse que le es propio, y que es la organización transformada gradualmente en institución. La organización administrativa es tanto la organización del poder administrativo, como la de los servicios”⁷³.

El núcleo de los aportes de HAURIOU y DUGUIT en esta materia ha sido bien condensado por RANGONE, al sostener que en la búsqueda del origen del Servicio Público, será M. Hauriou quien reconozca que aquél constituye la misma razón de ser de la Administración; por lo que, queda atado al poder público y está condicionado únicamente por el servicio que debe restituirse al público; asimismo, considera que con L. Duguit el Servicio Público no es solo una modalidad de intervención, sino que asume el papel central de fundamento de la Administración y del Estado de tal forma que emerge una teoría política en base a la cual las leyes del Estado se imponen en cuanto expresión del interés general y el poder del Estado está justificado por la necesidad de satisfacer las necesidades colectivas del público⁷⁴.

Estas ideas matrices de HAURIOU y aquellas que aportó DUGUIT, no estuvieron exentas de ciertos cambios formulados por los seguidores de la Escuela del Servicio Público, de ahí que se considere que esta concepción amplia u objetiva del Servicio Público ha sufrido una serie de distorsiones principalmente a través del desarrollo doctrinario realizado por G. JÈZE; por ello, que no debe llamar nuestra atención las severas críticas de HAURIOU en torno a los planteamientos de JÈZE, en las que desmarca a DUGUIT de las mismas, ya que consideraba que sus formulaciones del Servicio Público eran más generales y, por lo tanto, más prudentes.

Si bien hemos podido apreciar que los tres maestros franceses se distancian en algunos aspectos, las diferencias entre ellos no son tan profundas en el fondo y sus doctrinas se aproximan en cuanto

acaban uniendo indisolublemente Servicio Público y procedimiento de Derecho Público-exorbitancia de derecho común⁷⁵.

III. Los elementos y principios fundadores básicos del *Service Public*⁷⁶

1. Elementos

Más allá de las divergencias sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la noción de Servicio Público, quienes formaban parte de la Escuela del Servicio Público – y hoy gran parte de la doctrina -, estuvieron de acuerdo en reconocer tres elementos en la definición del Servicio Público asociados de manera invariable. Estos tres elementos constitutivos, son el componente orgánico de la persona pública (a); el elemento funcional de interés general (b); y, el elemento material de régimen jurídico derogatorio del Derecho Privado o exorbitante (c)⁷⁷.

A. Orgánico: la persona pública

La construcción de DUGUIT se desarrollará en un contexto administrativo donde el elemento orgánico (el gestor del Servicio Público) y el elemento material del Servicio Público (el objetivo perseguido), se confunden frecuentemente. El gestor de un Servicio Público era, en principio, una persona pública que tomaba a su cargo las necesidades de interés general que en ese momento estaban menos desarrolladas por otra persona. En consecuencia, toda aprehensión de una actividad por una persona pública, le confería, en principio, el carácter de Servicio Público⁷⁸.

La presencia de un elemento orgánico como criterio de un Servicio Público, significa que éste se encuentra dirigido por una persona pública, lo que implica que los cuerpos de la Administración serán los encargados de gestionar directamente la actividad del Servicio Público con su propio personal y con sus propios medios materiales y financieros⁷⁹. Paralelamente, también se ha

⁷³ HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General...*, Ob. Cit. p. 123.

⁷⁴ RANGONE, N., Ob. Cit., p. 14.

⁷⁵ SENDIN GARCIA, M. A., Ob. Cit., p. 49.

⁷⁶ Respecto de esta temática, vid. J. M. SOUVIRON MORENILLA, Ob. Cit., p. 158 y ss.

⁷⁷ En este punto seguimos el trabajo de P. ESPLUGAS, Ob. cit., p. 18 y ss., así también, vid. lo señalado por J. CARBAJO, *Droit des services publics*, Editorial: Dalloz, París, 1997, p. 9; J. F. LACHAUME, Ob. cit., p., 19; y N. RANGONE, Ob. cit., p. 297. O. MEDAUAR, Ob. Cit., p. 349, ha seguido también este planteamiento de identificar elementos comunes a las actividades calificadas como Servicio Público.

⁷⁸ LACHAUME, J. F., Loc. Cit. ídem.

⁷⁹ SCHIRATO RHEIN, Vitor, *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 117; señala acertadamente que, en sus orígenes, la noción de Servicio Público, se utilizó para separar las acciones que pertenecen a la persona pública, de aquellas acciones que pertenecen a los particulares, con la finalidad de definir en qué casos existía incidencia del derecho administrativo y la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado francés.

utilizado el concepto de establecimiento público en los sectores de enseñanza y sanidad, y, la figura de la concesión en caso de actividades de carácter industrial y comercial, en los cuales es la colectividad estatal la que conserva la dirección y el control de la actividad considerada como Servicio Público⁸⁰.

Para PONTIER, definir orgánicamente el Servicio Público significa evocar las estructuras administrativas tanto en sus aspectos más visibles, como en sus aspectos algunas veces menos visibles. De esta forma, el servicio puede ser una simple división administrativa del trabajo, o puede estar personalizado, por lo que la noción de personalidad jurídica es esencial, porque ella sola puede eventualmente otorgarle a un servicio cierta autonomía⁸¹. En suma, dentro de esta línea, la expresión Servicio Público encierra a una pluralidad de estructuras administrativas de las que derivarán los Servicios Públicos nacionales y los Servicios Públicos locales, como niveles diferenciados de la Administración a cargo de la prestación de Servicios Públicos.

B. Funcional: actividad de interés general

Es indudable que la noción de interés general es omnipresente al Derecho Administrativo, como lo han puesto en evidencia los autores de la Escuela de Burdeos, al señalar que este criterio es el fundamento mismo, la razón de ser del Servicio Público⁸².

El interés general puede ser explicado simplemente por el hecho que éste es una transposición y una laicización, con las correspondientes reservas de la noción de "bien común" sostenida por Aristóteles y desarrollado por Santo Tomás de Aquino, noción que está en la base de toda sociedad⁸³. El interés general desfasa los intereses particulares de los individuos y los trasciende; en otros términos, constituye un arbitraje de estos intereses particulares y ello se proyecta hacia los Servicios Públicos, de

manera que no solo sean consideradas como tales actividades necesarias para mantener el equilibrio social, sino también aquellas actividades de soberanía como la instrucción pública, la ayuda social y la higiene pública.

Es importante señalar que la noción de interés general se extiende - luego de la formulación de la noción clásica del Servicio Público -, hacia los servicios industriales y comerciales sobre la base de la interpretación de los textos relativos a la libertad de comercio y de industria⁸⁴.

Desde luego, el hecho que el interés general vinculado con una actividad sea uno de los elementos que configuran la noción de Servicio Público, no disminuye el carácter impreciso del mismo, ya que dependiendo de la concepción que se haya hecho de la intervención de los poderes públicos en el sistema social global, y de aquella del sistema mismo, la noción de interés general es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio⁸⁵.

C. Material: régimen jurídico⁸⁶

Este elemento material concierne a las reglas de derecho aplicables al Servicio Público, y dentro de la concepción clásica del Servicio Público supone la exorbitancia del régimen, lo que a su vez implica prerrogativas de poder público⁸⁷. Permite la entrada a aquellos derechos y obligaciones diferentes de aquellos que son utilizados en las relaciones privadas (prerrogativas o sujeciones exorbitantes del derecho común)⁸⁸.

El régimen jurídico estaría formado por reglas que los particulares, en el ejercicio de sus actividades, no pueden utilizar. Siguiendo esta pauta, no se podría hablar de Servicio Público si es que determinadas prerrogativas de poder público - derivadas del régimen jurídico - no pertenecen o no están de acuerdo con los agentes que gestionan o ejecutan el servicio de interés general⁸⁹.

⁸⁰ ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit. p. 20.

⁸¹ PONTIER, J. M., *Les service publics*. Editorial : Hachette, Paris, 1996, Ob. Cit., p. 16.

⁸² ESPLUGAS, P., Loc. Cit., *idem*.

⁸³ PONTIER, J. M., Loc. Cit. *Idem*.

⁸⁴ ESPLUGAS, P., Loc. Cit. *Idem*.

⁸⁵ M. BAZEX, "Le concept de service public en Droit National Française", en L. GRARD, J. VANDAMME, F. van der MENSBRUGGHE (Dir.), *Vers un service public européen*. Editorial : Aspe, Paris, 1996, p. 121.

⁸⁶ J. F. LACHAUME, Loc. cit., *idem*; sostiene que ciertos autores contemporáneos son reticentes a tomar en consideración el régimen jurídico específico como elemento que entra en la definición del Servicio Público, ya que estiman, no sin razón, a la vista de la lógica jurídica, que el régimen jurídico específico es una consecuencia de la presencia de una misión de Servicio Público y no de una condición de su existencia.

⁸⁷ ESPLUGAS, P., Ob. Cit., pp. 21-22.

⁸⁸ BAZEX, M., Ob. Cit., p. 122.

⁸⁹ ODENT, R., *Manuel de Contentieux Administratif*, citado por P. ESPLUGAS, Loc. Cit., *idem*. En el mismo sentido SCHIRATO RHEIN, Vitor, Loc. cit., *idem*, cuando afirma que "Vale dizer, na perspectiva da Escola do Serviço Público, a atividade é relevante

2. Principios

La existencia misma de un Servicio Público postula, aunque de manera intuitiva, reglas que de partida son necesariamente específicas. Estos principios informan la organización y la gestión de todos los Servicios Públicos, los servicios administrativos (interesados en un régimen especial y solo excepcionalmente disciplinado por el derecho común) y los servicios de carácter industrial y comercial (sometidos al derecho común y solo excepcionalmente al Derecho Administrativo)⁹⁰.

Estas reglas, progresivamente creadas, fueron sistematizadas por L. ROLLAND - de ahí el nombre que recibieron como "*lois de Rolland*"⁹¹ - y son las que se exponen a continuación.

A. Continuidad

Este es el primer principio enunciado, tal vez porque es el más importante ya que sin continuidad no hay Servicio Público, ni institución alguna, ni un Estado.

Para BAZEX⁹², este principio expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población, y, se traduce especialmente en la restricción al derecho de huelga (servicios mínimos).

El principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos⁹³.

En todo caso, la continuidad puede ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación del Servicio Público, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se ponga a disposición de los ciudadanos - considerados usuarios - de forma permanente o regular para que pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir.

B. Igualdad

Los Servicios Públicos son uno de los dominios de aplicación del principio de igualdad, consagrado en el artículo 1º de la Declaración de Derechos de 1879, y por tanto, constituyen uno de los soportes de la República Francesa.

En el ámbito de los Servicios Públicos el principio de igualdad obliga a quienes los tengan a su cargo, a tratar de la misma manera a las personas que se encuentran en una misma situación de derecho o de hecho, salvo que existan exigencias de interés general relacionadas con la explotación del servicio⁹⁴.

El principio de igualdad tiene diversas connotaciones, y en el caso de los Servicios Públicos, encuentra numerosas expresiones a las que la judicatura ha establecido límites, ya que si no fuera de esta manera, por sí mismo, el principio constituiría una materia de discusión filosófica y de reivindicación política, que no puede ser precisada (es, en sí mismo, un principio multiforme que conoce de numerosas aplicaciones)⁹⁵.

C. Mutabilidad

Destinados a satisfacer necesidades, los Servicios Públicos son llamados a evolucionar en función de éstas, y también en función de la apreciación que tengan las autoridades públicas del alcance de estas necesidades⁹⁶.

Desde esta perspectiva, el principio de mutabilidad o adaptación, impone el poder de cambiar las condiciones de intervención del servicio sobre base de las nuevas necesidades de interés general, justificando de esa manera el ejercicio de la autoridad administrativa, de los poderes - unilaterales - de ejecución de los contratos administrativos⁹⁷.

La adaptación del servicio debe consistir en la mejora del servicio que la Administración realizará, de manera que se produzca una satisfacción de

para a satisfação de necessidades sociais; logo torna-senatribuição do Estado e, portanto, é dotada de un regime jurídico propio, exorbitante del derecho privado, na medida em que confere ao seu prestador poderes que não existem nas relações do direito civil, dando origen á competencia do Conselho de Estado".

⁹⁰ RANGONE, N., *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., p. 296. Por parte, para O. MEDAUAR, Ob. Cit., p. 350, una de las consecuencias de la caracterización de una actividad como Servicio Público, es que están sometidos a un grupo de principios.

⁹¹ En este apartado seguimos a J. M. PONTIER, Ob. Cit., p. 75 y ss.

⁹² BAZEX, M., Ob. Cit., p. 131.

⁹³ PONTIER, J. M., Ob. Cit., p. 76.

⁹⁴ BAZEX, M., Loc. Cit., ídem.

⁹⁵ PONTIER, J. M., Ob. Cit., pp. 78-79.

⁹⁶ PONTIER, J. M., Ob. Cit., pp. 90-91.

⁹⁷ BAZEX, M., Loc. Cit., ídem.

calidad y en las más eficientes condiciones, de las demandas de los usuarios.

IV. Caracteres esenciales del régimen jurídico del *Service Public*

1. La creación de Servicios Públicos: especial referencia a las previsiones constitucionales

El alcance de la noción de Servicio Público y su relevancia constitucional, es escasamente manejado en los textos articulados de las diversas constituciones francesas que se han sucedido desde 1789. Ha sido el juez constitucional, el que ha ido elaborando una doctrina, siempre, en el marco de una concepción amplísima del Servicio Público⁹⁸.

En la doctrina francesa la principal referencia a la Constitución, se hace en el aspecto vinculado con la creación de los Servicios Públicos. Antes de la Constitución del 4 de octubre de 1958, se admitía que en la creación de un Servicio Público nacional podía intervenir de hecho el legislador, sea porque la Ley misma creaba el servicio, sea porque la misma autorizaba su creación por la autoridad administrativa, de manera que toda creación de Servicios Públicos se traducía por una limitación de libertades individuales⁹⁹.

Con la Constitución de 1958 no se ha confirmado este principio tradicional, es decir no se ha reservado explícitamente a la Ley la creación de Servicios Públicos; sin embargo, puede

considerarse que la competencia legislativa permanece, en la medida que la Constitución en su artículo 34^{o100} ha otorgado al legislador las competencias que incluyen el poder crear nuevas categorías de establecimientos públicos y la de nacionalizar empresas privadas, como modo de creación de Servicios Públicos, a lo que se añaden las competencias más puntuales de interés para los grandes Servicios Públicos tales como la justicia, la defensa nacional, la enseñanza y la seguridad social.

Hay coincidencia¹⁰¹ de modo más general, en el Preámbulo del artículo 4^o de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el propio artículo 34^o de la Constitución francesa, al haberse establecido que el ejercicio de las libertades se encuentra bajo la protección del legislador.

En lo que se refiere a la posibilidad que por vía reglamentaria (artículo 37^{o102}) se cree un Servicio Público, RIVERO sostiene que salvo que el acto de creación tome la forma de Ley, ésta entra hoy en la competencia reglamentaria, bajo reserva de la intervención del Parlamento para la concesión de las habilitaciones necesarias¹⁰³.

La cuestión a valorar, se da cuando la Constitución atribuye al Estado la responsabilidad de organizar determinados Servicios Públicos, pudiendo ésta encomendarse totalmente a la iniciativa privada, lo que ha dado lugar al desarrollo de los *Servicios Públicos constitucionales*¹⁰⁴. La jurisprudencia del Consejo Constitucional nos acerca a la temática

⁹⁸ FERNANDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto Jurídico...*, Ob. Cit., p. 94. Sobre la aparición del Servicio Público en los textos de las constituciones, vid. el estudio de L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El derecho de acceso a los servicios de interés económico general", en L. COSCULLUELA M. (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín Retortillo*. Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 495 y ss.

⁹⁹ CARBAJO, J., Ob. Cit., p. 30.

¹⁰⁰ Al respecto, el artículo 34^o de Constitución francesa de 1958 dispone: "Artículo 34^o.- Las Leyes serán votadas en el Parlamento. (...) La ley fijará asimismo las normas referentes (...) a la creación de categorías de entes públicos; (...) a las nacionalizaciones de empresas y transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado; (...)".

¹⁰¹ Al respecto, vid. CHAPUS, R., *Droit administratif general*. Tome I, Ed. Montchrestien E. J. A., París, 1993, p. 503; CARBAJO, J., Ob. Cit., p. 31.

¹⁰² Al respecto, el artículo 37^o de Constitución francesa de 1958 dispone: "Artículo 37^o.- Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley. Los textos con forma de Ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobaran podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional hubiera declarado que tiene carácter reglamentario en virtud del apartado anterior."

¹⁰³ RIVERO, J., Ob. Cit., p. 559.

¹⁰⁴ MUÑOZ MACHADO, S., "Límites constitucionales a la libertad de empresa", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín-Retortillo*, Editorial: Civitas, Madrid, 2003, p. 149. S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Ed. TED & DOC, París, 2000, pp. 51-52; respecto a la inserción de los Servicios Públicos constitucionales en el marco de la Constitución francesa, sostiene que: "en el marco de la Constitución Francesa de 1958, el artículo 34^o establece, por una parte que "la ley fija las reglas relativas: (...) a la creación de categorías de establecimiento públicos (...), las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de propiedad de empresas del sector público al sector privado" y, por otra parte, que "la ley determina los principios fundamentales de la organización general de la defensa nacional (...), de la enseñanza (...), y de la seguridad social". "Los otros aspectos relativos por ejemplo a la organización interna de los Servicios Públicos constituye materia reglamentaria conforme a lo dispuesto en el artículo 37^o de la Constitución".

que vincula al Servicio Público con la Constitución, y a propósito de la noción de Servicio Público constitucional aparece como consecuencia de una decisión referida a las privatizaciones¹⁰⁵.

Si bien entre los años 1986 y 1996 se sucedieron una serie de decisiones del Consejo Constitucional, siempre quedó pendiente definir la noción de Servicio Público constitucional, a pesar de las fórmulas empleadas para caracterizarlo: Servicio Público en el cual “la necesidad emana de principios o de reglas de valor constitucional” (Nº 86-207 DC des 25-26 juin 1986, cons. 53), “Servicio Público que tiene su fundamento en las disposiciones de naturaleza constitucional” (Nº 86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. 9); “Servicio Público exigido por la Constitución” (Nº 88-232 DC du 7 janvier 1988, cons. 30); “Servicio Público en el cual la existencia y el funcionamiento serán exigidos por la Constitución” (Nº 96-375 DC du 9 avril 1996, cons. 5)¹⁰⁶.

De esta manera, según MUÑOZ MACHADO¹⁰⁷, se ha podido elaborar una distinción entre los servicios “exigidos por la Constitución” y los regulados en la legislación ordinaria por decisiones de la Administración, donde los primeros no podrían ser encomendados al sector privado, y, los segundos en cambio, son perfectamente privatizables.

Si bien la distinción es clara, sin embargo no hay nada explicitado en las fórmulas jurisprudenciales, ni se han dado ejemplos positivos susceptibles de aclarar el sentido de la noción sobre el texto de la Constitución; por lo que, FAVOREU considera necesario recurrir nuevamente a la jurisprudencia¹⁰⁸ para, a partir de ella, plantearse, la siguiente fórmula: “todos los Servicios Públicos constitucionales son Servicios Públicos nacionales, pero ¿todos los Servicios Públicos nacionales son Servicios Públicos constitucionales?”¹⁰⁹.

El primer planteamiento no merece mayores comentarios, pero al contrario, respecto del interrogante planteado, es necesario tener presente que hay una tendencia a considerar que los Servicios Públicos nacionales son naturalmente Servicios Públicos constitucionales. Sin embargo, cuando a raíz de la decisión de 23 de julio de 1996, se considera a las telecomunicaciones un Servicio Público nacional, pero no un servicio constitucional, las cosas no quedan del todo claras.

En general, es posible sostener que la aplicación de los principios del Servicio Público como es el caso del de igualdad, así como el de neutralidad y de confidencialidad de los servicios, pueden vincularse con diversas normas constitucionales y especialmente aquellas que protegen la igualdad, la laicidad y la vida privada. Del mismo modo, respecto a la continuidad, ésta puede tener como fuente al artículo 5º¹¹⁰ de la Constitución francesa.

De forma específica, estando a que les corresponde a los Servicios Públicos constitucionales desarrollar funciones de soberanía, éstos deben estar necesariamente gestionados por organismos públicos, a diferencia de los Servicios Públicos nacionales legislativos que pueden ser gestionados por personas de Derecho Privado. “Los Servicios Públicos son los garantes de la seguridad y del orden público, esto es, de la justicia y de la fuerza pública entendida como la policía y la defensa; los Servicios Públicos garantes de la soberanía externa, esto es, la diplomacia; y los Servicios Públicos garantes de la soberanía económica y financiera, esto es, la Hacienda y el Tesoro Público”¹¹¹.

Lo señalado nos lleva a concluir respecto de los Servicios Públicos constitucionales que como categoría, están excluidos de la actividad económica y están vinculados al monopolio de la demanda pública¹¹² vinculándose a actividades

¹⁰⁵ Respecto a los límites a las privatizaciones en Francia, *vid.* la referencia que se hace sobre este tema en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, Ob. Cit., pp. 1058-1060.

¹⁰⁶ La referencia ha sido tomada de FAVOREU, L., “Service public et Constitution”. En: *AJDA*, París, 20 juin 1997, Spécial, p. 17.

¹⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “Límites constitucionales a la libertad de empresa”. Loc. Cit. ídem.

¹⁰⁸ Para S. MUÑOZ MACHADO, “Límites constitucionales a la libertad de empresa”..., Ob. Cit., p. 150; “Esta metodología tópica parece la única posible y, desde luego, es la que ha empleado la jurisprudencia Francesa. El Consejo Constitucional ha dicho, por ejemplo, que el denominado “Servicio Público de crédito” no es constitucional, ya que no puede afirmarse que las empresas bancarias o de seguros “exploten un servicio cuya existencia y funcionamiento están exigidos por la Constitución” (Decisión 207, de 25-26 de junio de 1986). Tampoco la televisión por vía hertziana ha sido considerada por el Consejo como una “actividad de Servicio Público que tenga su fundamento en disposiciones constitucionales” (Decisión 217, de 18 de septiembre de 1986)”.

¹⁰⁹ FAVOREU, L., Loc. Cit., ídem.

¹¹⁰ Al respecto, el artículo 5º de la Constitución de francesa dispone: “Artículo 5º.- El presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados”.

¹¹¹ ESPLUGAS, P., *Le service public...*, Ob. Cit., p. 41.

¹¹² Seguimos lo señalado por A. WINCKLER. “Quelques réflexions a propos de la réforme des services publics”, en la obra colectiva dirigida por J. CHEVALLIER, J. M. EKELAND, M. A. FRISON-ROCHE, *La idée de service public est-elle encore soutenable?*, vol. col., Ed. PUF, París, 1999, p. 22.

como la educación, la salud, la policía o la defensa, pero que, desde un punto de vista conceptual, están permanentemente superpuestos con la de los Servicios Públicos nacionales que engloba a todas las categorías que antes hemos mencionado¹¹³.

2. Principios comunes

La complejidad de la funcionalidad del Servicio Público ha llevado a que se plantee una unidad teórica respecto de dicha concepción, siendo ésta otra de las originalidades del Servicio Público “a la francesa”. Sin embargo, hoy en día no existe un régimen jurídico general uniforme y común a todas las categorías de Servicios Públicos, a pesar de lo cual, no puede afirmarse que esta diversidad implique la falta de existencia de algún elemento común a todas las categorías de Servicios Públicos.

El Estado y aquellas otras personas públicas tienen la carga de satisfacer a través de una determinada modalidad de Servicio Público las necesidades de la vida nacional y local y sobre todo para no depender de las incertidumbres de la iniciativa privada y de los riesgos del mercado.

Teniendo como premisa lo señalado, se plantea la necesidad que los Servicios Públicos, cualquiera que sea su actividad material, y, su régimen jurídico, deban obedecer a las mismas reglas generales¹¹⁴. De ahí que pueda colegirse que otra particularidad francesa reside en la existencia de un conjunto de principios simultáneamente aplicables a todos los Servicios Públicos¹¹⁵.

Como antes señalamos, estos principios son el de continuidad, igualdad y adaptabilidad o

mutabilidad y, son principios que han trascendido de la formulación original de la noción de Servicio Público, a los que se incorporan otro grupo de principios cuyo devenir es producto de “las exigencias vinculadas al funcionamiento de una sociedad democrática, la evolución de los espíritus, la emergencia de nuevas necesidades, la apertura de las fronteras, imponen a los Servicios Públicos reglas de comportamiento y de acción que prologan los principios fundamentales”¹¹⁶.

Si bien no hay uniformidad en la doctrina respecto de los principios que se incorporan, puede citarse entre los más importantes al principio de neutralidad¹¹⁷, correcto funcionamiento de los servicios, transparencia y responsabilidad, simplicidad y accesibilidad, participación de los usuarios, y, confianza y fiabilidad.

Es necesario tener presente que, más que aspectos técnicos, estos principios expresan en realidad la diferencia que separa una intervención de tipo administrativo de los mecanismos resultantes del juego del mercado, y que el régimen específico difiere según las categorías de Servicios Públicos considerados¹¹⁸.

3. La aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado según el tipo de servicio

En relación con la aplicación de un régimen de Derecho Público o de Derecho Privado a los Servicios Públicos, BAZEX considera que más allá de los análisis que se hagan de cada situación concreta, puede plantearse la pregunta de si en definitiva no es necesario reconocer la existencia de dos tendencias, es decir, una que consagre un

¹¹³ Es interesante la referencia que inserta S. MUÑOZ MACHADO, “Límites constitucionales a la libertad de empresa”. Ob. Cit., pp. 151-152; respecto del criterio general de distinción que proponen FAVOREAU y PHILIP con relación a lo que constituiría un Servicio Público constitucional y aquél que puede ser objeto de privatización: “consistiría en considerar que algunos Servicios Públicos no están en competencia con el sector privado; son, propiamente los servicios que ejercen “funciones de soberanía”. En estos casos la prohibición de privatización se conecta con la exigencia constitucional de que exista un “nivel mínimo de Servicio Público”, de modo que todos los ciudadanos puedan beneficiarse del mismo. (...) Frente a esta clase de prestaciones se situarían aquellas otras que se desenvuelven en competencia con el sector privado, o son susceptibles de ejercerse de esta manera. Este sería el ámbito propio de la privatización”.

¹¹⁴ OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 93.

¹¹⁵ Nos remitimos al apartado en el que se desarrolló el tema de los principios de la noción de Servicio Público.

¹¹⁶ Document du ministère de la Fonction publique et des réformes administratives, p. 13, citado por OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 94.

¹¹⁷ Respecto del contenido de este principio, Y. GAUDEMET, Ob. Cit., p. 751; considera que: “La neutralidad del Servicio Público significa que el servicio tiene que funcionar teniendo en cuenta únicamente las exigencias del interés general; el administrador del servicio no puede utilizarlo como un instrumento para sacar ventaja de ciertos intereses en detrimento de otros intereses, para hacer de ello un medio de propaganda o favoritismo”.

¹¹⁸ Para los fines de nuestro trabajo, nosotros vamos a referirnos únicamente a la categoría de Servicios Públicos administrativos y a la de Servicios Públicos industriales y comerciales, lo cual no hace que desconozcamos que en Francia se ha generado además otras categorías como son la de Servicio Público social. Sobre la “aparición y desaparición”, “vida y muerte” de los Servicios Públicos sociales, vid. CARBAJO, J. Ob. Cit., pp. 14 - 15 y MESCHERIAKOFF, A. S., Ob. Cit., pp. 60-62, entre otros; la de Servicios Públicos corporativos que a su vez comprende la de los Servicios Públicos de intervención económica y la de los Servicios Públicos de disciplina profesional. Sobre estas categorías de Servicios Públicos, vid. J. F. LACHAUME, Ob. Cit., p. 53 y ss.; Y. GAUDEMET, Ob. Cit., p. 763 y ss.; J. CARBAJO, Ob. Cit., p. 17 y ss.; J. RIVERO, Ob. Cit., p. 567 y ss.; R. CHAPUS, Ob. Cit., p. 479 y ss.; entre otros.

régimen de Servicios Públicos de gestión pública, en el cual la aplicación del Derecho Administrativo y de la contabilidad pública tenga su nivel máximo y, la segunda, que reconozca un régimen de Servicios Públicos de gestión privada caracterizada por una situación inversa¹¹⁹.

En el caso de los Servicios Públicos administrativos, su presencia supone la aplicación de un régimen de Derecho Público, es decir, las autoridades administrativas emplearán procedimientos de Derecho Público; en cambio, en el caso de los Servicios Públicos industriales y comerciales, debe señalarse que se encuentran sometidos a un régimen jurídico profundamente diferente del antes citado, ya que, en este supuesto se tratará de un régimen mixto en el que se encuentran combinados elementos de Derecho Privado generados por el carácter comercial de la actividad y de los elementos de Derecho Público justificados por la idea de un Servicio Público¹²⁰.

V. La reacción institucional a la incidencia del Derecho comunitario: el *Service Public* frente a los servicios de interés general

1. Los efectos de la construcción comunitaria¹²¹

Si bien la construcción comunitaria ha significado la liberación de la economía en lo que a capital, bienes y servicios respecta, este proceso supone además la apertura de los Estados miembros que "exige una nueva identificación de las necesidades no solo en consideración a los distintos contextos de descentralización territorial de la esfera pública, sino sobre todo por el hecho de que la diversidad y la complejidad de las situaciones subjetivas, las necesidades de los ciudadanos y de las empresas y organismos *non profit* crecen a un ritmo veloz"¹²².

Como apunta MALARET, no se trata de *comunitarizar* el Derecho Público Nacional, sino de repensar las categorías jurídicas fundamentales en este nuevo

contexto¹²³, es decir, en cada país, es necesario reconstruir el discurso relativo a los Servicios Públicos, partiendo de los derechos y libertades, así como de la "realidad que supone la diversidad de los Servicios Públicos y de la heterogeneidad de las formas de prestación"¹²⁴. De esta forma, el producto no solamente tendrá que estar centrado en un nuevo Servicio Público, sino en una teoría capaz de responder al pluralismo en los Servicios Públicos y a garantizar que se cumplan las misiones encomendadas a ellos de manera que puedan articularse de distintas formas la relación entre interés general y la libertad de empresa.

Uno de los modelos de referencia de la idea y de la experiencia en materia de Servicio Público de una parte de los Estados miembros de la Comunidad Europea y por consiguiente del ordenamiento de esta última es innegablemente el *service public à la française*¹²⁵. De ahí que sea indispensable establecer cuáles han sido los efectos que ha producido la normativa europea en el ordenamiento jurídico francés y fundamentalmente en la noción de Servicio Público.

La primera idea que debe exponerse es que en Francia se ha producido una apertura para situar la noción francesa del Servicio Público dentro del mercado (definido como el sistema global de intercambios de bienes y servicios por un precio) de manera que se plantea la existencia de una confrontación que evidencia que, tradicionalmente en dicho país, las relaciones entre ambos son complejas. De esta forma, "la doctrina y la jurisprudencia llegaron incluso a inventar la noción de Servicio Público de carácter industrial y comercial para enfatizar su respectiva situación, noción que no brilla por su claridad"¹²⁶.

Según MESCHERIAKOFF, por naturaleza, el Servicio Público en tanto que principio de legitimidad solo puede situarse fuera del mercado mientras que como prestatario a menudo y de modo parcial se opone al mismo¹²⁷. Por otra parte, para este autor, el Derecho comunitario acrecienta la complejidad

¹¹⁹ BAZEX, M., Ob. Cit., pp. 131-132.

¹²⁰ En este punto seguimos el Tratado de Y. GAUDEMET, Ob. Cit., pp. 754 -759.

¹²¹ Para J. MORAND-DEVILLER, Ob. Cit., p. 532, en su larga historia, "el Servicio Público a la francesa" ha debido afrontar numerosas turbulencias. La última, obligándolo a adaptarse a las reglas de derecho comunitario, en particular, la de la libre competencia".

¹²² MALARET, E., "Servicios Públicos, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades la esfera local? En: *Revista de Estudios de la Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*. Editorial: INAP, N° 291, Enero-abril, 2003, Ob. Cit., p. 602.

¹²³ MALARET, E., Loc. Cit., ídem.

¹²⁴ MALARET, E., Ob. Cit., p. 603.

¹²⁵ Al respecto, seguimos lo señalado por D. SORACE en "*Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*", Ob. Cit., p. 375.

¹²⁶ MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Ob. Cit., p. 68.

¹²⁷ MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., ídem.

en la medida en que su voluntad de creación de un mercado europeo lo más unificado posible le lleva a crear un mercado de prestaciones de Servicio Público¹²⁸.

Ahora bien, es importante destacar que el Derecho Comunitario por su voluntad creadora de un mercado europeo unificado, también posibilita la salida para crear un mercado de prestaciones, de lo que deriva que el suministro de prestaciones de Servicio Público pueda realizarse en las mismas condiciones que las de una empresa privada, estando sometido al derecho común del mercado y especialmente al derecho de la competencia¹²⁹. Del mismo modo, que la puesta en funcionamiento de un servicio se vincula con la organización administrativa y, a su vez, pone en marcha una serie de prerrogativas de poder público, lo que supone que el Servicio Público se aparte del derecho de la competencia que sujeta el mercado pero solo de forma parcial, ya que es una empresa la que interviene¹³⁰.

En definitiva, el Servicio Público aparece, o bien como modo de organización de los poderes públicos fuera del mercado, o bien como actor económico dentro del mercado; esta doble naturaleza va a llevar a las instituciones europeas a crear un verdadero mercado de los Servicios Públicos, fundamentalmente de red¹³¹.

2. El *Rapport Public* del Consejo de Estado

A. La preocupación por la vigencia de los Servicios Públicos

Para tener un mayor acercamiento con lo que significa en Francia esta confrontación de la noción del Servicio Público con los cambios que se han ido generando desde el ámbito comunitario, debemos hacer referencia al contenido del *Rapport Public*

du Conseil d'État Française pour 1994, que lleva el sugestivo título *Service Public, services publics: déclin ou renouveau*¹³² y que se constituye en uno de los documentos más importantes respecto de la defensa de la noción en el contexto nacional francés, así como en el de los países miembros receptores de la noción¹³³.

En la introducción del referido *Rapport* se hace un recorrido por la configuración ideológica y jurídica del Servicio Público, así como de su proceso de expansión en el ámbito Estatal, considerando que la teoría del Servicio Público - desbordada de la esfera propiamente jurídica en forma frecuente - ha contribuido en proveer a los gobernantes y a los aparatos administrativos, de un refuerzo de legitimidad¹³⁴, de ahí que se llame la atención que, en el ámbito de la Unión Europea, no figure - sino en el recodo de un artículo de carácter técnico -, el concepto de Servicio Público, y que las ideas más próximas, aquellas de interés general, de servicio económico de interés general, de cohesión social, no ocupen, en la construcción europea, más que "un lugar residual"¹³⁵.

Esto último - según el *Conseil d'État* -, afirmaría más la evidencia que el derecho francés como los derechos nacionales de los otros países miembros de la Unión, estarían en lo sucesivo condenados a ser elaborados, en gran medida, bajo la influencia comunitaria, y a ser aplicados en las mismas condiciones, estando claro que el futuro de la noción de Servicio Público tiene - si no se es vigilante - los días contados¹³⁶.

Se manifiesta así la preocupación del *Conseil d'État* por lo que vendría a representar la falta de conservación y reafirmación de la noción de Servicio Público, bajo el signo de la subsidiariedad dentro de la autonomía de una nación o, llevada al ámbito europeo con la suficiente determinación

¹²⁸ MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., idem.

¹²⁹ MESCHERIAKOFF, A.S., *Droit des services publics...*, Loc. Cit., idem.

¹³⁰ MESCHERIAKOFF, A.S., Ob. Cit., pp. 68-69; según el autor, este planteamiento ha sido confirmado por el derecho europeo, como se observa en la jurisprudencia: STJCE de 19 de mayo de 1994, asunto 364/92, *Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*.

¹³¹ MESCHERIAKOFF, A.S., Loc. Cit., idem.

¹³² La incidencia del derecho comunitario sobre la concepción nacional del Servicio Público ha suscitado mucha preocupación en Francia, tanto que el problema ha sido afrontado institucionalmente y ha sido objeto de propuesta en tres ponencias oficiales: El citado *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., pp. 15-134; el *Rapport de la Commission présidé par Stoffaës 1995. Services Publics. Question d'avenir*, Commissariat général du plan, Edition Odile Jacob, La documentation française, París, pp.437; y, el *Rapport au Premier Ministre de la mission présidé par R. Denoix de Saint Marc. Le service public, Coll. Des rapports officiels*, La documentation française, París, 1996, p. 63; precisamente en éste último *Rapport* se incluía la propuesta de una modificación al Tratado Comunitario dirigida a precisar los fundamentos del *service public* y dejar claro que "la construcción europea se funda sobre los dos pilares del mercado y de la cohesión".

¹³³ CHINCHILLA, C., Ob. Cit., pp. 80-81; considera que no es exagerado incluir entre los factores que han contribuido a la promoción y relanzamiento del Servicio Público al Consejo de Estado francés.

¹³⁴ *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., pp. 16-17.

¹³⁵ *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 17.

¹³⁶ *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem.

para que ella se distinga y, se tome en cuenta un concepto propio para fundar más allá de la singularidad francesa, una singularidad europea, con una singularidad ética y socialmente fecunda, apropiada para asegurar una reconciliación entre los ciudadanos y los poderes públicos¹³⁷.

Está claro que lo que cuenta para el *Conseil d'État* es preservar la esencia de la noción de Servicio Público por lo que representa para Francia y los países que son parte de la Unión Europea y hacia los cuales se proyectó la misma. Dicho objetivo es independiente de la situación de la noción en el ámbito francés o en el ámbito comunitario, y debía caracterizarse por reivindicar su vigencia.

Siendo ésta la idea matriz del *Rapport*, uno de sus apartados, el denominado "El nuevo orden europeo", muestra el énfasis que el *Conseil d'État* pone al criticar la posición asumida por las instituciones de la Unión Europea, al afirmar que no se ha informado del proceso de los Servicios Públicos en Europa y que ha hecho algo peor: ha ignorado largamente la noción de Servicio Público y la existencia de Servicios Públicos, y tiene una tendencia a no identificar ninguna zona intermedia entre los servicios regalianos o sociales, situados bajo un régimen especial, pero no por ser Servicios Públicos sino en razón, esencialmente, de su participación en las prerrogativas del poder público, y las empresas ordinarias¹³⁸.

Por este motivo, lo que le interesa el *Conseil d'État*¹³⁹, bajo la premisa que la realización del Gran Mercado Europeo depende de la aplicación de la política de competencia y que la clave de la misma es la aplicación igualitaria a las empresas públicas y privadas¹⁴⁰, es clarificar las posturas en torno al Servicio Público de cara a lo que progresivamente se ha ido regulando a nivel europeo a través de la jurisprudencia: nos referimos a la aplicación de artículos 85º, 86º y 90º numeral 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Desde luego no vamos a repetir todos los argumentos reproducidos en el *Rapport*, por lo que hemos seleccionado algunas de las ideas fuerza que utiliza el *Conseil d'État*¹⁴¹ - que expondremos en los siguientes apartados -, para sustentar su postura de defensa de la noción del Servicio Público y de la capacidad de la misma para adaptarse a los cambios que progresivamente se han ido introduciendo a nivel europeo.

B. El deslinde del Servicio Público y las situaciones de monopolio

Uno de los puntos fuertes del análisis del *Rapport* tiene que ver con el deslinde que se realiza entre la noción del Servicio Público y el monopolio. Al respecto, el *Conseil d'État* considera que si bien antaño era uno de los rasgos característicos de la primigenia noción de Servicio Público, bajo esta

¹³⁷ *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem.

¹³⁸ *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 38.

¹³⁹ Al respecto, *vid. Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Loc. Cit., idem. que inserta como cabecera de su análisis lo dispuesto en el antiguo artículo 222º (hoy artículo 295º) del Tratado de Roma: "El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros".

¹⁴⁰ Para lo cual es necesario tener claro que el campo de acción del Derecho Europeo de la Competencia se determina de acuerdo con la naturaleza de la actividad que se desarrolle ya que no toda actividad económica será susceptible de ser ejercida por una empresa privada y que el operador podrá ser también una empresa estatal.

¹⁴¹ En todo caso, convenimos con C. CHINCHILLA, Ob. Cit., pp. 81-82; en que entre las más importantes conclusiones del *Rapport*, están las siguientes: bajo el signo del Servicio Público deberían situarse solamente las actividades que sean *indispensables*, para la realización y el desarrollo de la cohesión social, excluyendo, pues, de dicha calificación las actividades que si bien son útiles para ese fin pueden alcanzarlo desde el mercado o desde la categoría de las actividades privadas de interés general; constituye una responsabilidad de los gobernantes delimitar el perímetro del Servicio Público; definir sus ámbitos de aplicación y las reglas de su funcionamiento; la eficacia impone que en ciertos sectores y en determinadas circunstancias no se deba renunciar al Estatuto público o a la propiedad pública; el mantenimiento del monopolio puede estar justificado en algunos casos por la necesidad de favorecer las economías de escala y de evitar elevados costes de armonización o de coordinación; la búsqueda de la eficacia de los Servicios Públicos no debería nunca llevar a perder de vista los objetivos de cohesión social que los justifican; la noción de Servicio Público no debe quedar reducida a la de servicio universal o servicio mínimo, pues ello conllevaría un empobrecimiento de las perspectivas susceptibles de ser tomadas en consideración; la diversificación de las formas de regulación pública a la que llevan las reivindicaciones locales; de un lado, y la construcción europea; de otro, no debería conducir a una disminución excesiva de las responsabilidades asumidas por el Estado. La creación de las autoridades independientes no debería entrañar tampoco un debilitamiento sistemático de los responsables políticos; debe hacerse un esfuerzo considerable para que los usuarios confíen en los Servicios Públicos, creando estructuras y procedimientos de participación adecuados para ello; debe regularse en las mejores condiciones posibles los problemas que suscitan la conciliación del derecho de huelga y la exigencia de continuidad del Servicio Público; la afirmación del principio de responsabilidad debería incitar a buscar, junto a los procedimientos ya existentes de control democrático y jurisdiccional, procedimientos de evaluación que favorezcan el debate público; debería, por último, hacerse un esfuerzo para aligerar las imposiciones del Derecho Comunitario, sacando a los Servicios Públicos industriales y comerciales del estatuto derogatorio en que los tiene encerrado el objetivo europeo de la concurrencia y, restituyendo al principio de subsidiariedad la pausabilidad de la que ahora carece.

perspectiva, el monopolio no puede aparecer ni como la única garantía de Servicio Público, ni como la única forma bajo la cual se esté libre del riesgo de las acciones abusivas respecto de la libertad de iniciativa de las empresas privadas, o no contribuya a alienar al usuario bajo el pretexto de proteger sus intereses¹⁴².

Del mismo modo - según el *Conseil d'État* -, "la noción actual del Servicio Público no impone ni la de la propiedad pública, ni la de monopolio, ni la de gratuidad, incluso la de distribución igualitaria; por tanto, parece en cambio, posible afirmar, que no habría Servicio Público sin dominio o regulación pública, y más precisamente sin la puesta en funcionamiento de procedimientos de regulación distintos de aquellos que están normalmente a disposición del poder público (informaciones económicas y sociales, normas fiscales, sociales, de policía, incluso técnicas y de competencia), en sus relaciones con el mercado de los actores económicos¹⁴³.

C. El Servicio Público y la libre competencia: armonización y regulación

El *Conseil d'État* incide también sobre la necesidad de "cercar el campo del Servicio Público", es decir, tiene claro que deberían establecerse un consenso sobre los límites y los riesgos que comporta, en una perspectiva de optimización de las satisfacciones colectivas, el libre juego del mercado.

Para procurar dicho objetivo, identifica aquellas situaciones que imponen llegar a dicho consenso: la impotencia del mercado para asegurar que se tomen en cuenta las necesidades no solventadas o mal solventadas; la tendencia a multiplicar los efectos de la externalización de diferentes suertes de costos; las preferencias acordadas muy generalmente por los operadores económicos revistiéndose sobre el mercado en el corto plazo sobre el largo plazo, con las consecuencias que aquello comporta en materia de inversiones y de I+D; los efectos destructores engendrados por la competencia excesiva que hacen el juego de infratarificación y de "descreme"

de los servicios rentables, desamparándose los servicios que no lo son¹⁴⁴.

Señaladas aquellas situaciones en las que se muestra la necesidad de establecer un marco regulado respecto de aquellas actividades que se desarrollan a través de Servicios Públicos, el *Conseil d'État* considera que es necesario saber hasta qué punto la noción de interés general puede, dentro de tal perspectiva, justificar los avances sea del Servicio Público, sea del sector público, a la vista de consideraciones extraídas directamente de los límites del mercado, o a la vista de los criterios derivados de la exigencia de la rentabilidad o de competitividad de los operadores pertenecientes a su esfera de influencia¹⁴⁵.

Dentro de esta línea, un apunte interesante en el *Rapport* es aquél que señala que "si bien la construcción europea se ha establecido esencialmente sobre el signo de la promoción o del restablecimiento de la competencia, la idea que existe un lugar, al lado de la competencia, de una parte para las preocupaciones de cohesión económica y social, y de otra parte para la colaboración de entre los países miembros, no está totalmente ausente del Tratado de Maastricht"¹⁴⁶.

Según el *Conseil d'État*, lo señalado se puede encontrar expresado en el artículo 129-A (Título XI) y 130-A (Título XVI), y de ello puede desprenderse la disponibilidad que se revela en este tipo de preocupaciones, que pueden ser encaminadas para "echar las bases de Servicios Públicos a escala europea y de forma más general, de una concepción europea del Servicio Público"¹⁴⁷.

Este último planteamiento es el que luego encamina el *Rapport* dentro de la idea de ir hacia una *Carta europea de los Servicios Públicos*; por lo que, hace referencia a lo que considera un esbozo de dicha *Charte* y que es producto del trabajo del Grupo X Europe-Réseux, de la Misión Europe Equipment (EUREQ) y de un grupo de trabajo interministerial presidido por Jean Louis Bianco, entonces (1992) Ministro de Infraestructuras.

¹⁴² *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994. Service public, services publics, déclin ou renouveau...*, Ob. Cit., p. 56. Dentro de esta línea, A. WINCKLER, Loc. Cit., ídem; considera que si bien hace mucho tiempo se ha asimilado en Francia Servicio Público y monopolio, ambas deben distinguirse ya que "ciertos monopolios públicos no realzan el ejercicio de una actividad de Servicio Público (es, por ejemplo el caso de los monopolios fiscales, tales como el de SEITA en Francia) mientras que ciertos Servicios Públicos funcionan fuera de todo monopolio del Estado (tal como el Servicio Público hospitalario o aquél de la educación)"; de acuerdo con esto, según el autor, "el recurso al monopolio está raramente justificado por el objeto mismo del servicio".

¹⁴³ Ob. Cit., p. 61.

¹⁴⁴ Ob. Cit., pp. 63-64.

¹⁴⁵ Ob. Cit., p. 68.

¹⁴⁶ Ob. Cit., p. 109.

¹⁴⁷ Ob. Cit., p. 110.

Este documento se elaboró con el propósito de “promover una aproximación nueva y consensual *“d’une service public au niveau européen”* y de contribuir a la construcción europea para la apertura de redes a la competencia, dentro del respeto de sus especificidades, pero también para la armonización y la integración de sus redes, así como para la puesta al día de políticas comunes, sea sectoriales (energía, transporte, comunicaciones), sea transversales (social, industrial, comercial, ambiental)”¹⁴⁸.

De las principales ideas de la Carta, el *Conseil d’État* destaca aquella en la que se señala la necesidad de una aproximación relativa y pluralista de la noción de Servicio Público (misión de interés general en la cual una autoridad pública tiene decidido asegurar la gestión; institución pública o privada que haya recibido la delegación para ejercer tal misión; o todavía gestión o regulación pública), de manera que se respeten las tradiciones culturales y jurídicas nacionales, y la oportunidad que se haya puesto el acento sobre las misiones a las que se apunta y los procedimientos de dominio público movilizados, antes bien que sobre las dimensiones estatutarias o institucionales¹⁴⁹.

Lo señalado va a redundar, entonces, en el reforzamiento de los principios tradicionales del Servicio Público (igualdad, continuidad y adaptación) y va a llevar proponer otros como el de universalidad de un servicio mínimo, transparencia y participación, por un lado, y del lado institucional el de subsidiariedad, relatividad, pluralismo de los estatutos de los reguladores y neutralidad de la Unión Europea respecto de este estatuto, separación de reguladores y de operadores, unidad de reguladores sobre un territorio establecido, así como complementariedad entre reguladores y combinación entre los operadores de la competencia y de la cooperación.

D. El servicio universal

Finalmente, otro de los planteamientos que destacan en el *Rapport* es el referido a el *Servicio Universal*, ya que de un análisis de la figura, el *Conseil d’État* considera que “la aparición en cierto número de textos comunitarios de la noción de servicio universal tiene; en primer lugar, que ser vista como un paso sobre el reconocimiento de la noción de

Servicio Público, al menos como testimonio de la evolución del pensamiento de los responsables europeos en un sentido favorable para la toma de conciencia de que las necesidades de interés general no pueden encontrar su satisfacción por el solo funcionamiento del mercado (...), en vista de la satisfacción de las cuales se ha hecho un llamado a la noción de Servicio Público”¹⁵⁰.

Aunque extensa, la cita expresa claramente la preocupación del *Conseil d’État* de hacer hincapié en que a pesar que las autoridades comunitarias han introducido nuevas nociones, aquellas no han podido sustraerse de algunos de los elementos característicos de la noción del Servicio Público, no sin antes reconocer que “si numerosos y diversificados son los parámetros que gobiernan la evolución de los contornos y las características de los Servicios Públicos no es fácil identificar aquellos sobre los cuales es conveniente de actuar prioritariamente para favorecer una reevaluación del concepto y una renovación de sus ilustraciones”¹⁵¹.

Respecto de esto último, el *Conseil d’État* considera que una y otra - identificar y favorecer -, pasan por un retorno a las fuentes, y para una mejor toma de conciencia de los nuevos acontecimientos que se manifiestan en la materia, y de nuevos apremios que la registrarán.

3. Las transformaciones en el funcionamiento y organización de los Servicios Públicos

A. La liberalización de ciertos sectores

La síntesis que hemos hecho del contenido del *Rapport Public 1994* constituye la más clara defensa institucional del Servicio Público “a la française” en el contexto comunitario europeo. Sin embargo, dicha temática ha sido también materia de análisis en sucesivos trabajos en los que podemos encontrar las transformaciones operadas luego que el Derecho francés ha aplicado la normativa comunitaria en las actividades de interés económico general, en las que la noción de Servicio Público constituía su marco de referencia.

Uno de los importantes estudios sobre esta materia es el colectivo dirigido por R. KOVAR y D. SIMON, *Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt general et le marché*¹⁵², en el que, de

¹⁴⁸ Ob. Cit., pp. 110-111.

¹⁴⁹ Ob. Cit., p. 111.

¹⁵⁰ Ob. Cit., p. 114.

¹⁵¹ Ob. Cit., p. 126.

¹⁵² KOVAR, R. y SIMON, D. (Dir.). *Service public et Communauté européenne: entre l’intérêt général et le marché. Tome I: Introductions et approche sectorielle. Tome II: Approche transversale et conclusions*. Editorial: La documentation Française, París, 1998.

forma general, se señala que Francia no ha sido ajena a los cambios que progresivamente ha ido generando el espacio comunitario.

Esta ofensiva comunitaria, en opinión de MARCOU, a menudo ha sido percibida en Francia como el cuestionamiento de un modo de organización y de ejercicio de funciones consideradas esenciales para la colectividad que parecería íntimamente ligada a la concepción del Estado, más ampliamente admitida en la sociedad, la de un Estado a la vez protector y responsable del desarrollo económico, que si bien no es propia de Francia, ha encontrado en este país una expresión sintética en la noción de Servicio Público, que desde principios del siglo XX se ha impuesto, a la vez como una filosofía política y como una noción central de Derecho Público¹⁵³.

Respecto del proceso seguido, WINCKLER ha señalado que el debate se había cristalizado en Francia “alrededor de un enfrentamiento maniqueo oponiendo el “Servicio Público a la francesa” a la libre competencia pretendidamente defendida por Bruselas, “el interés general en la ley del mercado”¹⁵⁴.

Esto significaba, según el citado autor, olvidar que el derecho comunitario no está solo, ni es el principal factor que impulsa hacia una reforma de los Servicios Públicos y la liberación de ciertos sectores sometidos a un monopolio público, sino que, es necesario considerar también las evoluciones tecnológicas.

Asimismo, el WINCKLER subraya el hecho de que sacrificar al Servicio Público en Francia, volvería entonces más difícil su necesaria modernización, considerando que el derecho comunitario obliga a salir de esos esquemas de pensamiento simplificadores para aprender a “pensar el Servicio Público dentro de un ambiente competencial”¹⁵⁵.

Si bien se justifica la agudeza de la opinión antes señalada, de hecho, hoy en día encontramos que no obstante el apego a su modelo teórico de Servicio Público, éste no ha sido ni es un punto dogmático

que haya impedido a Francia hacer evolucionar progresivamente, pero de manera significativa, sus Servicios Públicos. Una lectura contemporánea de los elementos que componen la noción, así como de los principios que la sustentan, ha ido impulsando su transformación en profundidad¹⁵⁶.

Después de muchos años, en Francia, se asiste a importantes transformaciones del funcionamiento y organización de numerosos Servicios Públicos, lo cual se explica por múltiples factores, como el hecho que los usuarios de los Servicios Públicos adopten más y más frecuentemente la postura de cliente y de consumidor de Servicios Públicos, con las exigencias comparables sobre todo de cara a los servicios industriales y comerciales; además de ello, la evolución técnica obliga a los Servicios Públicos a modernizarse¹⁵⁷.

VOISSET sostiene que este proceso se ha debido a una serie de factores que han reducido la originalidad de la noción de Servicio Público francés¹⁵⁸; por su parte, MODERNE justifica que ciertas mutaciones contemporáneas se estén produciendo en la referida noción¹⁵⁹. Ahora bien, a pesar de tener puntos de partida distintos, ambos autores coinciden en que esto se ha debido a la búsqueda de una gestión más eficaz que implica adaptar las reglas de gestión a las nuevas demandas técnicas, económicas o políticas del momento (liberalización de la economía mundial); y, por la voluntad de ajustar los modos de gestión de los Servicios Públicos a los imperativos comunitarios es decir, a tomar más en cuenta las reglas de la competencia y de la competitividad insertas en el Derecho de la Unión Europea.

Según MODERNE, es necesario reparar en el hecho que todavía persisten las consideraciones nacionales que no se apoyan, ni sobre la preocupación de eficacia en la gestión, ni sobre la voluntad de abrirse a la competencia; “y, bien entendido, las demandas financieras o comúnmente públicas, pesarán mucho, llegado el caso, sobre el ritmo de las reformas emprendidas y ciertamente sobre la voluntad de emprenderlas”¹⁶⁰.

¹⁵³ MARCOU, G., “De l’idée de service public au service d’intérêt général”, en F. MODERNE, y G. MARCOU (éds.). *La idée de service public dans le droit des États de l’Union Européenne*. Editorial: L’Harmattan, París, 2001, pp. 365-366.

¹⁵⁴ WINCKLER, A., Ob. Cit., p. 22.

¹⁵⁵ WINCKLER, A., Ob. Cit., p. 23.

¹⁵⁶ OBERDOFF, H., Ob. Cit., p. 98.

¹⁵⁷ OBERDOFF, H., Loc. Cit., idem.

¹⁵⁸ VOISSET, M., “Le services publics en France”. “Le services publics en France”. En: A. MASSON – COLIN, *Europe, Concurrence et Service Public*, Ceep, París, 1995, p. 120.

¹⁵⁹ MODERNE, F., “Les mutations des services publics en droit français”..., Ob. Cit., p. 20. Para el autor, “ciertas de las mutaciones contemporáneas son justificadas por la necesidad de conformar las reglas de gestión con las nuevas demandas técnicas, económicas o políticas del momento”.

¹⁶⁰ MODERNE, F., “Les mutations des services publics en droit français”..., Loc. Cit., idem.

Ahora bien, son evidentemente los Servicios Públicos más próximos al mercado - aquellos de objeto industrial y comercial -, los que han conocido las evoluciones más profundas, y, los que se han conservado en Francia, porque el mercado único ha conducido hacia una armonización de las legislaciones y a una cierta homogenización de los modos de gestión de estos servicios, bajo pena de distorsionar la competencia¹⁶¹.

B. Las tensiones derivadas de la aplicación de las exigencias comunitarias

Desde un punto de vista dogmático, este proceso de mutación¹⁶² ha afectado directamente los principios esenciales de la noción de Servicio Público, lo que ha hecho necesario, frente a la extensión sin control de los principios de funcionamiento de los Servicios Públicos, su consolidación y modulación de acuerdo con las circunstancias, cometido este último de difícil consecución en el caso de los principios adyacentes¹⁶³ por su dispersión y débil coherencia.

De otro lado, se han identificado tensiones en los modos de gestión de los Servicios Públicos, donde la noción de red, que era desconocida por los juristas hasta una época reciente, ha interferido con la aproximación clásica del Servicio Público y le confiere una connotación específica, difícil, para traducir en términos jurídicos apropiados¹⁶⁴.

Las referidas tensiones han tenido, según MODERNE, de un lado, su manifestación en la fragmentación orgánica de la gestión de los Servicios Públicos debido principalmente al fenómeno de la privatización, el fenómeno de la descentralización y el fenómeno de la autonomización de las estructuras de gestión¹⁶⁵. De otro lado, se manifiestan también desde un punto de vista funcional en la disociación "que tiende a separar, al menos en la gestión, los Servicios Públicos "comerciales", el "Servicio Público" y la "gestión en monopolio"¹⁶⁶; y, en la disociación entre las funciones de regulación y las funciones de gestión, siendo una tendencia relevante en los

procesos de adecuación de los Servicios Públicos franceses contemporáneos¹⁶⁷.

Ahora bien, al aplicar directamente al derecho francés de Servicios Públicos la reglamentación comunitaria, respecto a lo que ha generado importantes movimientos es principalmente sobre tres elementos de este derecho: en primer lugar, sobre sus fuentes jurídicas; en segundo lugar, sobre sus fronteras y su campo de aplicación; y, en tercer lugar, sobre sus reglas de funcionamiento¹⁶⁸.

Tratándose de las fuentes jurídicas y de forma específica en aquellas del ámbito constitucional, con la adopción del Tratado de Maastricht en Francia fue necesaria la adecuación de la Constitución de 1958, que se efectuó a través de la revisión constitucional del 25 de junio de 1992 (Ley Constitucional N° 92-554); asimismo en el ámbito legislativo, reglamentario y jurisprudencial dichas fuentes del derecho de los servicios público han sido modificadas para la recepción de la normativa comunitaria en el derecho interno, sea porque ésta tiene un efecto directo, sea por armonización. A ese respecto, la jerarquía de las fuentes del derecho ha sido modificada y una suerte de colaboración se esboza en la elaboración del derecho, por acuerdo previo para la promulgación de normas nacionales, con las autoridades comunitarias.

Sobre la evolución de las fronteras y el campo de aplicación de los Servicios Públicos bajo la influencia de la normativa comunitaria de los servicios de interés económico general, el desarrollo de la normativa comunitaria ha mostrado que hay diferencias entre lo que Francia entiende por Servicio Público de carácter industrial y comercial y aquella noción de empresa a cargo de la gestión de servicios de interés económico general. Esto se deriva de que en la normativa comunitaria de actividades de Servicio Público, el respeto del principio de competencia es singularmente importante y ello es conforme con el objeto de los Tratados que, para establecer un mercado común, apuntan a eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios,

¹⁶¹ VOISSET, M., Loc. Cit., idem. Sobre este período de cambios el autor sostiene: "estamos actualmente en un momento bisagra en los cambios que afectan a estos servicios: los reglamentos antiguos o modificados, de forma pragmática, con sucesivas imprints, sector por sector, pero las nuevas reglas del juego, las nuevas fronteras, no están absolutamente dibujadas o claramente perfiladas. La coexistencia de reglas de diferente inspiración, en este período de dulce ruptura, no resulta siempre fácil".

¹⁶² Seguimos aquí el análisis de F. MODERNE, "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 23-24.

¹⁶³ El autor se refiere a los principios de neutralidad, participación y transparencia, entre otros.

¹⁶⁴ MODERNE, F., "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 25.

¹⁶⁵ Loc. Cit., idem.

¹⁶⁶ Ob. Cit., p. 27.

¹⁶⁷ Ob. Cit., p. 29.

¹⁶⁸ En este punto seguimos el trabajo de M. VOISSET, Ob. cit., pp. 123-128.

de los capitales y de las personas, estableciendo especialmente un régimen que asegure que la competencia no sea falseada.

En el caso de los servicios industriales y comerciales franceses, al ser gestionados directamente por los poderes públicos o a través de empresas públicas, disponer de un monopolio, de derechos exclusivos o especiales, se benefician frecuentemente de las finanzas públicas y son susceptibles de falsear la competencia. Por este motivo es que el artículo 37º del Tratado de Roma había previsto la reorganización progresiva de los monopolios nacionales que presenten un carácter comercial y especialmente las empresas públicas, a las cuales los convenios otorgan derechos especiales o exclusivos, de manera que estos derechos debían ser reorganizados o suprimidos, salvo si se trataba de empresas a cargo de la gestión de servicios de interés económico general (artículo 90º numeral 2 TUE), si las reglas de competencia fuesen un obstáculo para el cumplimiento de su particular misión.

Si bien estas reglas son de interrelación delicada y evolutiva, las mismas han introducido una gran novación en el derecho francés de los Servicios Públicos de carácter comercial e industrial. Han conducido al reordenamiento de las fronteras entre actividades que constituían las misiones particulares y que podían derogar aquellas reglas de competencia establecidas en la normativa comunitaria¹⁶⁹.

Las reglas de funcionamiento de los Servicios Públicos han tenido que modificarse al incorporar el Derecho francés de los Servicios Públicos a la normativa comunitaria; así, de un lado, se han reorganizado las reglas en materia de monopolios, de derechos exclusivos y especiales, y, de otro, se han vuelto más transparentes y se han clarificado cierto número de reglas tradicionales de funcionamiento de los Servicios Públicos de carácter industrial y comercial.

Finalmente, como en el resto de países de la Unión Europea, la aplicación de la normativa comunitaria ha tenido como efectos, la separación de funciones entre regulador y operador de los servicios - como

se señalaba en el *Rapport Public 1994* - y la aplicación de obligaciones de servicio universal que progresivamente van siendo diseñadas por el Derecho comunitario.

El acercamiento entre el derecho interno francés y el derecho comunitario sobre este terreno revela, según MODERNE, una convergencia de aproximaciones teóricas que permiten observar, a través de un análisis económico, que “la especificidad de los servicios reside más en su ejecución de carácter colectivo y en su financiación por el contribuyente, que en las relaciones que éstos mantienen con los usuarios”¹⁷⁰.

La aplicación de la legislación comunitaria ha traído consigo, como se hizo referencia en el apartado precedente, la noción de servicio universal, la misma que encuentra en una óptica de mercado, o si se prefiere, en lo que se denomina la lógica mercantil del consumo, la que establece, a su manera, la superioridad del mercado en la satisfacción de las necesidades de interés general, de manera que el operador a cargo del servicio universal no será necesariamente operador público y es susceptible de adaptarse asimismo a las demandas de los clientes y a que la delimitación de su perímetro, es operada para cada sector por enumeración precisa de las prestaciones debidas por los operadores¹⁷¹.

Lo que es cierto, conforme lo manifiesta el *Rapport Public 1994*, es que muchas de las consideraciones que están en la base de la noción del servicio universal (existencia de una misión de interés económico general, aplicación de los principios clásicos de igualdad o de continuidad, etc.), “se reencuentran *mutatis mutantis* en las reivindicaciones vinculadas con el sector público “a la francesa”¹⁷². Según MODERNE, en opinión que compartimos, lo dicho no será suficiente para sustituir el servicio universal con el *service public* francés, ya que este último tiene otras exigencias y responde a objetivos sensiblemente más diversificados¹⁷³.

Dentro de este nuevo contexto, en Francia, el Servicio Público aparece fuera del mercado como una forma de organización de los poderes públicos y

¹⁶⁹ VOISSET, M., Ob. Cit., p. 124.

¹⁷⁰ MODERNE, F., “Les transcriptions doctrinales de l’idée de *service public*”..., Ob. Cit., p. 32.

¹⁷¹ Loc. Cit., idem. Sobre el servicio universal, el autor sostiene que “se trata de por lo esencial de un servicio mínimo, en el cual las prestaciones serán determinadas sector por sector en función de las características del sector liberalizado, y en el cual se beneficia a todos los usuarios con una demora razonable y un precio aceptable”.

¹⁷² p. 34.

¹⁷³ Loc. Cit., idem.

luego, dentro del mercado en tanto que es un actor económico; así, esta doble naturaleza va a conducir a las instituciones europeas a situar un verdadero mercado de servicios especialmente en red¹⁷⁴.

A modo de conclusión, es necesario señalar que si bien es posible que, insertado en el nuevo contexto nacional y comunitario, el Servicio Público podrá ser un poco menos francés, ya que tendrá que trabajar, y esto es lo deseable, en el mantenimiento de la cohesión social, la cual es, no se olvide, uno de los pilares de la Europa comunitaria¹⁷⁵. Es de esta forma que éste se habrá vuelto más europeo¹⁷⁶.

VI. El *Service Public* y el sistema conceptual europeo

El Derecho Comunitario ha representado un factor de cambio en el sector de los Servicios Públicos al ser un componente esencial del Estado social (o del bienestar), y encontrarse en expansión buena parte del siglo pasado¹⁷⁷.

Como es conocido, uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea es el de la promoción, mediante la instauración de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la actuación de políticas de acción común, un crecimiento sostenible y anti inflacionista, un elevado nivel de producción social, el mejoramiento de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros¹⁷⁸.

Es sobre estas bases, que actualmente vienen operando una serie de transformaciones y han surgido una serie de corrientes que frente a algunos planteamientos radicales que niegan al Estado toda función interventora, postulan la búsqueda

de un punto de equilibrio estable entre el Estado y la Sociedad, entre el Estado y el mercado, lo que ha realizado sorprendentemente de nuevo el viejo concepto de Servicio Público¹⁷⁹. Lo que resulta notorio en este contexto es que el Derecho comunitario ha establecido su propio sistema conceptual, en el que es posible identificar los servicios de interés general, los servicios de interés económico general, las obligaciones de Servicio Público y el servicio universal.

1. Los servicios de interés general

En palabras de MALARET, "los servicios de interés general representan un factor esencial del modelo europeo de sociedad"¹⁸⁰, y esta idea de centralidad, según la autora, se encuentra presente en todos los sistemas jurídicos de la Unión, "a pesar de que también por sus distintas tradiciones constitucionales sean profundas las divergencias en relación a las ordenaciones institucionales, a las concepciones y a las teorías jurídicas, a las relaciones Estado sociedad, a la distribución de obligaciones entre Administración y mercado, a las culturas jurídicas, a las formas de intervención pública"¹⁸¹.

Para la Comisión, los servicios de interés general son "actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones de Servicio Público"¹⁸². Asimismo, a través de la Comunicación de 1996 señala que "estos servicios responden, en efecto a necesidades fundamentales"¹⁸³, que son sus "principios esenciales de funcionamiento: continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia"¹⁸⁴; y, se concluye expresando: "en el núcleo de las consideraciones figura el interés del ciudadano, cuyo ejercicio exige en nuestras

¹⁷⁴ MESCHERIAKOFF, A.S., Ob. Cit., p. 69.

¹⁷⁵ Seguimos el planteamiento de F. MODERNE, "Les mutations des services publics en droit français"..., Ob. Cit., p. 31.

¹⁷⁶ MODERNE, F., "Les mutations des services publics en droit français"..., Loc. Cit., idem.

¹⁷⁷ CLARICH, M., "Servizi Pubblici e diritto europeo della concorrenza: L'esperienza italiana e tedesca a confronto", *Rivista Trimestrale di diritto publico*, fasc. 1, 2003, p. 91.

¹⁷⁸ LUCIA, L. de, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*. Editorial: Giappichelli, Torino, 2002, p. 49.

¹⁷⁹ MARTIN REBOLLO, L., Ob. Cit., p. 627. Respecto del proceso que se está desarrollando, en palabras del autor: "Se trata de una cuestión por lo demás apasionante y, en estos momentos (...) en pleno proceso de evolución, cuyas consecuencias últimas no se vislumbran aún completamente en el mundo de acelerados cambios que vivimos. Se trata, en efecto, de una cuestión de plena actualidad que conecta directamente con las transformaciones de los últimos años, con el auge de las privatizaciones, la liberalización económica, la globalización, el nuevo papel del Estado y, por lo que hace a la Europa comunitaria, la incidencia de un Derecho nuevo, el Derecho Comunitario como Derecho supranacional que superpone al de los Estados que integran la Unión y que, poco a poco se abre paso planteando nuevos interrogantes y apuntando renovadas perspectivas de evolución en el futuro inmediato" (p. 628).

¹⁸⁰ MALARET, E., Ob. Cit., p. 579. Esta es precisamente la idea con la que se inicia la última Comunicación de la Comisión sobre *Servicios de Interés General*, COM 2001/C 17/04.

¹⁸¹ Loc. Cit., idem.

¹⁸² Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, p. 2.

¹⁸³ Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 6, p. 3.

¹⁸⁴ Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 7, p. 3.

sociedades la garantía de acceso a servicios esenciales y la persecución de objetivos prioritarios. Los servicios de interés general están de esta forma al servicio del conjunto de la sociedad y por lo tanto, de todos los ciudadanos (...)”¹⁸⁵.

De otro lado, el Libro Verde señala que los servicios de interés general “constituyen una realidad compleja y en constante evolución”¹⁸⁶ que “abarca un amplio espectro de actividades de diverso tipo – desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales -, de dimensiones diversas - unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local -, y de diferente naturaleza - sometidas o no a la disciplina del mercado”¹⁸⁷. “La forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo en su desarrollo tecnológico”¹⁸⁸.

El Libro Blanco de los servicios de interés general, ha seguido la pauta de la definición de tales servicios, estableciendo que si bien la expresión no ha sido incluida en el TUE y que su origen deriva de la expresión “servicios de interés económico general”, debe ser entendido en un sentido más amplio que éste último, ya que “abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina del mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de Servicio Público”¹⁸⁹.

Sobre la base de lo señalado, consideramos que son *servicios de interés general* aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios de mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general - por lo que deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia -, y que por ello están sometidas a obligaciones de Servicio Público en atención a razones diversas que plasman valores

colectivos comúnmente asumidos: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar¹⁹⁰.

Lo que debe destacarse es que los servicios de interés general no pueden equipararse con aquellas actividades reglamentadas o sometidas a control o supervisión administrativa. Como sostiene MALARET, se trata de servicios que suministran prestaciones a la colectividad, “a la colectividad contemplada en su conjunto o de manera individualizada a los ciudadanos como miembros de la comunidad, y de esta prestación deriva un incremento del bienestar colectivo, generan una mayor cohesión social”¹⁹¹.

Esto último explicaría, en palabras de MALARET, el por qué los poderes públicos asumen unas funciones especiales en relación a estas tareas, no dejándolas al albur del mercado, sino que determinan el qué, quién y cómo y con cargo a qué fondos deben realizarse determinadas misiones de interés general¹⁹².

Respecto a la relación entre la noción de servicio de interés general y la noción de Servicio Público, MARCOU sostiene que el proceso europeo ha conducido a formar una noción comunitaria de Servicio Público bajo la denominación de servicio de interés general, y su elaboración parece asociada a la constitución de la Unión Europea como una nueva colectividad política, sin embargo, “esta noción difiere de aquella del Derecho Administrativo francés moderno, aunque también ha sido la heredera, a causa del estatuto reconocido a las libertades económicas por el Tratado; se introduce en las relaciones comerciales antes que en la interdependencia social”¹⁹³.

Por su parte, MONTI considera que tanto “en el Tratado como también en la política comunitaria, es reconocida la exigencia de templar el funcionamiento de la economía de mercado para la persecución de objetivos de solidaridad y de igualdad de trato, en esa medida, los servicios

¹⁸⁵ Al respecto, *vid.* la COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996, numeral 8, p. 3.

¹⁸⁶ Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, p. 6.

¹⁸⁷ Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Loc. Cit., *ídem*.

¹⁸⁸ Al respecto, *vid.* la COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, Loc. Cit., *ídem*.

¹⁸⁹ Al respecto, *vid.*, la COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2003, p. 24.

¹⁹⁰ Sobre este tema *vid.* las definiciones propuestas por L. MARTIN REBOLLO, *Ob. Cit.*, p. 640 y J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *Ob. Cit.*, pp. 2798-2799. *Vid.* también la caracterización que hace de los servicios de interés general LUCIA, L. de, *Ob. Cit.*, p. 51

¹⁹¹ MALARET, E., “Servicio Público, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades la esfera local?...”, *Loc. Cit.*, *ídem*.

¹⁹² *Loc. Cit.*, *ídem*.

¹⁹³ MARCOU, G., *Ob. Cit.*, pp. 375-376.

de interés general responden a esta exigencia de ofrecer una contribución esencial a la cohesión económica y social de nuestra sociedad”¹⁹⁴.

Asimismo, complementando el planteamiento de MARCOU, convenimos con MONTI en que “los criterios a los cuales responde la prestación de servicios de interés general son criterios inherentes al Servicio Público: satisfacción de las necesidades comunes, protección del medio ambiente y del territorio, cohesión económica y social, protección de los consumidores”¹⁹⁵; y de que “sobre el plano funcional eso se manifiesta en el respeto de los criterios de continuidad, de libertad y de igualdad de acceso a la prestación y a la universalidad de esta última”¹⁹⁶.

B. Los servicios de interés económico general

Previo a realizar un desarrollo más amplio del significado de los servicios de interés económico general en el que pueda destacarse su importancia¹⁹⁷, una definición que consideramos apropiada para caracterizarlos es la que sostiene SORACE, para quien, por servicio de interés económico general “puede entenderse todos los servicios susceptibles de disfrute económico en el sentido de los servicios que pueden ser producidos y distribuidos en el mercado para así obtener un beneficio y que por tanto puede ser objeto de negocio”¹⁹⁸.

Como ha afirmado SCHIRATO, es importante resaltar que la construcción de la noción de servicios de interés económico general en el derecho comunitario deriva de un complejo desafío, ya que al regular las actividades económicas desarrolladas en cada uno de los países miembros, fue necesario encontrar una fórmula que se aplicase a todas las realidades jurídicas los países miembros, formadas a partir de institutos jurídicos distintos, razón por la cual, se creó una noción con carácter neutro y supranacional que no se confundiese ni con los *service public* la francesa, ni con el *Daseinvorsorge* del derecho alemán, ni con las *public utilities* del derecho anglosajón¹⁹⁹.

De acuerdo con lo señalado los servicios de interés económico general constituyen un subconjunto de los servicios de interés general, y comprenden únicamente la actividad de carácter económico prestada a título oneroso y que los poderes públicos se ocupan de promover en pro del interés general.

Por otro lado, es necesario referir que la Comisión europea ha caracterizado y definido de forma general los servicios de interés económico general, en los distintos documentos que ha producido sobre esta materia. En el caso de las Comunicaciones de 1996 y 2000:

COM 96(443) final:

“Mencionados en el Tratado en el artículo 90, designan las actividades de servicio *comercial* que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de Servicio Público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación”.

COM (2000) 580 final:

“14. Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. Esto no quiere decir que en muchos casos el mercado no sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios (...).”

El Libro Verde de 2003, define los servicios de interés económico general de la siguiente manera:

“17. La expresión “servicios de interés económico general”, utilizada en el artículo 16° y en el apartado 2 del artículo 86° del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con

¹⁹⁴ MONTI, M., “Libéralisation des services publiques et croissance économique dans l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, N° 2, 2000, p. 249.

¹⁹⁵ MONTI, M., Loc. Cit., idem.

¹⁹⁶ MONTI, M., Loc. Cit., idem.

¹⁹⁷ Conforme lo refiere E. MOAVERO MILANESI, Ob. Cit., p. 122; “El Consejo europeo ha subrayado recientemente la importancia de esta noción con respecto del equilibrio entre las diferentes disposiciones del sistema reglamentario comunitario. El punto 19 de las conclusiones de la Cumbre de Lisboa (de 23 y el 24 de marzo de 2000), declara que “el Consejo europeo estima que es esencial, en el marco del mercado interior y una economía del conocimiento, de tener en cuenta plenamente las disposiciones del Tratado relativo a los servicios de interés económico general y a las empresas encargadas de la gestión de estos servicios. Invita la Comisión a poner puesto al día su comunicación de 1996, obligada cuenta de las disposiciones del Tratado”.

¹⁹⁸ SORACE, D. *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*. Editorial: Il Mulino, Milano, Segunda edición, 2002, p. 114.

¹⁹⁹ SCHIRATO RHEIN, Vitor. Ob. Cit., pp. 164-165.

este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades sometidas también a obligaciones de Servicio Público”.

“49. Probablemente no sea ni posible ni conveniente acuñar una definición europea única y global del contenido de los servicios de interés general. La legislación comunitaria vigente en materia de servicios de interés económico general contiene sin embargo una serie de elementos comunes que podrían servir de base para la definición de un concepto comunitario de estos servicios. Entre estos elementos destacan los siguientes: servicio universal, continuidad, calidad de servicio, asequibilidad, y protección de los usuarios y los consumidores. Todos ellos remiten a valores y objetivos comunitarios. Han sido incorporados como obligaciones en las legislaciones respectivas y tienen como objeto garantizar objetivos tales como la eficacia económica, la cohesión social o territorial y la protección y la seguridad de todos los ciudadanos. Pueden ser completados asimismo por obligaciones más específicas en función de las características del sector de que se trate. Aunque han sido desarrollados para ciertas industrias de redes, podrían resultar asimismo pertinentes para los servicios sociales”.

Finalmente Libro Blanco de 2004, define los servicios de interés económico general de la siguiente manera²⁰⁰:

“La expresión “servicios de interés económico general” utilizada en el artículo 16º y en el apartado 2 del artículo 86º del Tratado no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria se suele designar con

éste término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de Servicio Público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran en este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones (...)”.

C. El servicio universal

De forma general puede señalarse que el servicio de interés económico general “contiene” a su vez al *servicio universal*, que consiste en un conjunto mínimo de servicios de buena calidad, que debe ser prestado en cualquier Estado miembro a un precio accesible a todos los usuarios, independientemente de la localización geográfica.

La noción de servicio universal tiene un origen reciente y las razones de ello pueden encontrarse principalmente en la lenta realización del proceso de liberalización y en la falta de certeza en que se encontraba la política comunitaria cuando se trato de afirmar un régimen jurídico que garantice los principios de igualdad y de solidaridad en los cuales declara inspirarse la Comunidad²⁰¹.

Ahora bien, si queremos explicar este origen y el contenido del servicio universal²⁰² podemos partir de que al haber sido individualizadas como interés público la satisfacción de algunas necesidades de todos los ciudadanos o de una determinada categoría, puede suceder que la misma no esté asegurada por la existente actividad económica privada libremente ejercida²⁰³.

De producirse esta situación puede ser impuesta a la empresa que ejerce tal medidas regulatorias específicas dirigidas a asegurar la deseada satisfacción del interés público, o, de otro lado, “cuando la calidad de las prestaciones vienen específicamente reguladas; así como, las correspondientes demandas de los usuarios (que deben ser de una magnitud tal que sean soportables por los consumidores), se configurará aquello que – con terminología proveniente de los

²⁰⁰ Al respecto, *vid.*, la COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2003, p. 24.

²⁰¹ CARTEI, G. F., *Il servizio universale*. Editorial: Giuffrè, Milano, 2002, p. 142. Al respecto, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, Ob. cit., p. 1138; señala que el servicio universal es “una noción empleada en el marco de los procesos de liberalización, como complemento de los mismos, para garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores”.

²⁰² Para lo cual nos valemos de la explicación que hace D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Ob. Cit., pp. 117-118.

²⁰³ Hipótesis esta última a la que los economistas describen señalando que el mercado se muestra incapaz de satisfacer las necesidades sociales y hablan por lo tanto de fallos de mercado.

Estados Unidos de América, hecha propia por el Derecho comunitario – viene a definir, para algunos sectores, el contenido del servicio universal²⁰⁴.

Esto quiere decir, que si se produce la *despublificación* de una determinada actividad no puede dar lugar a que los colectivos de la población más débiles, o menos rentables para quienes son los operadores, dejen de recibir aquellas prestaciones que en un momento determinado son consideradas ineludibles para desarrollar una vida humana en condiciones adecuadas; siendo esto así, la universalidad en la prestación vendrá a ser esa exigencia que puede imponerse a los operadores de las actividades liberalizadas, como un medio para garantizar su extensión a la generalidad, en condiciones asequibles²⁰⁵.

En el ordenamiento comunitario, observaremos que a nivel de los Tratados falta el reconocimiento de la universalidad. Ni se le alude en el Tratado Constitutivo de 1957, ni en la antes referida Acta Única Europea de 1986, ni tampoco en el propio tratado sobre la Unión Europea de 1992. También, se omite en el Tratado de Ámsterdam de 1997, que, como lo señalamos anteriormente, reconoce el rol de los servicios de interés económico general en la promoción de la cohesión social y territorial.

La elaboración de la noción, por lo tanto, ha sido desarrollada en el ámbito de interpretación de la norma del artículo 86º del TUE y “solo sucesivamente, cuando el respeto de los principios de libre circulación y de competencia, obtuvieron reconocimiento, ha comenzado a delinarse la necesidad de recurrir a una noción que salvaguardase la tutela de los intereses no económicos”²⁰⁶.

Ahora bien, es con la citada Comunicación de la Comisión de 1996 (sobre los Servicios de interés general en Europa) que se define el servicio universal, como:

“Un conjunto de exigencias de interés general a las que debería someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de

*correos por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible”*²⁰⁷.

Por su parte, la Comunicación del año 2000, cuando hace una caracterización de lo que es la misión de los servicios de interés general, alude al servicio universal de la siguiente manera:

“10. Las necesidades de los usuarios deberían definirse ampliamente. Es evidente que las de los consumidores desempeña un papel importante. Para los consumidores, una garantía de acceso universal, gran calidad y asequibilidad constituye la base de sus necesidades. Las empresas, y en especial las pequeñas y medianas, son también usuarios importantes de los servicios de interés general, cuyas necesidades deben cubrirse. Los intereses de los ciudadanos tienen también un carácter más amplio, tal como:

- alto nivel de protección del medio ambiente;
- necesidades específicas de ciertas categorías de la población, tal como las personas discapacitadas y los ciudadanos con ingresos reducidos;
- cobertura territorial completa de servicios esenciales en áreas alejadas o inaccesibles”²⁰⁸.

En otra sección de la Comunicación del 2000, establece los objetivos del servicio universal:

“39. El servicio universal, en especial la definición de obligaciones específicas de servicio universal es un complemento clave de la liberalización del mercado del sector de servicios tales como las telecomunicaciones en la Unión Europea. La definición y garantía del servicio universal vela por que la accesibilidad y calidad continúa de servicios establecidos se mantenga para todos los usuarios y consumidores durante el proceso de transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertamente competitivos. El servicio universal en un entorno de mercados

²⁰⁴ SORACE, D. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Loc. Cit., ídem.

²⁰⁵ LAGUNA DE PAZ, J. C., pp. 1420-1421. Vid. en esta misma línea lo sostenido por A. TRONCOSO REIGADA, “Dogmática administrativa y Derecho constitucional: El caso del Servicio Público”..., Ob. Cit., p. 125; J. M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración...*, Ob. Cit., p. 300. Es interesante incluir también la consideración que formula respecto del Servicio Público en el ámbito comunitario L. DE LUCIA, Ob. Cit., p. 56, en el sentido que: “hay que observar que el planteamiento comunitario representa en forma concreta la única técnica idónea para conjugar la organización en forma competencial de los mercados de los servicios de interés general (y por eso su mayor eficiencia económica) con las exigencias sociales de las colectividades nacionales”.

²⁰⁶ CARTEI, G. F., Ob. Cit., p. 143.

²⁰⁷ Al respecto, vid. la COM (96)443 final, de 11 de septiembre de 1996, p. 2.

²⁰⁸ Al respecto, vid. la COM (2000)580 final, de 20 de septiembre de 2000, p. 7.

de telecomunicaciones abiertos y competitivos se define como el grupo mínimo de servicios de determinada calidad a la cual todos los usuarios y consumidores tienen acceso a un precio asequible, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas. Estas disposiciones constituyen el punto de partida para introducir mejoras, a través de la competencia, en la calidad y el precio de servicio²⁰⁹.

Finalmente, el Libro Verde sobre los servicios de interés general, realiza una caracterización más completa del servicio universal:

"50. El concepto de servicio universal designa un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad específica, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible (...).

51. El concepto de servicio universal tiene carácter dinámico, lo que permite garantizar que los requisitos de interés general tienen en cuenta la evolución política, social, económica y tecnológica y, en su caso, se adaptan regularmente a las necesidades cambiantes de los ciudadanos.

52. Se trata además de un concepto flexible, plenamente compatible con el principio de subsidiariedad. Cuando los principios fundamentales de servicios universal se definen a escala comunitaria, su aplicación puede encomendarse a los Estados miembros, lo que permite tener en cuenta tradiciones diferentes y circunstancias nacionales o regionales específicas (...)"²¹⁰.

La aproximación de los documentos de la Comisión citados contribuye a una caracterización general

del servicio universal, pero donde ha habido un mayor desarrollo de la noción de servicio universal, es en el sector de las telecomunicaciones²¹¹ - en cuyo estudio profundizaremos más adelante - y también en el sector postal.

A modo de síntesis²¹² de los documentos de la Comisión, de lo que se trata con este concepto comunitario, es de asegurar los servicios para todos los usuarios en función de las condiciones nacionales específicas, garantizando la prestación de servicios que se consideran de interés público y que pueden no ser de interés económico para el operador. Estamos hablando de servicios que los ciudadanos deben de usar a precios razonables y con una calidad garantizada como un derecho, aunque no en todas partes sean servicios rentables; dichos servicios son considerados básicos y en cada momento han de poder cambiarse y eventualmente ampliarse.

Estos servicios, tienen como fundamento a los principios de igualdad, universalidad, transparencia, control, adaptación tecnológica, lo que, eventualmente, puede conllevar a que el servicio deba ser cofinanciado por todos los operadores del sector²¹³.

Algunas de las cuestiones esenciales de lo hasta aquí visto del servicio universal²¹⁴ pueden agruparse en cuatro rubros: el primero, tiene que ver con el contenido mismo del servicio universal, y su carácter potencialmente evolutivo; el segundo, que interesa es la concerniente al control efectivo de las autoridades (nacionales y comunitarias) a cargo de determinar el contenido del servicio universal y de las obligaciones que están vinculadas; el tercero, tiene que ver con las condiciones de acceso desde el punto de vista del operador; finalmente, el cuarto rubro es el no menos importante cuestión del financiamiento del servicio universal.

De otro lado, debe precisarse que las obligaciones de servicio universal definidas en el Derecho

²⁰⁹ Al respecto, *vid.* la COM (2000)580 final, de 20 de septiembre de 2000, p. 17.

²¹⁰ Al respecto, *vid.* la COM (2003)270 final, de 21 de mayo de 2003, pp. 17 - 18.

²¹¹ Así, coincidimos con M. CLARICH. "Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi", *Diritto Pubblico*. 1988, p. 183; cuando sostiene que: "La definición quizás más nítida de servicio universal, retomada en varias directivas, recomendaciones y otros documentos de estudio elaborados en sede comunitaria, es contenida, por último, en la Directiva 97/33/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 30 de junio de 1997 "sobre la interconexión en el sector de las telecomunicaciones y finalizada principios de suministro de una red abierta, (ONP)". Esta norma define como servicio universal "un conjunto mínimo definido de servicios de determinada calidad disponible a todos los usuarios a prescindir de su ubicación geográfica y, obligada cuenta de las condiciones nacionales específicas, a un precio accesible", (artículo 2.1, g)".

²¹² Al respecto, seguimos las consideraciones L. MARTÍN REBOLLO, "Sociedad, economía y estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo Servicio Público)"..., *Ob. cit.*, p. 641.

²¹³ *Vid.* en la misma línea lo sostenido por M. CLARICH, "Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi"..., *Ob. Cit.*, p. 184.

²¹⁴ En este punto seguimos las consideraciones de Y. POULLET y F. van der MENSBRUGGHE, "Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications", en L. GRARD, J. VANDAMME, F. van der MENSBRUGGHE, *Vers un service public européen*, Ed. Aspe, París 1996, pp. 347-348.

Comunitario representan una suerte de mínimo común denominador, respecto del cual, cualquier Estado miembro es libre de añadir ulteriores elementos que sean coherentes con la específica concesión de los servicios de interés general, siempre con la condición de que los instrumentos utilizados estén de acuerdo con el derecho comunitario²¹⁵.

Si bien la caracterización del servicio universal como un servicio mínimo está, ciertamente ligada a su consideración como servicio no rentable para los operadores privados, el criterio del carácter rentable o no del servicio universal no es ningún criterio jurídico para determinar su extensión. Así, consideramos que el servicio universal solo puede referirse a un determinado estándar o nivel de prestación que, con independencia de su rentabilidad, consideren los poderes públicos, que por su carácter esencial o por su interés general, debe ser garantizado a todos los ciudadanos²¹⁶.

Dentro de esta línea, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ sostiene que el servicio universal "es aquel tipo de servicio en el que debe garantizarse - precisamente por su esencialidad - que llegue a todos o que todos puedan usarlo, y obviamente con una calidad y a un precio que permita precisamente a todos ese uso efectivo y bajo básicas condiciones de igualdad"²¹⁷.

Respecto a su naturaleza, al expresar el servicio universal el derecho de cualquier ciudadano a una prestación positiva, según cierta modalidad y determinado contenido, y asumir la forma de instrumento de carácter público puesto a la tutela de los valores de la colectividad, aparece haciendo referencia a la categoría de derecho social²¹⁸.

En lo que respecta a la relación que puede establecerse entre la noción de Servicio Público y la de servicio universal, como premisa puede

señalarse que la afinidad entre la tradicional disciplina del Servicio Público y el régimen del servicio universal no nos lleva a concluir que este último puede ser útil integralmente a la categoría tradicional; pero lo que sí es posible sostener es que, en determinados aspectos, la noción de servicio universal refuerza y concreta la noción de Servicio Público²¹⁹.

Al respecto, RANGONE sostiene que la universalidad de la prestación puede ser definida como un objetivo social impuesto en el ámbito del traslado del régimen especial del Servicio Público a la disciplina del Derecho Común, lo quiere decir, en palabras de la citada autora, que "el servicio universal se distingue del Servicio Público en primer lugar por el diferente contexto en que encuentra origen (el servicio universal puede tolerar, pero no coincide con una gestión reservada); en segundo lugar, por el contenido: no solo el servicio tiene que ser informado por los principios de continuidad, igualdad de trato y adaptación a las necesidades típicas del Servicio Público, sino que también tiene que ser ofrecido a tarifas accesibles, aunque en condiciones no rentables"²²⁰. En tercer lugar, "la obligación de prestación, típica del Servicio Público, se enriquece de una obligación de predisposición, vale decir de un vínculo a la regulación y donde sea necesario, a la institución geográfica y a las franjas horario, a un precio accesible a los ciudadanos"²²¹.

A pesar de las diferencias, sin duda alguna es compartible la tesis según la cual la noción de servicio universal no tendría una dimensión conceptual y prescriptiva autónoma ya que constituye, en cambio, un afinamiento de la noción de Servicio Público, desde el momento en que estará orientada a focalizar la atención del regulador sobre algunos elementos ya reunidos, aunque no siempre adecuadamente explicitados en el concepto tradicional del Servicio Público²²². Es decir, la noción

²¹⁵ CLARICH, M., "Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi"..., Loc. Cit., ídem. En este sentido, J. L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, "Servicio Público e intervención pública...", Ob. Cit., p. 608; considera que no hay un motivo fundado para que se reduzca el alcance del servicio universal a un nivel de mínimos, o si se quiere, a un servicio mínimo, "pues ello no tendría en cuenta, precisamente, su necesaria adaptación al progreso de las tecnologías y lo reduciría, como se denunciaba en el citado *Rapport* del Consejo de Estado francés, a una simple estrategia de tipo asistencial".

²¹⁶ Seguimos el planteamiento de J. L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, "Servicio Público e intervención pública...", Loc. cit., ídem. En la misma línea, *vid.* lo sostenido por G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico...*, Ob. Cit., p. 624.

²¹⁷ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., "Servicio Público, servicio universal y "obligación de Servicio Público" en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos"..., Ob. Cit., pp. 46-47.

²¹⁸ CARTEL, G. F., Ob. cit., p. 252.

²¹⁹ Hemos hecho una variante a la tesis que sostiene E. MALARET, "Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos...", Ob. cit., p. 84; ya que consideramos que si bien el servicio universal es una vía de concreción de los principios que fundamentan la noción de Servicio Público, la misma, dentro del contexto comunitario ha tenido que adaptarse a nuevos principios y a la aplicación de las normas de competencia en un entorno económico.

²²⁰ RANGONE, N., *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., p. 21-22.

²²¹ Loc. Cit., ídem.

²²² Este es un planteamiento compartido por M. CLARICH, "Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi"..., Ob. Cit., p. 195; G. F. CARTEL, Ob. Cit., p. 277 y N. RANGONE, *I servizi pubblici...*, Ob. Cit., p. 322.

de servicio universal obliga al regulador a explicar una serie de cuestiones a las cuales no se dedicaba en el pasado atención suficiente²²³.

D. Las obligaciones de Servicio Público

Si bien es cierto determinadas actividades no se han calificado como Servicios Públicos, la noción se ha extendido hacia algunas tareas, misiones, u obligaciones, acuñándose de esta forma la noción de obligaciones de Servicio Público, íntimamente vinculada con la del servicio universal ya que comparte su naturaleza ablatoria²²⁴.

Esto ha hecho que en el ámbito comunitario tenga que diferenciarse el carácter que tienen determinadas prestaciones, precisándose “cuáles son las obligaciones o cargas de Servicio Público, esto es de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, cuyo cumplimiento vienen incorporados los operadores que actúen en él”²²⁵.

Según MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, estas obligaciones se denominan “de Servicio Público”, porque la mayoría de ellas se destinan directa o indirectamente a satisfacer necesidades públicas o colectivas de grupos que carecen de la capacidad o de la posibilidad de retribuir con sus propios medios las prestaciones de que se trate²²⁶.

Es claro que la forma en que han sido denominadas estas obligaciones no supone que tengan que establecerse en el marco del Servicio Público estricto sensu; sin embargo; a nuestro parecer, su existencia tiene su fundamento en los elementos que componen dicha noción. En contra, FERNANDEZ, considera que este tipo de obligaciones a las que denomina como “obligaciones especiales” y que, como sabemos, les son impuestas a los operadores de los servicios de interés económico general, “tienen el mérito de demostrar que el Servicio Público propiamente dicho no es la única respuesta para satisfacer las necesidades individuales y colectivas de nuestra sociedad”²²⁷.

Si bien no convenimos con este último planteamiento, ya que las ideas matrices de la noción del Servicio Público subyacen de forma independiente al proceso de transformaciones operados en la Unión Europea y de las nuevas formas que se han establecido, precisamente por esta razón es que estamos de acuerdo con la citada autora en que la principal aportación de esta figura en el ámbito de comunitario es que se impide que los procesos de liberalización de Servicios Públicos estén asociados con el abandono de ciertos cometidos sociales irrenunciables, o a lo que puede ser una simple desregulación que implique la aparición de prácticas comerciales destinadas a excluir todo tipo de concurrencia²²⁸.

²²³ M. CLARICH, “Servizio pubblico e servizio universale: Evoluzione normativa e profili ricostruttivi”..., Ob. Cit., p. 198. Lo dicho es concordante con lo señalado por E. MALARET, “Servicios Públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos...”, Loc. Cit., ídem; respecto del servicio universal: “En efecto, se trata de una actividad esencial sometida a un régimen jurídico particular que puede caracterizarse de acuerdo con los principios de universalidad, igualdad, continuidad y calidad. Como puede apreciarse la calidad se incorpora al tríptico clásico. Es precisamente éste el reto actual puesto que la pluralidad de situaciones culturales y sociales presentes en nuestras sociedades introduce, precisamente vinculada a la exigencia de calidad, una demanda de diversidad en las prestaciones que, en mi opinión, constituye el desafío más severo al Estado social que conocemos; heterogeneidad en las prestaciones e introducción de condiciones económicas distintas obligarán a replantearse el alcance del principio de igualdad constitucional y a profundizar sobre el significado de la equidad (artículos 9º numeral 3 y 14º CE)”. En el mismo sentido L. MIGUEZ MACHO, Ob. Cit., p. 101; señala que “un adecuado desarrollo de la categoría de servicio universal podría poner fin a la ya mencionada indiferencia del Derecho comunitario frente a las exigencias sociales de garantía prestacional a las que atiende la técnica del Servicio Público en nuestro ambiente jurídico”.

²²⁴ La naturaleza ablatoria está referida a que ya que este tipo de obligaciones no pueden establecerse o imponerse sin una justa contraprestación económica. Sobre este tema, vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera Edición. Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 2002, p. 279 y ss.; y, M. Y. FERNANDEZ GARCIA. “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”. En: *Revista de Administración Pública* N° 163, Enero – abril, 2004, p. 133.

²²⁵ ARIÑO, Gaspar. Ob. Cit., p. 625. Con respecto a la exigencia de diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte); en el correo, el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente); en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte de alta tensión por red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor ni el suministro a grandes consumidores), etc. (...). ”

²²⁶ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., “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)”..., Ob. Cit., p. 2812.

²²⁷ FERNANDEZ GARCIA, M. Y., “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”..., Ob. Cit., p. 131. Sobre este aspecto, vid. J. L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, “La regulación económica en España”..., Ob. Cit. p. 294; y J. C. LAGUNA DE PAZ, “Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 88, Octubre-diciembre 1995, p. 506.

²²⁸ FERNANDEZ GARCIA, M. Y., Loc. Cit., ídem.

arbitraje y contratación pública

&

defensa ante OEFA y OSINERGMIN



estudio
PEÑA PERRET
a b o g a d o s
11 años



Av. Camino Real N° 479 Int. 702, San Isidro

: (51-1) 440 7080 F: (51-1) 421 6823

· www.estudiopenaperret.com

· pena@estudiopenaperret.com

Contáctenos y suscríbese a nuestro
FLASH LEGAL especializado.

El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador

José Aróstegui Hirano*

SUMILLA

En este artículo se desarrolla la relación que existe entre un Servicio Público con la calidad, y continuidad del servicio, así como la función que cumple el Regulador entre el usuario y el operador. Primero, se establece una diferenciación de servicios y la importancia de la calidad de los mismos; luego, se define calidad y se expone el derecho a un servicio de calidad; a continuación, se detallan las obligaciones de los operadores (prestadores de servicio) y los usuarios (destinatarios del servicio). Finalmente, explica sobre la continuidad de los servicios, es decir, el tiempo en que se prestan los servicios y la responsabilidad del proveedor ante algún incumplimiento.

I. Calidad del Servicio Público

1. De la naturaleza del servicio y la importancia de la calidad: enmarcando el concepto de calidad en los servicios

El proceso de liberalización aplicado al Perú supuso la división de los Servicios Públicos en dos grupos que la doctrina española¹ ha distinguido como Servicios Públicos liberalizados y aquellos que se han mantenido bajo titularidad pública en razón de un factor estructural que explicaremos más adelante.

Y es que, la naturaleza del servicio se constituye como un elemento determinante para definir los rasgos propios del usuario y los marcos de protección que se fijan a favor de éste.

Por otro lado, es necesario percibir las características y distinciones que cada Servicio Público posee, ya que ello determinará los niveles de exigencia que algunos elementos en torno al servicio poseen, como la calidad y continuidad, y su relación con el contenido del derecho a recibir el servicio.

En el caso particular del servicio de agua potable, éste posee características propias que "(...) influyen de modo decisivo sobre los alicientes: la dinámica del cambio tecnológico, la función de producción multiproducto y la integración vertical. [Así] la dinámica del cambio tecnológico [no] le resta importancia a los activos específicos (...) del agua, que no está sujeta a grandes cambios tecnológicos. En las telecomunicaciones, una compañía puede ofrecer diversos servicios si recurre a las economías de ámbito, pero eso no puede ocurrir en el caso del agua porque la red de distribución de ésta no permite distribuir ninguna otra cosa del mismo modo, la integración vertical le es común a los sistemas de distribución de agua y recolección de basura, debido a la índole del suministro del insumo básico; solo puede haber competencia si se comparan los distintos distritos (...)”².

Por lo antes expuesto, debemos señalar que la naturaleza del recurso, así como las características económicas de su mercado, es decir "(...) tecnología basada en inversión específica, características de un monopolio natural y productos

* Abogado por la Universidad de Lima y Máster en Gestión de Análisis y Políticas Públicas por la Universidad Carlos III de Madrid. Se ha desempeñado como Gerente General del Congreso de la República, Gerente de Asesoría Jurídica y Gerente General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS. Además, fue Superintendente Nacional de los Registros Públicos – SUNARP y miembro de la Comisión de Especialistas para la Eficiencia, Eficacia y Probidad del Ministerio de Justicia. Es Socio Fundador de Aniya, Arostegui, La Puente, Kohatsu & Asociados.

¹ ESTEVE PARDO, José. Fundamentos e instituciones de la regulación. Tomo I. Iustel, Madrid, 2009, pp. 831-836.

² SPILLER, Pablo T. y SAVEDOFF, William. Agua perdida. Santiago de Chile, BID. 2000, pp. 103 y 104

³ Loc. cit.

consumidos masivamente con demanda poco flexible (...)”³; resultan centrales para comprender los factores normativos y técnicos adecuados para su regulación.

Pero es relevante tomar en cuenta una consideración adicional: la Organización de las Naciones Unidas ha tenido un pronunciamiento directo respecto del agua potable y el derecho de poder acceder a el bajo ciertas condiciones; así “(...) Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (...) [y] Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de asistencia y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos para proporcionar a toda la población un acceso al agua potable y saneamiento”⁴.

Es por ello que, ante el status que dicho derecho tiene y su ejercicio mediante el acceso al servicio público al agua, los elementos como la calidad resultan determinantes pues existen detrás elementos de dignidad, salud y desarrollo que, implícitos, conforman los pilares del derecho.

Finalmente, debemos mencionar que existe un elemento estructural en el servicio de agua potable que obedece a la naturaleza de la demanda del servicio y los costos de su prestación, los mismos que obligan a los gobiernos a realizar una labor de supervisión absoluta, sobre todo en el marco de la calidad y continuidad que decanta finalmente en los procesos de estatización o nacionalización del servicio.

Así, “(...) El Banco Mundial ha demostrado que, en el sector de agua, los activos específicos son tres a cuatro veces mayores que en los otros dos sectores, medidos en función de la proporción de activos necesarios por cada dólar de utilidad anual (...).

La demanda es menos flexible que la de otros Servicios Públicos, lo que obliga a las compañías a aplicar márgenes muy altos sobre los costos marginales y motiva a los gobiernos a ejercer una supervisión más estrecha que en otros sectores. En muchos casos, eso conduce a los gobiernos a

la decisión de suministrar directamente el servicio mediante compañías estatales. Ésta es aún la norma en Perú (...)”⁵.

2. Derecho al servicio y calidad

2.1. Definición de la calidad: conformación normativa de parámetros técnicos

La calidad es un aspecto de la prestación del servicio de exigencia permanente, el mismo que es construido desde indicadores técnicos cuyo cumplimiento conjunto consolidaran la prestación del servicio en condiciones óptimas. Para el caso del agua se han establecido un grupo de parámetros técnicos que deben ser cumplidos y monitoreados permanentemente, pues a través de ellos es posible evaluarlos como indicadores de gestión en las empresas.

Así por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2006-SUNASS-CD, aprobada por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), establece un grupo de indicadores técnicos que en conjunto conforman el óptimo de calidad, tales como la presencia de cloro residual, la presencia de coliformes termotolerantes, turbiedad, continuidad, presión, densidad de reclamos totales y tratamiento de aguas residuales. Aspectos que constituyen un margen de responsabilidad y cumplimiento asumido por la empresa prestadora a través de los procedimientos de supervisión, fiscalización y sanción ejercidos por los Organismos Reguladores, que en el caso del agua es asumido por SUNASS.

2.2. Inherencia entre el derecho al servicio y el concepto de calidad

Ya hemos mencionado cómo es que a partir de la naturaleza del servicio, particularmente en el caso del agua, y del reconocimiento de un status particular del derecho es que la calidad cobra una importancia medular respecto a este servicio.

Y es que dentro de los elementos esenciales que configuran al derecho al agua como tal se encuentra la calidad la misma que supone que este “(...) derecho humano no solo consiste en tener acceso a una determinada cantidad de agua sino que ésta sea adecuada, apta para el consumo humano y el uso doméstico. De allí la

⁴ HERNANDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. “El agua como derecho humano y como servicio público”, En: Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – Universidad ESAN, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos Décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica: Balance y Perspectivas*. Lima: ARA EDITORES, 2010. pp. 892-893.

⁵ SPILLER, Pablo T. y SAVEDOFF, William. Op.cit. p.104. Cita del Banco Mundial

importancia que tiene que no se trate simplemente de tener agua, incluso en cantidades abundantes, sino que se tenga acceso al agua necesaria y con la calidad técnica adecuada (color, olor y sabor), para satisfacer las necesidades básicas de las personas (...)”⁶.

Es decir, el acceso constituye un aspecto base del derecho al servicio que debe ser consolidado con otros elementos relevantes como la calidad y la continuidad. Así la calidad representa un elemento nuclear en el servicio, pues si se hallara carente invalidaría el mero acceso ya que el recurso no podría ser prestado ni aprovechado plenamente; hay consideraciones, como mencionáramos anteriormente, que en el caso del agua suponen la urgencia de preservar la calidad dada su vinculación con el bienestar y la salud.

3. Obligaciones del operador y el usuario en el marco de la calidad

3.1. Obligaciones del operador en la prestación del servicio

De modo general, el operador se ve obligado a la prestación de los servicios dentro de las mejores condiciones de calidad, es decir, bajo las características de servicio desarrolladas contractualmente y cumpliendo con los requisitos y estándares normativos y técnicos preestablecidos.

Pero la obligación no se agota en la sola prestación, sino que debe ser mantenida en el tiempo a través del monitoreo permanente y la solución de reclamos y problemas, en el campo de una suerte de retroalimentación usuario y regulador.

Asimismo, dentro de la integralidad del concepto calidad, existen obligaciones de comunicación permanente para con el usuario que deben ser asumidas por el operador; restando campo a la asimetría de la información y estableciendo claramente las obligaciones y derechos con la finalidad de preservar y mantener la calidad del servicio.

3.2. Obligaciones de colaboración y abstención de los usuarios

Dentro de la prestación del servicio que los operadores realizan es necesario que los usuarios

asuman obligaciones de dos tipos con la finalidad de preservar la calidad en la prestación; no obstaculizándola, a través de obligaciones de colaboración, y no afectándola, a través de obligaciones que podríamos denominar de abstención⁷.

Así por ejemplo, se han establecido dentro de los Servicios Públicos donde el recurso prestado es limitado, obligaciones de uso adecuado y racional de los servicios por parte de los usuarios; por otro lado, en cuanto a la operatividad del servicio se han establecido obligaciones de no manipulación de los sistemas; y, de no prestación sucesiva del servicio toda vez que los estándares de calidad no podrían ser asegurados plenamente.

En el caso del agua existe un grupo de obligaciones particulares vinculadas a facilitar el acceso al predio dado que la lectura de medidores solo puede hacerse desde el interior, de no descarga de residuos sólidos a la red de alcantarillado; y de comunicación para con la empresa en el caso de instalación de equipos adicionales que tengan contacto con el recurso.

4. La integralidad de un concepto: la calidad y sus alcances

4.1. Calidad del servicio propiamente

Es posible abordar calidad del servicio cuando el recurso o bien que compone el servicio cumple con los requisitos establecidos por las normas que rijan los estándares de calidad de cada uno de los servicios. En el caso del agua este recurso debe cumplir con requisitos físicos, químicos y microbiológicos, los mismos que componen la calidad del agua para consumo humano; vale decir que dichos estándares se hallan establecidos en normas emitidas por la Autoridad de Salud, que para el caso de la calidad del agua potable viene a ser regulado por el Decreto Supremo N° 031-2010-SA, Reglamento de Calidad del Agua para Consumo Humano.

Desde las empresas prestadoras existe la obligación mantenimiento y control de la calidad del agua, a través de registros y monitoreo permanente en los procesos de tratamiento y desinfección; dichos procedimientos e información son reportados a

⁶ HERNANDEZ – MENDIBLE, Víctor Rafael. Op. cit. p. 895.

⁷ Véanse: Reglamento de Calidad en la Prestación de Servicios de Saneamiento, Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS- CD y sus modificatorias. Disponible en www.sunass.gob.pe
Reglamento de Calidad de los Servicios, Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTEL. Disponible en www.osiptel.gob.pe

los Organismos Reguladores los mismos que se encuentran sujetos a procedimientos de supervisión que podrían generar responsabilidades y sanciones en caso de su incumplimiento.

4.2. Calidad en la operatividad del servicio

Este aspecto de la calidad en el servicio de agua potable implica el mantenimiento y adecuado uso de la infraestructura con la que se cuenta para prestar el servicio. Asimismo, este aspecto de la calidad supone el desarrollo de un grado de confiabilidad, la misma que es expresada a través de dos aristas importantes: por un lado, el generar, desde el operador o empresa prestadora, la capacidad de respuesta para atender los problemas operativos que se presentan en los sistemas del servicio, y por otro mantener una prestación del servicio uniforme; así respecto del agua, resultan fundamental mantener la continuidad y presión.

La calidad operativa del servicio, está implícitamente relacionada con la operación y mantenimiento adecuado de los sistemas para la prestación de los servicios; lo que supone la implementación de Programas y Planes de Mantenimiento Preventivo y de Respuesta ante contingencias.

4.3. Calidad en la facturación

Mantener la calidad respecto de este elemento tan importante supone tener en cuenta el cumplimiento, por parte de la empresa prestadora, respecto de tres aspectos.

- a) La facturación de los servicios efectivamente prestados.

Es fundamental que en la facturación los márgenes de error tiendan a corregirse considerablemente; de modo que la empresa prestadora o el operador aseguren que aquel monto facturado sea el que refleje con alto grado de veracidad aquello efectivamente consumido por el usuario. Resulta aquí un elemento fundamental, el establecer avances tecnológicos para mejorar la medición y lectura que permitirán determinar con mayor precisión y bajo menos obstáculos físicos y técnicos el volumen de consumo.

- b) La correcta aplicación de los criterios y el procedimiento para determinar el volumen y el importe a facturar.

El desarrollo de criterios y procedimientos de determinación ante circunstancias complejas o donde la determinación del volumen e importe resulta difícil, es un factor relevante para evitar la fijación arbitraria de volúmenes considerados e importes a facturar. A través de reglas predeterminadas será posible asumir en algunos casos bajo circunstancias y facturaciones recurrentes el monto que corresponderá al usuario por consumo.

- c) Cumplir con los contenidos mínimos de recibos de pago y su entrega oportuna.

Al ser el recibo de pago el documento a través del cual la empresa prestadora establece los montos a ser asumidos por el usuario en virtud del consumo, es necesario que estos reúnan una información esencial que deberá ser remitida a los usuarios, estableciendo con claridad conceptos e importes; asimismo, al establecerse en ellos una fecha de vencimiento en el pago es además importante que la empresa prestadora garantice su emisión y remisión oportuna.

4.4. Calidad en la atención del usuario

Es en este aspecto que las empresas prestadoras asumen la correcta atención y evaluación, a través de lineamientos preestablecidos, de los distintos tipos de problemas que los usuarios reportan a propósito del servicio. Resulta interesante mencionar que las empresas prestadoras han asumido plazos legales de respuesta ante las solicitudes presentadas, las que van desde el inicio de acciones de remedio hasta la solución definitiva del problema⁸; cuyo incumplimiento se encuentra sujeto a un marco de responsabilidad y sanción.

Asimismo, es necesario decir que, dada la naturaleza del servicio de agua potable, adicionalmente a las obligaciones de remedio y solución de problemas, se encuentra la obligación de abastecer el servicio en caso de interrupciones, a través de medios alternativos como camiones cisterna; debiéndose cumplir con ello en caso de que la interrupción lleve un tiempo considerable y en virtud de la condición del sujeto afectado.

Finalmente, hay una obligación fundamental de comunicación, de parte de las empresas que prestan los Servicios Públicos, a propósito de interrupciones programadas e imprevistas a través

⁸ Ver artículo 74º Reglamento de Calidad en la Prestación de Servicios de Saneamiento.

de los medios de comunicación, indicando las medidas y plazos de remedio.

Y es que al ser el intercambio frecuente de información uno de los aspectos centrales para lograr la calidad en la atención al usuario, es que las empresas prestadoras se obligan además a mantener informado al usuario respecto de los distintos aspectos en torno a la prestación del servicio; estableciendo para tal fin espacios de comunicación y atención de usuarios que resulten idóneos (módulos, oficinas comerciales, líneas telefónicas, etc.).

II. Continuidad del servicio y responsabilidad del proveedor ante su incumplimiento

Dentro de la importancia en torno a la protección del usuario de Servicios Públicos existe una preocupación central respecto de elementos que definen la prestación, como son la calidad y la continuidad, los mismos que por la naturaleza del recurso poseen relevancia, incluso de orden constitucional, al verse implicados elementos, que escapan del orden técnico y decantan en principios mucho más elevados, como son la dignidad, el ejercicio real de ciudadanía y la democracia.

En relación con la materia que inspira el presente comentario debemos recordar que una cita de TARDIEU rezaba "(...) *la continuité est de l'essence du service public (...)*"⁹; y es que, lejos de las diferencias del idioma la cita resulta ser bastante directa y sobre todo clara al sustentar la relevancia que la continuidad posee respecto del Servicio Público. Si caemos en la cuenta por ejemplo del servicio de agua potable o el de electricidad podemos entender que de la mano con la calidad, y a modo de cabeza de Jano, la continuidad resulta ser una materia central; pues a través de la prestación permanente del servicio y el desarrollo de una confiabilidad en torno a la uniformidad de la prestación se podrá decir que el ejercicio pleno del derecho al servicio está asegurado.

Conforme advierte DANÓS, a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso denominado "medio pasaje"¹⁰, existen elementos

caracterizados e inherentes al servicio público los mismos que determinarían el "entorno normativo y obligacional" del mismo; así "(...) su naturaleza esencial para la comunidad (...) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo (...) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener su estándar mínimo de calidad (...) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad (...) "¹¹.

Existen pues dos parámetros que son contenidos por la continuidad, entendida de modo amplio, el de regularidad del servicio en el tiempo y bajo las condiciones que las normas y el contrato establecen, entendida como uniformidad.

Así, podemos señalar en torno al primer aspecto que debe el operador o empresa prestadora deben asegurar que en el transcurso del tiempo el servicio sea prestado de forma regular y sin interrupciones, salvo que existan causas no imputables a la empresa que supongan un corte del servicio por un lapso de tiempo.

Dicha situación nos hace reflexionar en la necesidad del desarrollo de infraestructura y tecnología que cada prestador en cada servicio específico debe desarrollar para garantizar la continuidad y mantenerla; es decir, si tenemos en cuenta la realidad del servicio de agua la brecha en infraestructura existente y la falta de inversión considerable resultan obstáculos reales para lograr una continuidad consolidada del servicio; así también en aquellos sectores, como el de telecomunicaciones, donde el desarrollo de la continuidad va de la mano con el avance tecnológico resulta fundamental contar con inversión suficiente que garantice el incorporar nuevas y mejores tecnologías.

En relación con la uniformidad del servicio, resulta necesario que el servicio prestado no solo observe una continuidad en el tiempo, sino una permanencia de calidad en la prestación; es decir, sea prestada en atención a los estándares de calidad que la norma y el contrato establecen.

Dadas las diferencias tecnológicas y de mercado presentes en cada Servicio Público es necesario caer

⁹ RIVERO ISERN, Enrique. "La protección del Usuario de los Servicios Públicos". En *Revista de Administración Pública* N° 87, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1978, p. 209. Cita de Tardieu "...la continuidad es la esencia del servicio público...".

¹⁰ Sentencia N° 00034-2004-PI/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html> Fecha de ingreso: 09 de octubre de 2011.

¹¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana". En: Vignolo Cueva, Orlando. *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima. p. 26.

en la cuenta de que optar por una regla general de continuidad no resulta pertinente siendo relevante tomar en consideración el sector regulado; y es que "(...) el principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que éstos últimos ofrecen a los ciudadanos (...) "¹².

Es por ello que, podemos establecer tipos de continuidad, conforme lo antes señalado. Aquella respecto de servicios " (...) que por la necesidad colectiva que satisfacen no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, electricidad (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta (...) "¹³; es decir tal y como consideramos en las primeras líneas del presente comentario existen servicios que dada su naturaleza se vinculan directamente a criterios de necesidad colectiva e interés público, los mismos que, yendo un poco más allá, escapan del ámbito técnico y estacional y se sustentan en valores del Estado mucho más elevados, cuya protección debe ser asegurada.

Por otro lado, "(...) también puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos (...) "¹⁴; los mismos que, si bien resultan importantes, existe un marco de tolerancia en su interrupción dada la naturaleza del servicio y los costos ineficientes de su mantenimiento continuo.

Tomando en consideración ello, podemos mencionar respecto del agua potable que se ha desarrollado una definición que establece los márgenes y consideraciones a ser tomados en cuenta para este servicio así se entiende que "(...) las prestaciones deben ser instantáneas y continuas las veinticuatro horas del día. Solo son aceptables las interrupciones que no se puedan evitar (fuerza mayor), para las cuales deben existir manuales de operación en casos de emergencia o interrupciones parciales. Debidamente informadas a los usuarios, para efectuar faenas de mantenimiento, reposición o ampliación de la infraestructura. La prestación del servicio de agua potable restringido a algunas

horas del día, fomenta un almacenamiento incontrolado y favorece el malgasto y la contaminación. Las obstrucciones que paralizan la prestación del servicio de alcantarillado deben evitarse al máximo (...) "¹⁵.

De esta definición es posible desprender una serie de elementos que son necesarios analizar; y es que si bien se busca que la prestación no se vea amenazada por razones atribuibles a la empresa, en virtud de su ineficiencia o hasta incompetencia, existen situaciones eximentes de responsabilidad y que la normatividad relaciona con la figura jurídica de caso fortuito o fuerza mayor.

Es importante además considerar los problemas colaterales que vienen acompañados de la restricción del derecho una vez incumplida la continuidad en la prestación; así en el caso del agua la falta de continuidad genera que el almacenamiento de agua no solo genere un malgasto del recurso sino un deterioro de la calidad del agua, la misma que además de ser almacenada es recomercializada causando riesgos a la salud y el medio ambiente.

2.1 Hipótesis de responsabilidad y fuerza mayor

Desde los Reguladores¹⁶ existe el desarrollo de condiciones valorativas de hechos en torno a la ruptura de la continuidad, así "(...) se ha reconocido (...) que para comprobar la vulneración del principio de continuidad de servicio, se requiere incurrir en hipótesis previamente definidas y que evidencien una afectación masiva, absoluta o prolongada en determinado tiempo y espacio que amerite apreciar que no se ha dado continuidad al servicio (...) "¹⁷. Es decir, el grado de afectación e interrupción debe comprometer un grupo considerable de usuarios, el mismo que no podrá acceder de modo integral al servicio a través de un período prolongado de tiempo.

Tal y como desarrolláramos en el anterior comentario dichas circunstancias van acompañadas en todos los casos de obligaciones de comunicación permanente con el usuario por parte

¹² RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan. "Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano". En Revista de Derecho Administrativo CDA N° 5, Lima, 2008, p. 46.

¹³ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición, Lima, 2005, p. 69.

¹⁴ Loc. cit

¹⁵ ALFARO FERNANDOIS, Raquel. Fomento de la eficiencia de las empresas estatales de agua potable y saneamiento. CEPAL – División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, 2009, p. 25.

¹⁶ En particular en el caso de OSIPTEL y su Reglamento sobre Continuidad del Servicio Telefónico bajo la Modalidad de Teléfonos Públicos en Centros Poblados Rurales.

¹⁷ RIVADENEYRA SANCHEZ, Juan. Op. cit. pp. 46 y 47.

de la empresa prestadora respecto de las causas de interrupción y las actividades y tiempos de remedio; particularmente en el caso de agua potable, dado su carácter esencial, existen obligaciones en torno a la provisión alternativa del servicio.

En torno a la determinación de responsabilidad DROMI ha establecido una serie de recaudos a ser tomados en cuenta; así deben existir “(...) 1) la falta de provisión del servicio en ‘forma eficiente’; 2) ausencia de circunstancias de ‘excusabilidad’ de la prestadora; y 3) la ausencia de dolo o culpa del usuario (...)”¹⁸.

En cuanto a la ausencia de excusabilidad la doctrina ha vinculado dicho extremo con la fuerza mayor; al respecto podemos señalar que conforme al artículo 1315° del Código Civil peruano señala que “*caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

Así es importante indicar que en primer lugar existe una ruptura de relación causal entre la conducta del operador, ya sea activa o pasiva, y la situación causante; es decir los márgenes de responsabilidad se hallan descentrados de las acciones del operador. Asimismo, es necesario que exista una posición previsora y diligente permanente que en la sucesión repentina del hecho otorgue a éste un grado de extraordinariedad e imprevisibilidad relevante. Las medidas de seguridad y previsión tomadas determinarían si el hecho ha sido posible de evitar o no, configurando su irresistibilidad.

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁹ la concurrencia de todos los elementos configuradores es central; así los *elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito (...)*”. Dicha confirmación de

concurrencia debe ir de la mano con el análisis y ponderación de todos los hechos que rodean el acontecimiento.

2.2 Marco de protección de continuidad (y calidad) en torno al servicio

El nivel de desarrollo de los derechos de los usuarios en el marco de un servicio público parte por generar desde las normas y el sistema regulatorio una concordancia en dos conceptos legales que la regulación de los servicios públicos desarrolla: prestación de servicio, ya sea estatal o privado, y protección de los consumidores²⁰.

La doctrina ha desarrollado un marco de protección, desde la Administración, que tiende a preservar y garantizar dichos derechos, entre los que tenemos relevantes a la continuidad y calidad “...vías procesales eficaces, (...) defensa de la competencia, (...) organización de asociaciones de usuarios, (...) marcos regulatorios, (...) [y] participación de los organismos de control...”²¹.

En suma cuenta la generación de un marco normativo de protección que debe obedecer al aseguramiento de un grupo de garantías durante la negociación, fijación y adhesión al contrato; durante la prestación del mismo, a través del respeto y protección de condiciones de calidad y continuidad; y, generándose las vías de reclamación y restitución adecuada del Servicio Público en caso de incumplimiento.

En virtud de lo señalado existe, en el marco de los Servicios Públicos “(...) una doble vía de protección: la primera, está representada por los instrumentos que preservan su autonomía contractual que él puede ejercer para procurarse las prestaciones que mejor se adapten a sus intereses; la segunda, deriva de la aplicación de las reglas específicas establecidas por el Poder Público, que debido a la insuficiencia del ejercicio de la autonomía contractual para llegar a condiciones de transacción aceptables, y teniendo en cuenta la necesidad de la prestación, sustituye la libertad de los contrayentes por prescripciones imperativas, ante las cuales ninguna derogación es admitida (...)”²².

¹⁸ DROMI, Roberto. Op. cit. p. 89.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989. Disponible en www.cortesuprema.gov.co, fecha de ingreso: 27 de setiembre de 2011.

²⁰ Ver el desarrollo de ambos conceptos en SOLANES, Miguel. *Servicios Públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado*, CEPAL – División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, 1999. Disponible en www.eclac.cl, fecha de ingreso: 28 de setiembre de 2011.

²¹ DROMI, Roberto. Op. cit. pp. 75-77.

²² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Apuntes en torno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios públicos ya la actividad

A partir de ello podemos señalar por un lado, que la autonomía contractual puede ser ejercida bajo ciertas condiciones que resultan necesarias notar.

Así debemos decir que resulta necesario que el estado asimétrico de información sea neutralizado equilibrando el vínculo precontractual y contractual que asuma el usuario, estableciendo las condiciones de prestación obligaciones y derechos de forma adecuada, así como las consideraciones en torno a la calidad y continuidad del servicio.

Asimismo y reconociendo, tal y como lo indicáramos anteriormente, que los Servicios Públicos poseen cada uno condiciones de prestación y negociación distintas; es decir, existen una serie de servicios en donde el margen de negociación no es considerable y es finalmente el usuario quien se adhiere a las condiciones preestablecidas. Cobra allí relevancia el desarrollo de una normatividad clara, que en palabras de MURATORIO busca "(...) tutelar la especial situación en la que se sitúa el usuario o el consumidor final frente al prestador o vendedor, una relación entre lo profano y lo experto (...) "²³; y, un sistema en que los Organismos Reguladores gocen de claras competencias e institucionalidad consolidada.

Dichas condiciones deben ir acompañadas de la generación de espacios para la participación y el diálogo con el usuario y la creación de asociaciones de consumidores que dada la relevancia de los Servicios Públicos se constituyen como base para la mejora de las condiciones del servicio.

Finalmente, es en relación a la continuidad que si bien desde los Reguladores se han establecido normas de control y consignación de ella como indicador de la gestión de la empresa²⁴ y elemento de evaluación para el establecimiento de tarifa, se advierte que "(...) las técnicas de protección de la continuidad son variadas (...) consagradas en marcos legales incluso ajenos al específico de los Servicios Públicos: (...) normas laborales y (...) penales (...) "²⁵; estableciendo en ellas, tal y como notara Danós, elementos propios de protección de la continuidad tales como el desarrollo de una garantía para mantener los servicios esenciales en la huelga o la imposición de penas por el entorpecimiento de la normalidad en el funcionamiento de Servicios Públicos; es decir, asumiendo una coherencia normativa en busca de preservar la continuidad al ser esta, recordando a TARDIEU, la esencia del Servicio Público.

de la Administración reguladora". En: Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 330. Cita de Jorge Muratorio.

²³ *Ibidem*, p. 335.

²⁴ Véase la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2006-SUNASS-CD. Disponible en www.sunass.gob.pe, fecha de ingreso: 8 de octubre de 2011.

²⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. cit. p. 30.

El Servicio Público a la luz del Derecho Comunitario Europeo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

SUMILLA

El autor hace un análisis sustancial sobre el Servicio Público y su gran importancia dentro del Derecho Administrativo. De esta forma, realiza una conceptualización de ello dentro del marco constitucional a través de la historia y del Estado Social y Democrático de Derecho español. Asimismo, se plantea la relación entre Servicio Público y el Derecho Administrativo comunitario, con lo cual se deja entrever el papel de la Libre Competencia para asistir a la “despublicatio”, pues ha generado que menos Servicios Públicos se encuentren bajo la titularidad del Estado.

I. Introducción

El Servicio Público, es un tema clásico del derecho administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del “Servicio Público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el Servicio Público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento. Quizás, por eso, MAYER sentenciaría aquello tan reiterado, que señala que “el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece”.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que

se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento. Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del Servicio Público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado Social colocó de nuevo al Servicio Público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, tarea que es la propia de un artículo de esta naturaleza, se puede afirmar que la constitución del concepto del Servicio Público siempre despertó una penetrante y aguda polémica entre las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado-Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacería tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado

* Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago. Doctor Honoris Causa en Ciencias Jurídicas por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los Servicios Públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado Liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOF todo lo invade y todo lo controla “desde la cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los Servicios Públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque, se reducen al autocontrol y la conservación del *status quo*.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del bienestar observamos cómo, al menos en el ámbito económico, el Servicio Público en sentido técnico-jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al derecho administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos; o, lo que es lo mismo, se trata de construir un derecho público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas.

Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las ciencias sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de Servicios Públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente dicha función.

Por tanto, el concepto del Servicio Público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico - administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en un régimen de libertad, y de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del Servicio Público.

II. Servicio Público y Derecho Administrativo Constitucional

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado Social y Democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que MEILAN GIL denomina desde hace bastante tiempo, derecho administrativo constitucional.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo derecho administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno derecho administrativo.

El artículo 9.2 de la Carta Magna del Reino de España plantea, lo que se ha denominado, la función promocional de los poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución española proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se

orienta el interés general en el Estado Social y Democrático de Derecho.

El artículo 24.1 de la norma fundamental española proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También, encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado Social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad, ya que el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

“La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración, pues la utilización del término “sirve” alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración Pública es una persona jurídico-pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar, pero la realidad es que se quiso, deliberadamente, configurar la Administración Pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general.

Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración Pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la Ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio

de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración Pública, sea en sus actuaciones directas o, a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado Social y Democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración Pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración Autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración Pública actúa con “sometimiento pleno a la Ley y al derecho”. Ordinariamente, será el derecho administrativo su matriz normativa de referencia, pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al derecho privado. Ahora bien, en estos casos en que su derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el Servicio Público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución española de 1978 aparentemente contradictorios y, sin embargo, complementarios. Me refiero, claro está, a los artículos 38º y 128º.

Artículo 38º.- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Artículo 128º.-
 1.- *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.*

2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por Ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales.

Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado Social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del Servicio Público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula ordinaria de prestación de los Servicios Públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la *publicatio*, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOF); sin embargo, la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la *publicatio* –salvo excepciones– sino la técnica autorizadora –*ordenatio*– cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración Pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo, precisamente, a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se puede olvidar, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre Servicio Público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del Servicio Público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad-interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el derecho administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublificación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los Servicios Públicos. En Europa, tras los Tratados Fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del mercado único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración Pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración Pública ceda inerte ante los encantos del mercado. No, pero tampoco es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL.

III. El Servicio Público en la historia

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido hoy de la noción clásica del Servicio Público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos no son conscientes de que precisamente a través de la emergencia de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el servicio de interés económico general, el derecho administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y un protagonismo inusitado, tal y como intentaré demostrar al exponer brevemente la situación del régimen jurídico de las Telecomunicaciones en Europa, y especialmente en mi país: España.

No se trata, pues, de certificar solo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico-administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo derecho administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba IHERING, la mejor regulación de la gestión del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el derecho administrativo, en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el derecho comunitario europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados Servicios Públicos.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general, luego examinaré el supuesto de la telecomunicaciones, la función de garante del Estado aparece en todo su vigor, a través, de las llamadas obligaciones de Servicio Público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado garante.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del Servicio Público que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huida del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al derecho administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional en el que discurren. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el derecho administrativo como ese derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado Social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo, a mi parecer, un injusto proceso al Servicio Público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del derecho administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el Servicio Público era la pérdida angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego,

algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del Servicio Público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa, precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del Servicio Público. En fin, no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación; además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del Servicio Público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del derecho administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos –el Servicio Público– y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse –el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes–.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del Servicio Público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del derecho administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de Servicios Públicos municipales. En 1929, la Gran Depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios; por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Configuración, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNÁNDEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización es

la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Es, se dice, el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo –la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN)–, de Viena –principio de no intervención pública (HAYEK), de Chicago –guerra a los monopolios (FRIEDMAN)–, o de *Public Choice* –la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN)–.

Ciertamente, si alguien puede parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de Servicios Públicos – en sentido amplio– es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el *punctum dolens* de nuestra reflexión: lo decisivo no es quién preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas, es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de DEVOLVÉ cuando afirma categóricamente que el Servicio Público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno derecho administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la *publicatio* que antaño justificaba la existencia del Servicio Público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales; y, por otro, no podemos negar guste o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los Servicios Públicos tradicionales.

IV. Servicio Público y Derecho Administrativo Comunitario

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al Servicio Público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por medio de la libre

competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, *despublicatio*, no son más que términos jurídico-económicos o económico-jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el jurista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la política económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del Servicio Público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del derecho comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión Servicio Público como no sea en el artículo 73º de la versión consolidada del derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los derechos nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con *publicatio* y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas *public utilities* garantizadas por la regulación – sin más– de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbra el meta concepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”¹.

¹ Ver además, artículos 31º y 295º del Tratado.

Por tanto, el derecho de la Unión Europea es un derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los Servicios Públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo interés general. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como "objetivos fundamentales de la Comunidad".

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16º de la versión consolidada que establece lo siguiente:

"(...) a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90º numeral 2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los Servicios Públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo "la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del Servicio Público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares".

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución

de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no solo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí donde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Como analizaremos a continuación, estas obligaciones nacen en el marco del Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Por ejemplo, en atención a que los servicios de telecomunicación cumplen una función muy relevante en la sociedad de la información, la Comisión Europea dictó una Comunicación en 1999 al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre "el servicio universal de las telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado".

Pero ya que hemos entrado en un servicio económico de interés general concreto, me voy a permitir aplicar a este sector, la doctrina que con carácter general hemos planteado hasta el momento.

La reciente Ley española 32/2003, de 3 de noviembre (BOE Nº 264 de 4 de noviembre de 2003), lleva como rúbrica "General de Telecomunicaciones" y sustituye a la Ley 11/1998, de 24 de abril, del mismo nombre. Como es sabido, trae causa de la necesidad de incorporar al Derecho Español un conjunto de Directivas comunitarias que se han elaborado recientemente con el objeto de consolidar, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en los Estados miembros.

En esencia, las Directivas Comunitarias dictadas en 2002 se refieren al marco regulador de las

comunicaciones electrónicas y a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Especialmente interesante es la 2002/22 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Cuestión, la del servicio universal, que ha supuesto, nada más y nada menos, una fuerte sacudida a los intentos, a veces vacilantes y, en todo caso dubitativos, que ha producido la desregulación de un sector tradicionalmente sujeto a monopolio. El desconcierto es tal que los enterradores del concepto clásico del Servicio Público han empezado a sospechar que la vuelta de este concepto tiene mucho que ver con el llamado Servicio Universal y, sobre todo, con las denominadas obligaciones de Servicio Público. Sin embargo, la realidad es que ahora el Estado interviene en la vida económica desde enfoques abiertos, no unilaterales. El Servicio Público, pues, queda para los supuestos, que pueden darse en circunstancias especiales, de reserva, exclusividad y titularidad de la actividad de que se trate.

Las instituciones, conceptos y categorías de derecho administrativo, lo sabemos bien, están en una relación estrecha con la realidad que les ha tocado en suerte. Es más, soy de los que piensa que no debemos escandalizarnos, ni metodológica ni científicamente, por el hecho de que las principales manifestaciones del derecho administrativo se presenten de forma diversa según las circunstancias sociales, políticas y económicas de tiempo y de lugar. En efecto, es lógico que así sea porque tras los diversos avatares por los que ha pasado esta disciplina, es lo cierto que somos testigos cualificados de la mudanza de sus instituciones, sin que, por ello, haya desaparecido el derecho administrativo.

Pues bien, en esta tarea me parece que es conveniente recordar que el derecho administrativo puede definirse como el derecho del poder para la libertad o, si se quiere, el derecho que regula los intereses generales que sirve con objetividad la Administración Pública. En este sentido, todas las categorías, instituciones y conceptos centrales del derecho administrativo deben orientarse al interés general. Es decir, deben estar abiertos a hacer posible y visible ese metaconcepto del interés general que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, está vinculado a la tarea promocional y garante de los poderes públicos orientada al libre y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos. Así la sanidad, la educación o la vivienda, deben gestionarse de

manera que la ciudadanía pueda disponer de un acceso general a estos bienes. Lo público debe estar abierto a la ciudadanía y a las necesidades públicas deben manejarse de manera que, efectivamente, la Administración Pública tienda al bienestar general de todos.

En nuestro país, la simple lectura, por ejemplo, de los artículos 9º numeral 2, 10º numeral 1, 31º numeral 2, ó 103º numeral 1 de nuestra Constitución, como he expuesto anteriormente, nos invita a estudiar el derecho administrativo en el marco constitucional y, por ello, a tener muy presente los parámetros y vectores constitucionales. De ahí que, hoy por hoy, en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el que los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central, el ejercicio de los poderes y funciones públicas debe operarse teniendo presente la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran, es un objetivo constitucional; que los fundamentos del orden político y la paz social residen en el libre desarrollo de las personas y en los derechos que les son inherentes; que el gasto público debe gestionarse con criterios de economía, o que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. En definitiva, la Administración Pública, al gestionar lo público, no se puede olvidar del bienestar de todos, eso sí, haciendo del bienestar un concepto dinámico, no estático, al servicio de las personas.

En este contexto, resulta en mi opinión imprescindible, también para el estudio del derecho administrativo, situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, porque el interés general debe interpretarse fuera del pensamiento único: tanto del que intenta aislar al interés general en el santuario del tecnosistema, como del que intenta a toda costa desmantelar lo público para entregarlo *in toto* al sector privado. Sobre todo, porque, insisto, lo público, en un Estado Social y Democrático de Derecho, debe definirse de manera abierta entre el Poder y los agentes sociales ya que se terminó una forma de entender la Administración y el poder de naturaleza autoritaria y vertical.

Llegados a este punto, en sede de Servicio Público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de Servicio Público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado

un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el Servicio Público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del Servicio Público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos:

- a) Servicio de interés general
- b) Servicio de interés económico general
- c) Servicio Público
- d) Obligación de Servicio Público
- e) Empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde se refiere a otro concepto de gran transcendencia, cual es el concepto de servicio universal y sorprende que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de Servicio Público y el Servicio Público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El Servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de Servicio Público, sean o no de contenido económico. En el derecho español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la Ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por

otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de Servicio Público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de Servicio Público, siendo el servicio universal, me parece la más destacada.

En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y Servicio Público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de Servicio Público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el "nuevo Servicio Público" sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22º numeral 1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible". Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de Servicio Público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de Servicio Público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el Servicio Público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido)² que pasan de ser Servicios Públicos *stricto sensu* o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, solo faltaría, el acceso de cualquier

² MARTÍNEZ GARCÍA, C. "La intervención administrativa en las telecomunicaciones", Madrid, 2002, p.209.

ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal solo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de Servicio Público. Insisto, otra cosa, bien distinta, es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de Servicio Público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de Servicio Público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el Servicio Público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración Pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de Servicio Público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP, "no se trata del concepto de Servicio Público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del Servicio Público con los de la economía de mercado"³. Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta, porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de Servicio Público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del derecho administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio derecho administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de Servicio

Público –continuidad, regularidad– y del mundo del mercado –no monopolio– en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del derecho administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La Ley del 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la Ley del 2003 "recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal. " En concreto, en el artículo 22º, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios".

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fijo y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva Ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que –artículo 23º– designe el Ministerio para atender el servicio universal.

³ MARTÍNEZ GARCÍA, C. Op cit, p. 211

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del Servicio Público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad son notas del Servicio Público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los Servicios Públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración Pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el derecho del poder para la libertad.

Bibliografía

A REGOURD, L'acte de tutelle en Droit Administratif Francaise, París, 1982.

E. FORSTHOF, Derecho Administrativo, Madrid, 1968.

F. VON HAYEK, Las vicisitudes de la libertad, Madrid, 1996.

G. JEZE, Principios de Derecho Administrativo, Madrid, 1968.

G. VEDEL, Derecho, Madrid, 1963.

JL MEILÁN GIL, El proceso de la definición del Derecho Administrativo, Madrid, 1967.

J.M. BUCHANAN, The public finances and introductory textbook, New York, 1987.

L. DUGUIT, Manual de Droit Constitutionnelle, París, 1922.

M. FRIEDMAN, Capitalism and freedom, London, 1922.

M. HAURIOU, Principios de Derecho Público y Constitucional, Madrid, 2003.

M. WALINE, Droit Administratif, Paris, 1963.

O. MAYER, Derecho Administrativo Alemán, Madrid, 1992.

P. DEVOLVÉ, Droit Public de l'Economie, París, 1998.

R. ALESSI, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, 1970.

R. VON IHERING, La lucha por el Derecho, Madrid, 1968.

T.R. FERNÁNDEZ, De la arbitrariedad de la Administración, Madrid, 2002.

W. EUCKEN, Cuestiones Fundamentales de Economía Política, Madrid, 1967.



Círculo de
Derecho
Administrativo

Oficina CDA: Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel - Lima
Teléfono: 626-2000 Anexo 5692
Dirección electrónica: <http://www.cda.org.pe>

Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos

María Quiñones Alayza*

SUMILLA

La connotada autora desarrolla en este artículo la distinción entre los Servicios Públicos asistenciales –o Servicios Públicos “sociales”– y los Servicios Públicos económicos, de cara a entender cuándo es que el Estado incurre en competencia desleal e infringe el principio de subsidiariedad. Para ello, comenta fallos de INDECOPI, que se originaron gracias a casos emblemáticos como “Universidad del Altiplano: pollos a la brasa” y “Clínica Santa Teresa”. Finalmente, recalca la importancia de diferenciar entre aquellas actividades estatales que tienen una naturaleza empresarial y aquellas otras, que dada su esencialidad, no deben regirse por criterios de mercado, sino de universalidad, equidad y asequibilidad.

I. Actividad empresarial y competencia desleal

¿Cómo puede competir la actividad privada contra una empresa estatal que no tiene problema en ofrecer bienes y servicios por debajo de su costo –por razones políticas–, ni restricciones en cuanto a los aportes de capital y crédito que requiera para solventar sus operaciones? En ese supuesto, la actividad privada solo tendrá cabida en aquellos segmentos –resquicios del mercado– a los que no llegue la oferta estatal. Nadie –salvo el Estado– puede competir a pérdida indefinidamente.

Por eso, la mayoría de países que adoptaron el paradigma que la economía de mercado constituía la mejor opción para asegurar una eficiente asignación de recursos, aprobaron normas reprimiendo los actos y prácticas que afectasen la libre competencia. Usualmente, estas incluyeron una serie de limitantes a la actividad empresarial del Estado.

Ejemplo de lo anterior es el artículo 21° de la Constitución Política de Chile, país emblemático en nuestro continente por su defensa de la

economía de mercado, que exige una Ley de quórum calificado (aprobada por la mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio) para la realización por el Estado y sus Organismos de actividad empresarial. Declara, asimismo, como principio general, que ésta se someterá a la legislación común aplicable a los particulares –aun cuando admite como excepción, por motivos justificados por una norma con rango de Ley, que dicha actividad goce de un estatuto distinto–.

Asimismo, en la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Europea, se ha recogido el criterio que las normas de competencia resultan de aplicación a todos los Organismos, privados o públicos, que desarrollen actividades económicas, siempre que el comercio entre Estados miembros pueda verse afectado¹.

En el caso peruano, el artículo 60° de la Constitución –probablemente una de las normas constitucionales más restrictivas del mundo en esta materia– ordena a la actividad empresarial del Estado a sujetarse al principio de subsidiariedad, sometiéndola a una serie de controles:

* Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Administrativo Económico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

¹ Artículo 86.2 del Tratado de Roma. También, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. “Servicios de Interés General y Artículo 86° del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo - CEU. Centro de Política de la Competencia. Madrid, junio de 2005. (Texto completo en: <http://www.ideo.ceu.es/access.php?file/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/Jero%20competencia%201-0511.pdf>). También, ARIÑO ORTIZ, GASPAS. Principios de Derecho Público Económico. Ara Editores. Lima, 2004. p. 468.

“Solo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

Escollo insalvable contra el que se han estrellado las intenciones de sucesivos gobiernos por reactivar la actividad empresarial del Estado, esta norma incorpora tres candados, para blindar al mercado de sus distorsiones: subsidiariedad, Ley expresa y motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; amén de ordenar que la empresa estatal se someta al mismo tratamiento legal que la privada. Quedan prohibidos, consiguientemente, los estatutos preferenciales y privilegios para las empresas estatales².

La rigidez del artículo 60° de la Constitución es consecuencia de la traumática experiencia vivida en el cuarto de siglo³ durante el cual, la expropiación masiva de empresas privadas y la inversión del Estado en actividades “estratégicas” dejó a un país quebrado, con un déficit casi inmanejable y con una economía destruida⁴.

Al rotundo mandato de la norma constitucional se suma la publicación, en el año 2008, del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), cuyo artículo 14.3

ha tipificado, como un supuesto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, a la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública con infracción del mandato constitucional⁵. La razón de la infracción es que se atribuye a dicha actividad el efecto, real o potencial, de afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo⁶.

Y no cabe duda que la actividad empresarial del Estado compite de manera desleal contra los agentes privados. El Estado cuenta con crédito ilimitado (recolectado a través de los impuestos que el Estado extrae, incluso, de sus propios competidores en la actividad, como acota BULLARD⁷), tiene siempre la posibilidad de acceder a ampliaciones de su capital para soportar los déficit que su gestión genera, sus costos fijos son reducidos -por utilizar la infraestructura pública instalada- además de gozar, con frecuencia, de privilegios jurídicos respecto de los privados⁸.

A lo anterior se agrega que la actividad empresarial del Estado no responde a un fin de lucro ni se rige por las señales del mercado. Más bien, constituye un instrumento del gobierno que apunta a otros objetivos; es decir, se trata de una herramienta más - como la emisión de moneda, la política tributaria, los subsidios o los aranceles - de intervención en la economía, destinada a cumplir ciertos fines redistributivos y políticos, así como alinear la actuación de los agentes económicos con los objetivos del gobierno y su política económica⁹.

² Si constitucionalmente no es posible que las empresas públicas compitan con las privadas –porque solo pueden participar subsidiariamente- pareciera incongruente la declaración contenida en el segundo párrafo del artículo 60°, sobre la igualdad de tratamiento legal entre la empresa pública y la privada. Ello lleva a QUINTANA SÁNCHEZ a considerar que: “Esta regla de trato igualitario cobraría sentido si la empresa pública actúa y compete en el mismo mercado que la empresa privada. Es decir, si participa en el mercado sin cumplir un rol subsidiario. En tal caso, la empresa estatal tendría que competir sin ningún tipo de subsidio o privilegio especial, y solo debería mantenerse en el mercado mientras pueda operar de ese modo y persistan las condiciones que justificaron su entrada. Así, una interpretación de esta naturaleza indicaría que la Constitución también estaría reconociendo la posibilidad de que la actividad empresarial del Estado se realice en competencia con la iniciativa privada.” QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo: “Una Nueva Mirada a la Actividad Empresarial del Estado”, En “ConexiónESAN.com”, 26 de setiembre de 2011. Texto completo en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-la-actividad-empresarial-del-estado/>.

³ Periodo: 1968-1993.

⁴ Un dato interesante es que tanto la Constitución de 1993 como la Constitución de 1979 declaran su adhesión al modelo de “economía social de mercado”. Sin embargo, el tratamiento a la actividad empresarial del Estado no puede ser más distinto entre una y otra. Opuestamente al tratamiento subsidiario a ultranza y excepcional a la segunda la confina, el artículo 113° de la Constitución de 1979 asignaba a la actividad empresarial del Estado el rol de “promover la economía del país, prestar Servicios Públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”; permitiéndole, tácitamente, establecer un régimen preferencial para las empresas públicas. Además, el artículo 114° permitía, por causa de “interés social o seguridad nacional”, reservar para el Estado actividades productivas o de servicios (excluyéndolas, por ende, de la actividad privada).

⁵ “14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.”

⁶ Ver artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1044.

⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo: “Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 149, pp. 17-27.

⁸ Ver Considerando 28 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI de Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI (Pollería el Rancho contra Universidad Nacional del Altiplano – Puno)

⁹ QUINTANA SÁNCHEZ señala que, teóricamente, un Estado puede realizar actividad empresarial por razones de equidad (fines

Ejemplos de lo dicho se encuentran en el rol que desempeña PETROPERÚ, en el mercado de refinación y comercialización de combustibles; o el que juega ELECTROPERÚ en el mercado de generación eléctrica. Estas empresas estatales son abiertamente utilizadas por el Gobierno, tanto para impedir el incremento excesivo de los combustibles, como para vender o comprar energía en condiciones distintas a las de mercado y, por ende, inaceptables para el sector privado. También, sirven como instrumentos para ejecutar proyectos de inversión que, desde una perspectiva estatal de largo plazo, pueden resultar convenientes para el país, pero cuyo costo de oportunidad no los hace atractivos para el sector privado.

Pero la actividad empresarial del Estado ocasiona un problema, incluso más severo: desviar los fondos del Tesoro Público de aquellos fines que solo el Estado puede satisfacer, para destinarlos en actividades que, la mayor parte de las veces, podrían ser atendidos de manera más eficaz y eficiente por los privados.

En efecto, solo el Estado está en capacidad de atender ciertas necesidades que, justamente, son la razón de su existencia -seguridad interna y externa, justicia, infraestructura de uso público, medio ambiente saludable para todos los ciudadanos- además de la provisión de servicios asistenciales y públicos para aquellos sectores que no cuentan con los recursos económicos para obtenerlos del mercado. La actuación del Estado es también indispensable para asegurar que el país cuente con una infraestructura, administración de justicia y seguridad (física y jurídica) que resultan presupuestos esenciales para el desarrollo y la competitividad de las empresas nacionales, así como para la generación de fuentes de trabajo.

Partiendo de esa base, y teniendo en cuenta que los ingresos del Estado no son ilimitados, estos deben asignarse, en primer lugar, a aquellos fines que solo el Estado puede satisfacer –en otras palabras, a cumplir con las funciones que le han sido reconocidas por la Constitución– en lugar de distraerlos en otras actividades, en donde su rol es bastante menos relevante.

Por solo dar un ejemplo, en mi opinión es insostenible –incluso escandaloso– que el Estado peruano distraiga fondos públicos en exploración petrolera, en lugar de destinarlos a asegurar la presencia del Estado en el VRAE¹⁰ para combatir el narcotráfico y el terrorismo, a través de Servicios Públicos y asistenciales adecuados para la población, así como armamento, capacitación y equipos para las fuerzas militares y policiales.

Por supuesto que siempre existirán razones para justificar la actividad empresarial del Estado (incluyendo los mayores votos que se consigan por mantener los precios locales por debajo de los del mercado internacional, o las expectativas de obtener grandes utilidades, sin tomar en cuenta los riesgos y los costos que la actividad supone), pero estas resultan deleznable frente a la necesidad que el Estado actúe para garantizar la seguridad interna, atender a la población desnutrida, proteger el medio ambiente¹¹ y el patrimonio cultural, así como dotar de infraestructura, capacitación y servicios a las poblaciones más alejadas, particularmente a las alto andinas y amazónicas, que han sido tradicionalmente relegadas.

II. Actividad empresarial y Servicios Públicos – los precedentes de INDECOPI

Mucho se ha escrito sobre el artículo 14°.3 de la LRCD¹² y la jurisprudencia a la que ha dado lugar.

redistributivos), de eficiencia económica (compitiendo con los privados para buscar mejores condiciones de oferta) o estratégicas (en sectores considerados vitales para la soberanía de un país). *Ibíd.* Loc.cit. A modo de ejemplo, un país cuya Constitución económica admite la actividad empresarial del Estado en todos estos casos es Ecuador, cuyo artículo 313° otorga al Estado el derecho de “*administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos*”, entendiéndose por tales a “*aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social*”.

¹⁰ VRAE: Valle de los ríos Apurímac y Ene.

¹¹ Dicho sea de paso, las empresas públicas suelen ser de las más contaminantes, porque el Estado es renuente a supervisarse a sí mismo y remiso para hacer las inversiones que exige una industria respetuosa de la ecología.

¹² Entre otros: BULLARD GONZALES, Alfredo: “El Otro Pollo. La Competencia desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. En: Revista de Derecho Administrativo N° 10 – Derecho de la Competencia, pp. 199-209; DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José y BULEJE DIAZ, Crosby: “Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010-SCI-INDECOPI”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 10 – Derecho de la Competencia, pp.221-235; QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo: El Rol Asistencial y Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado y su Alto Interés Público o Manifiesta Conveniencia Nacional. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 149, pp. 29-33; PUENTE ARNAO TIRAVANTI, Víctor: “La Competencia Desleal del Estado en la Nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 132, pp.357-363. HUAPAYA NAVA, Mario y TERRAZOS POVES, Juana Rosa: “Principio de Subsidiariedad: Consideraciones Respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado”. En: Derecho & Sociedad 31, pp. 277-284.

Aplicando esta norma, INDECOPI -la agencia peruana de competencia - ha calificado, como actos de competencia desleal, hechos tales como la venta de pollos a la brasa por una universidad pública (Caso "Universidad del Altiplano")¹³ y la prestación de servicios médicos *premium*, por hospitales e instituciones de salud del Estado, sujetos a un tarifario diferenciado de los servicios sanitarios básicos (Caso "Clínica Santa Teresa")¹⁴. Quisiera detenerme en la tesis que INDECOPI postula en ambos precedentes para determinar qué conductas del Estado califican como actividad empresarial. En opinión de dicha agencia, ésta existe cuando el Estado *"asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más... (...) siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio"*¹⁵. (Subrayado es nuestro).

Como los casos de la Universidad del Altiplano y la Clínica Santa Teresa estaban referidos a servicios prestados por entidades de salud y educativas, INDECOPI desarrolla, en su jurisprudencia, las características de la prestación asistencial (lo que en doctrina administrativa usualmente se conoce como "Servicios Públicos Sociales"). Dentro de este rubro, incluye a los bienes y servicios *"...que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible"*; en particular, las prestaciones obligatorias recogidas en el Capítulo II del Título I de la Constitución (derechos sociales y económicos), *"...que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social"*¹⁶.

Respecto de estas prestaciones asistenciales, la agencia de competencia afirma que:

"El hecho que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60° de la Constitución. En efecto, si el objeto del

*análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría rehusando del cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional"*¹⁷. (Resaltado y subrayado agregados)

En ese orden de ideas, lo que lleva a INDECOPI a considerar que los centros estatales de salud, denunciados por la Clínica Santa Teresa, realizaban una actividad empresarial cuando prestaban servicios médicos bajo un "tarifario diferenciado", es que dicha actividad: *"no cumple con la calificación de asistencial, al no estar diseñada para satisfacer el acceso a una prestación de salud mínima bajo el rasgo de universalidad... (...)...al no ser una prestación destinada a dar un mínimo de salud a toda la colectividad, siendo tan solo una actividad diferenciada dirigida a un grupo de usuarios de mayor poder adquisitivo que el de los pacientes regulares"*¹⁸. (Subrayado agregado).

En mi opinión, el criterio utilizado por INDECOPI para diferenciar un Servicio Público Social de una actividad empresarial es acertado. Los artículos 9° al 11° de la Constitución, atribuyen al Estado un rol de facilitador y garante del **acceso universal y equitativo** a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Consiguientemente, un servicio médico que esté disponible solo para quienes puedan pagar por él (como es el caso de los servicios bajo tarifario diferenciado) no cumple con la finalidad de garantizar el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a un servicio considerado esencial. Se trata, por ende, de una actividad empresarial, que busca ofrecer un servicio a un determinado segmento de la población.

Distinto sería el caso si los hospitales públicos prestaran estos servicios a todos los ciudadanos, con un solo tarifario (con independencia de que este cubra el coste o no del servicio) pero garantizando que quienes acrediten su imposibilidad de pago tengan derecho a ser atendidos gratuitamente, o a una tarifa reducida. Porque un Servicio Público

¹³ Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI.

¹⁴ Resoluciones Números. 2470; 2471; 2472 y 2473-2010/SCI-INDECOPI.

¹⁵ Considerandos 29 y 30 de la Resolución N° 2472-2010-SC1-INDECOPI.

¹⁶ Considerandos 37 y 38 de la Resolución N° 2472-2010-SC1-INDECOPI.

¹⁷ Considerando 39 de la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI.

¹⁸ Considerandos 136 y 137 de la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI.

Social no tiene que ser gratuito, ni subsidiar a toda la población, pero sí debe estar disponible para quienes no puedan pagar por él y aplicarse en condiciones de equidad.

Por otro lado, en lo que se refiere a la educación -otra prestación asistencial clásicamente atribuida al Estado- también están presentes los criterios de universalidad y equidad que debe cumplir todo Servicio Público (educación accesible a todos los ciudadanos, con independencia de sus recursos económicos y discapacidades). Así, entre los deberes que los artículos 14° al 17° de la Constitución imponen al Estado, se encuentran los de asegurar que nadie se vea impedido de recibir la educación adecuada, por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas; ofrecer educación gratuita a nivel escolar y garantizar, a nivel universitario, el derecho a la educación gratuita en las instituciones públicas de aquellos alumnos que tengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con recursos económicos para cubrir los costos de educación.

La importancia que la sociedad atribuye al acceso de todos los ciudadanos a ciertas prestaciones que considera esenciales¹⁹, es la razón de ser de todos los servicios públicos.

Estos tienen por fin asegurar el acceso y goce, universal y equitativo, de los derechos económicos y sociales que son consustanciales a la dignidad humana y presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad²⁰:

"...desde el marco de la economía del bienestar son bienes de valor social (merit goods): su determinación supone la definición de auténticas preferencias sociales, cuya definición tiende a hacerse a través de procesos políticos y expresarse en normas constitucionales y legales.

(...)...como afirma Malaret, la noción de ciudadano permite superar la noción de

individuo –en el sentido atomizante del término- para subrayar la inclusión plena de la persona en el tejido social. En suma, la ciudadanía social alude a este tipo de derechos, cuya protección vendría garantizada por el Estado Nación, entendido no ya como Estado Liberal de Derecho, sino como Estado Social de Derecho"²¹.

Por eso, tratándose de Servicios Públicos sociales, el mercado no es el principio rector²², aspecto que lleva a INDECOPI a concluir que la prestación asistencial no califica como actividad empresarial: *"...las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política"²³.*

Concluyendo, el rol que nuestra Constitución atribuye al Estado en materia de Servicio Públicos sociales, no es subsidiario sino protagónico o, cuando menos, concurrente con el de las empresas e instituciones privadas.

III. Actividad empresarial del Estado y Servicios Públicos económicos

En lo que se refiere a la segunda excepción a la actividad empresarial, el ejercicio de la potestad de imperio, o "actividad estatal de autoridad pública", como también la denomina INDECOPI, citando a la normativa comunitaria europea²⁴, la Sala de Competencia se limita a mencionar algunos ejemplos: la función legislativa, la administración de los sistemas de defensa nacional y de justicia, así como el otorgamiento de títulos habilitantes²⁵. Tanto en el caso de la Universidad del Altiplano como en las resoluciones vinculadas al caso Santa Teresa, la descripción de dicha actividad es bastante escueta, circunscrita al "ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de *ius imperium*, propias de la existencia del Estado"²⁶, es decir, a las funciones públicas del Estado²⁷.

¹⁹ "Ciertamente la esencialidad o no esencialidad de una actividad, recurso o servicio es de imposible definición a priori. La declaración de tal es tarea del legislador..." ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios..." Op.cit., p. 462.

²⁰ "...quienes cifran el destino de la libertad solo en la existencia de mercados libres, [olvidan] que estos, por sí solos, terminan, según la metáfora de Isaiah Berlin, permitiendo que los lobos se coman a todos los corderos." VARGAS LLOSA, Mario: "El Joven Popper". En: Diario La República, 9 de setiembre de 2012, p. 7.

²¹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. "Derecho Constitucional Económico". Op.cit., pp. 567 y 568.

²² Si fuera así, solo podrían acceder quienes estén en capacidad de pagar por ellos.

²³ Considerando 37 de la Resolución N° 2471-2010/SC1-INDECOPI.

²⁴ Considerando 39 de la Resolución N° 3134-300/SC1-INDECOPI. Ver también MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo: "Servicios de Interés General y artículo 86° del Tratado CE: Una Visión Evolutiva". Op. cit.

²⁵ Ver Considerando 39 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

²⁶ Considerando 40 de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI.

²⁷ Para José María SOUVIRON MORENILLA, las funciones públicas son "actividades intrínsecas y definidoras del Estado" en tanto que los Servicios Públicos son "actividades asumidas por éste pero que no pertenecen a su esencia: el imperium derivado de la

Dentro de estas funciones, el considerando 146 del caso Santa Teresa incluye el otorgamiento de concesiones de infraestructura de uso público y autorizaciones para el uso o aprovechamiento de bienes estatales, cuando señala que *“la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir, expresión de una potestad pública que solo puede ser ejercida por el Estado, en calidad de titular del bien de dominio estatal”*. Es relevante mencionar que, en opinión de INDECOPI, fue por el ejercicio de esa función de imperio que el Tribunal Constitucional, en el caso *“Gremco Publicidad contra el Instituto Peruano del Deporte”*²⁸, consideró que el arrendamiento de espacios publicitarios en el Estadio Nacional no constituía una actividad empresarial. Con ello, desestimó la interpretación de las entidades estatales de salud denunciadas que, amparándose en esa sentencia, alegaban que la prestación de sus servicios bajo tarifario diferenciado no constituía una actividad empresarial, porque no estaban organizadas como empresa pública ni tenían fin de lucro²⁹.

Llama la atención, sin embargo, que la jurisprudencia expedida por INDECOPI no se pronuncie sobre los Servicios Públicos económicos³⁰; sea para considerarlos como un supuesto que no califica como actividad empresarial del Estado o, para sustentar por qué sí tienen tal calidad. En particular, resulta sorprendente que este aspecto no haya sido abordado al resolver la denuncia por competencia desleal interpuesta por la empresa Tarucani Generating Company S.A. (TGC) contra Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (EGASA)³¹.

En ese caso, EGASA fue denunciada por TGC, entre otros actos, por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la LRCD, al realizar actividades de generación hidroeléctrica, además de haber obtenido concesiones temporales para la

realización de estudios destinados a la construcción de futuras centrales. La Sala de Competencia revocó la resolución de primera instancia -que había declarado fundada la denuncia- por considerar que existía una Ley expresa -Ley N° 23406, Ley General de Electricidad- que autorizaba a EGASA a prestar el servicio de generación y a obtener concesiones para nuevos proyectos hidroeléctricos (al ser esta norma anterior a la Constitución de 1993, no se le aplicó el test de subsidiariedad). En este caso, INDECOPI parece haber asumido, sin mayor análisis, que la generación de electricidad era una actividad empresarial, por lo que se limitó a evaluar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución para su desarrollo. Esto, en mi opinión, es un error. Como lo demostró el propio INDECOPI en los casos de Universidad del Altiplano y Santa Teresa, un enfoque riguroso obliga, con independencia de la conclusión a la que se arribe, a analizar, en primer lugar, si el desarrollo y gestión de Servicios Públicos económicos por el Estado debe considerarse como actividad empresarial. Solo si la respuesta es afirmativa, deberá evaluarse si la actividad denunciada se sujeta, o no, a lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución.

Para ello, es indispensable partir de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales que aluden al rol del Estado en materia de Servicios Públicos Económicos, para poder establecer el tipo de actividad ante el que nos encontramos. En particular, debe analizarse lo dispuesto en el artículo 58°. Este, luego de reconocer el derecho a la libre iniciativa privada, precisa que el Estado: *“orienta el desarrollo del país y actúa, principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, Servicios Públicos e infraestructura”*. (Subrayado agregado).

En la misma línea, el artículo 195° atribuye a los Gobiernos Locales la función de:

soberanía”. “La Actividad de la Administración y el Servicio Público”. Editorial Comares. Granada, 1998. p. 115. Por su parte, KRESALJA destaca que los Servicios Públicos no son *“...actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad”*. Citado en KRESALJA, Baldo y OCHOA, César: Derecho Constitucional Económico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009, p. 559.

²⁸ Expediente N° 07644-2006-PA/TC.

²⁹ El TC considera, en su resolución, que una actividad empresarial conlleva *“la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro”*, concluyendo que el arrendamiento por el IPD del Estadio Nacional no constituía una actividad empresarial porque se trataba de un organismo público descentralizado cuyas funciones incluían las de *“Autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva”* con fines de conservación de la misma. Para el TC, mediante dicho arrendamiento, el IPD cumplía con la finalidad constitucional de *“promoción del deporte”*, reconocida en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú.

³⁰ Según la clásica definición de ARIÑO, el Servicio Público económico o industrial es *“aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”* (ARIÑO ORTIZ, “Principios...” op.cit. p. 564). Usualmente se trata de servicios que requieren para su prestación de infraestructuras de red con características monopólicas. Los servicios de saneamiento, ferroviarios, eléctricos, de transporte y distribución de gas, y de telecomunicaciones, entre otros, son considerados en el Perú como servicios públicos.

³¹ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, del 4 de abril de 2011.

“Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a Ley”³².

Las normas precedentemente reseñadas contienen un imperativo constitucional para que el Estado actúe y desarrolle actividades destinadas a la prestación de determinados Servicios Públicos. Si estos servicios fuesen considerados como parte de la actividad empresarial del Estado, dicho mandato resultaría, *prima facie*, contradictorio con lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución, que obliga a Ley autoritativa previa, sustentada en alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, además de limitar su actuación a un plano meramente subsidiario de la actividad privada. En efecto, ¿cómo podría requerirse una Ley autoritativa cuando la propia Constitución le ordena actuar en esos campos?

En buena medida, los fundamentos utilizados por INDECOPI para considerar a las actividades asistenciales como un supuesto distinto a la actividad empresarial resultan aplicables a los Servicios Públicos económicos. También en este caso existe *“una obligación prevista por disposición constitucional”* para que el Estado actúe, con el añadido que, respecto de los Servicios Públicos económicos, el Estado tiene la calidad de titular del servicio. Evidentemente, la actuación del Estado no tiene que implicar, necesariamente, la gestión directa de la actividad, pero tampoco lo impide. Dicho de otra manera, si el Servicio Público es por definición, una actividad de titularidad estatal ¿cómo puede calificar como actividad empresarial cuando el Estado la presta?

Reconozco que el tema es espinoso y objeto de amplio debate, tanto en la doctrina nacional como en la comparada. Para algunos autores, la *“exclusividad regalística”* característica del concepto tradicional de Servicio Público –que conllevaba la sustracción de la actividad prestacional de la esfera privada, para pasar a convertirse en un cometido estatal– habría desaparecido hoy en día para dar lugar a un nuevo Servicio Público, en el que el

Estado cumple, básicamente, el rol de garante o responsable del servicio. En esa línea, DANÓS considera que en los servicios públicos:

“el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que la asunción de titularidad solo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público. De ahí que aunque la titularidad del Servicio Público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del Servicio Público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares”³³. (Subrayado agregado)

En tanto que para KRESALJA y OCHOA, el Servicio Público mantiene, entre otras, las siguientes notas características:

“a) Se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable. b) La titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta. i) por una declaración formal (publicatio) que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros y ii) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad(...)”³⁴.

Personalmente, suscribo la posición de estos últimos autores. Porque si la calificación de un servicio como público no otorga al Estado el derecho de prestar el servicio por organización propia, entonces no habría distinción entre el **Servicio Público** y el **servicio de interés general**. Serían sinónimos. La gran diferencia entre ambos conceptos es, justamente, que el primero le atribuye titularidad al Estado y el segundo no. En lo demás, son idénticos: servicios considerados tan

³² Podría citarse también el artículo 119°, que dispone que la dirección y gestión de los Servicios Públicos está confiada al Consejo de Ministros y a cada ministro, en los asuntos que competen a la cartera a su cargo. Pero coincido con DANÓS en que dicha norma, más que referirse a los servicios públicos, apunta a designar a los servicios administrativos en sentido orgánico. (DANÓS, “El Régimen de de los Servicio Públicos en la Constitución Peruana” op. cit., p. 256).

³³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana”. En: THÉMIS N° 55, p. 259.

³⁴ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. “Derecho Constitucional...” op. cit., p. 559. En la misma línea, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, op. cit., p. 565.

indispensables o esenciales para la vida social que la Ley hace al Estado responsable de asegurar su adecuada prestación (es decir, de forma obligatoria, universal, regular, accesible y asequible). Por ende, la titularidad estatal tiene que ser algo más que una atribución de responsabilidad por el servicio. Por eso, justamente es que tratándose de un Servicio Público, su gestión por los particulares se da a través de una concesión: título habilitante otorgado por la Administración que supone una delegación de cometidos estatales en su favor. En un servicio de interés general, la técnica concesional no se utiliza, bastando con una mera autorización o registro.

Un elemento adicional a tener en cuenta es que jurídicamente, no cabría distinguir entre ciertas actuaciones del artículo 58°, que calificarían como función de imperio (seguridad y promoción del empleo), y otras, que constituirían una actividad empresarial (los Servicios Públicos económicos). La “actividad empresarial del Estado, a que se refiere el artículo 60°, es necesariamente distinta a las actuaciones atribuidas al Estado en el artículo 58° de la Constitución. Así lo reconoce también la normativa comunitaria europea, para la que la “actividad estatal de autoridad pública” –el término que INDECOPI utiliza expresamente en sus resoluciones como supuesto de excepción al principio de subsidiariedad– comprende no solo a las funciones del Estado, sino a los servicios de interés general (nuestros Servicios Públicos económicos) y a los del estado de bienestar (los Servicios Públicos sociales)³⁵.

IV. Conclusión

DEVOLVÉ consideraba que la noción del Servicio Público constituye una amenaza para las libertades públicas:

“Si el Estado no es más que un conjunto de servicios públicos, cuyos límites son indefinidos, el Servicio Público justifica todas las extensiones del Estado y todas las restricciones de las libertades públicas: él abre la vía a la esclavitud”³⁶.

Y tenía razón.

Pero también la tenía Isaiah BERLIN cuando sostuvo que:

“...ofrecer derechos políticos y salvaguardas contra la intervención del Estado a hombres que están medio desnudos, mal alimentados, enfermos y que son analfabetos es reírse de su condición: necesitan ayuda médica y educación antes de que puedan entender qué significa un aumento de su libertad o que puedan hacer uso de ella. ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? [...] Si mi libertad o la de mi clase o nación depende de la miseria de un gran número de seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral”³⁷.

En ese equilibrio precario entre libertad y solidaridad, esos dos polos de tensión –al decir de ARIÑO- que inspiran a todas las constituciones económicas del mundo, la noción de Servicio Público (social y económico) ha sido una herramienta para construir un Estado y una sociedad inclusivos, que garanticen el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a las prestaciones que, en cada tiempo, se han considerado como presupuestos esenciales para la dignidad y libertad humana. Pero esta noción también ha servido para dotar al Estado de una serie de prerrogativas y privilegios, restringiendo el ámbito de la libertad privada y afectando el proceso competitivo.

Creo que el Estado Social de Derecho de hoy, requiere como ayer, del Servicio Público, aunque restringido a aquellas actividades que verdaderamente lo justifican. En el caso de Perú, un sistema obsoleto de Servicio Público, que ha mantenido la *publicatio* para actividades que han devenido en netamente comerciales, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas y regulatorias³⁸, faculta al Estado a ejercer un nivel de intervencionismo y una actividad económica que no se condicen con la evolución del mercado en sectores que hace tiempo dejaron de tener características monopólicas y que pueden ser adecuadamente atendidos por la actividad privada.

La modificación del marco legal que permita la transformación de la mayoría de Servicios Públicos en servicios de interés general, es una tarea aún pendiente en nuestro país. Como aconseja ARIÑO, debemos sustituir el concepto de Servicio Público (peligroso, por ambiguo y extensivo) por el de servicio universal, que no es otra cosa que el núcleo duro del servicio esencial de interés general:

³⁵ Ver, al respecto, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. “Servicios de Interés General...”. Op.cit.

³⁶ DEVOLVÉ, Pierre: “Servicio Público y Libertades Públicas”. Citado por MAIRAL, Héctor: “La Ideología del Servicio Público”. En: Revista de Derecho Administrativo. Año 5, N° 14. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993. p. 372.

³⁷ BERLIN, Isaiah. Cuatro Ensayos sobre la libertad. Citado por KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit., p. 568.

³⁸ Tal vez el ejemplo más claro sea el de las telecomunicaciones.

“En lugar de declarar Servicio Público el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que hay que hacer es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de Servicio Público, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar a todos, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento, vienen vinculados los operadores que actúen en él. Ello exige justamente la diferenciación de prestaciones: en el transporte, será la cobertura de determinadas líneas regulares (pero no cualquier transporte), en el correo el servicio básico postal de cartas y certificados con carácter universal (pero no el servicio de paquetería o transporte urgente), en las telecomunicaciones, el servicio básico telefónico con carácter universal (pero no los servicios de valor añadido, la telefonía móvil o las redes locales de cable); en la electricidad, el transporte en alta tensión por la red general peninsular y la distribución universal a todo pequeño consumidor final (pero no la generación eléctrica, ni la venta al por mayor, ni el suministro a grandes consumidores), etc...,

etc... En cada sector, hay que determinar en concreto cuáles son esas obligaciones”³⁹.

Es este servicio universal el que mantiene los clásicos caracteres de obligatoriedad, universalidad, regularidad, aunado al de accesibilidad y asequibilidad; ya que las actividades competitivas al prestarse en un régimen de concurrencia, se rigen en buena medida por las reglas del mercado. Una delimitación como ésta permitirá una diferenciación más fina entre aquellas actividades estatales que tienen una naturaleza empresarial -y por ende, deben sujetarse al artículo 60^º- y aquellas otras que, dada su esencialidad, no deben regirse por criterios de mercado, sino de universalidad, equidad y asequibilidad.

En el ínterin, no queda más que reconocer que, en tanto la actividad estatal califique como Servicio Público, no puede ser calificada como “actividad empresarial”, por tratarse del cumplimiento de un cometido estatal expresamente reconocido en nuestra Constitución. A pesar de que con ello se abra un forado a la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad estatal reconocido en el artículo 60^º de la Constitución.

³⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op.cit., p. 762.

Gavelán  Abogados
ESTUDIO JURIDICO

Jr. Junín 213 Of. 304 Plaza Mayor de Lima - Perú
Telefax: 511 4285783 Móvil: 511 990188467
Skype: arturo.gavelan1
www.gavelanabogados.com

Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos

Eduardo Quintana Sánchez*

SUMILLA

El autor por medio del presente artículo nos explica las consecuencias de los subsidios en los Servicios Públicos. Para ello, en primer lugar, define el concepto subsidio y detalla sus características más importantes; luego, expone los principios por los cuales se rigen las tarifas de los Servicios Públicos y los subsidios. Como los subsidios son excepciones a la política tarifaria, presentan una naturaleza jurídica diferente, que se detallan a continuación y al término del mismo se enuncian las igualdades/discriminaciones de las tarifas de los subsidios.

Introducción

En las últimas décadas las actividades de Servicios Públicos, que previamente se encontraban bajo estricto control estatal, han pasado por procesos de liberalización y promoción de la participación privada. Los sistemas legales que propugnan la economía de mercado, o la economía social de mercado como en el caso peruano, han dado lugar a que las empresas se desempeñen con criterios de eficiencia económica para la prestación de Servicios Públicos. Bajo este nuevo modelo las políticas de precios que utilizan las empresas de Servicios Públicos y en las que se basan las decisiones de los Organismos Reguladores tienen dos principios básicos, siendo el primero que los precios al consumidor deben cubrir los costos totales de provisión, y el segundo que deben evitarse los subsidios¹.

Sin perjuicio de lo anterior, existen varias modalidades y formas de subsidios que se aplican en las actividades de Servicios Públicos, tanto en el extranjero como en el Perú, sin que ello determine una ruptura del modelo de prestación privada de los Servicios Públicos, ni tampoco un desvío completo o arbitrario de los principios antes señalados. Esto se explica porque los referidos subsidios se utilizan como un instrumento de política regulatoria

con motivaciones específicas y de temporalidad limitada, por ejemplo la búsqueda de objetivos de equidad (lograr el servicio universal), garantizar actividades de relevancia (asegurar retornos iniciales adecuados para la inversión en grandes infraestructuras), impulsar emprendimientos empresariales deseados (inversión en fuentes de energía limpia), entre otros.

No obstante, siendo que se trata de un mecanismo de excepción dentro de la política de determinación de precios en Servicios Públicos, la creación de subsidios por parte de las autoridades o su utilización por las empresas prestadoras debe ser cuidadosa y estar sólidamente justificada.

En este trabajo se analizan críticamente aspectos relevantes sobre la creación y utilización de subsidios en actividades de Servicios Públicos, en particular considerando su naturaleza jurídica, así como los efectos que pueden tener en el mercado.

1. Definición y principales características de los subsidios

Un subsidio en términos generales puede concebirse como una reducción de los precios o de los costos de producción de un bien o servicio

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

¹ BEATO, Paulina. Cross-Subsidy Prices in Public Utilities. En: Competition Policy in Regulated Industries: Approaches for emerging Economies, Beato y Laffont editores (Interamerican Development Bank, 2002), p.199.

a través de alguna forma no compensada de transferencia de valor a agentes económicos². Esta definición abarca tanto transferencias a empresas proveedoras (se reduce su costo de producción) como transferencias a consumidores (se reduce el precio que deben pagar por el servicio).

Los recursos para financiar un subsidio pueden provenir de varias fuentes. Las dos formas más típicas son las siguientes³:

- Subsidios explícitos o directos: Se dan cuando los recursos para el subsidio provienen del presupuesto público, es decir, el Estado transfiere los fondos al productor para reducir los costos de producción o al consumidor para reducir el precio de provisión del servicio; este tipo de subsidios son reflejados de forma transparente en el presupuesto público.
- Subsidios cruzados: La transferencia de recursos para el subsidio se da entre grupos de consumidores, sin que provengan del erario público, en tanto que un grupo de consumidores paga un precio mayor que el costo de provisión del servicio y el excedente es utilizado para financiar ya sea la provisión de servicios a otro grupo (los más pobres) o alguna actividad de la empresa proveedora (por ejemplo, la expansión de su red de cobertura de servicios). También pueden presentarse subsidios cruzados cuando se cobra un mismo precio a todos los usuarios pese a que el costo de atenderlos es distinto en función de zonas geográficas u otros factores, con lo cual un grupo de consumidores termina pagando más que el otro⁴.

En algunos casos se presentan situaciones intermedias entre los dos tipos de subsidios mencionados, en particular cuando el estado impone una carga económica sobre determinados agentes del mercado que, sin ser consumidores o beneficiarios del servicio, deben contribuir a su financiamiento. De este modo, se presenta la transferencia de recursos no compensados para financiar determinada provisión de servicios, que es típica de un subsidio, pero sin que los recursos provengan del presupuesto público ni de un

grupo de consumidores de tales servicios, sino más bien de agentes que deben contribuir a su financiamiento para cumplir un mandato legal.

Por lo general, los subsidios suelen utilizarse para financiar la provisión de servicios a los consumidores con menores recursos o que se ubican en zonas geográficas aisladas y/o deprimidas, es decir, con una lógica de servicio universal para los menos favorecidos. Este uso de los subsidios tiene un evidentemente objetivo de equidad.

Sin perjuicio de lo anterior, dependiendo del sector en que se aplican, los subsidios pueden tener distintas finalidades. Así, por ejemplo, los subsidios en el sector de energía pueden tener carácter universal, estar dirigidos a los más pobres, ser para comunidades rurales o remotas, y para industrias o empresas en particular.

Asimismo, los subsidios pueden ser para fuentes de energías confiables o de energía limpia, nuevos productores de energía, formas innovadoras de provisión de energía, o inversión en energía eficiente⁵.

2. Principios de las tarifas de servicios públicos y subsidios

La tarifa de un Servicio Público es la contraprestación que paga el consumidor o usuario por la provisión del servicio y, por ende, es un precio. Se trata de un precio público debido a que la tarifa es fijada por la autoridad reguladora, pero sin que ello la convierta en un impuesto o una tasa⁶. Es decir, la tarifa es un precio porque es la contraprestación por un servicio efectivamente recibido y, además, es público porque no es determinado por el mercado sino fijado administrativamente⁷.

Tratándose de precios, la fijación reguladora de las tarifas de Servicios Públicos se rige por los siguientes principios clásicos:

- a) Costo real y total o suficiencia. Este principio impone que las tarifas de un servicio deben corresponder a los costos efectivos y reales de prestarlo, es decir que los ingresos

² Esta definición ha sido planteada en un estudio de subsidios en el sector de energía: BACON, LEY y KOJIMA. Subsidies in the Energy Sector: An Overview (Background Paper for the World Bank Group Energy Sector, 2010). p. 8.

³ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., pp. 22 y 23. LE BLANC, David. A framework for Analyzing Tariffs and Subsidies in Water Provision to Urban Households in Developing Countries (DESA Working Paper No. 63, 2008), p. 17.

⁴ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., p. 23. HEALD, D.A. Public Policy towards Cross Subsidy (Annals of Public and Cooperative Economics No. 68, 1997), p. 598.

⁵ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., p. 11.

⁶ ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico (ARA Editores, 2004), p. 594.

⁷ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Las Tarifas Eléctricas: el Caso Español; en: Precios y Tarifas en Sectores Regulados. Ariño editor, Editorial Comares. 2001, p. 2.

provenientes de las tarifas pagadas por los usuarios del servicio deben cubrir el conjunto de costos que razonablemente son necesarios para proveerlos⁸, o como señala LÓPEZ DE CASTRO **“las tarifas de un Servicio Público deben cubrir todos los costes y sólo los costes del servicio”**⁹. Esto supone que se cumplan las siguientes condiciones:

- Las tarifas deben cubrir todos los costos razonables y necesarios para la prestación del servicio, incluyendo una utilidad normal para el inversionista.
 - Los costos del servicio deben ser pagados por los usuarios del mismo, no por los accionistas de la empresa operadora, ni por los contribuyentes.
 - Las tarifas no deben incluir costos no relacionados con el servicio¹⁰.
- b) Eficiencia. Este principio indica que al tratarse de precios, las tarifas deben cumplir la función que tienen los precios en el mercado, es decir, permitir una asignación eficiente de los recursos. Esto implica, según LÓPEZ DE CASTRO¹¹, que la retribución que perciben las empresas operadoras debe incluir incentivos a la eficiencia y a la minimización de costos, lo que implica que la tarifa debe ser fijada de modo que cubra los costos razonables y necesarios para sustentar la provisión del servicio¹².

En este punto corresponde precisar el concepto de estructura tarifaria que, dentro de los límites de la eficiencia y cumpliendo el principio de suficiencia antes comentado, permite alcanzar objetivos de promoción económica o protección social de algunos grupos de usuarios. Sobre el particular ARIÑO ha señalado:

“Un problema diferente, aunque íntimamente relacionado con el nivel de tarifas de un Servicio Público, es el del logro de una equitativa y justa estructura tarifaria, es decir, de una adecuada combinación de precios para los distintos servicios específicos que la empresa presta a los diferentes grupos o sectores de

*clientela, de modo que pague más el que más tiene o el que más utilidad obtiene del servicio, pero manteniendo siempre la regla de que el conjunto de los ingresos cubra globalmente la totalidad de los gastos. (...) puede haber –y debe hacer en muchos casos, por razones económicas o sociales– compensaciones inter-servicios, de modo que con los superávits obtenidos de algún tipo de ellos puedan ser subvencionadas o compensadas las pérdidas experimentadas en otros. Ello es algo que no afecta la solidez y buen funcionamiento de la empresa, y puede servir, en cambio, para lograr un trato equitativo entre los distintos grupos de usuarios o la consecución de determinadas finalidades de promoción económica o de protección social de un grupo de ellos. Pero nótese que con ello no se infringe el principio del coste real: el servicio lo pagan los usuarios (no hay subsidios externos), sólo que con una distribución equitativa y justa. Y en todo caso conviene insistir en que, de existir, tales subvenciones cruzadas deben ser siempre internas al servicio, no ajenas a él”*¹³.

- c) Objetividad. Este principio se refiere a que la fijación de tarifas debe cumplir las reglas aplicables a toda actividad administrativa, esto es, debe sustentarse en una norma previa de carácter general que autorice la fijación administrativa de las tarifas y, además, debe garantizar neutralidad en su aplicación principalmente atribuyendo esa responsabilidad a una entidad independiente de la autoridad política¹⁴.

Los subsidios directos definidos en la sección anterior constituyen una excepción al principio de suficiencia antes comentado, en tanto que los costos del servicio no están siendo cubiertos en su integridad por la tarifa que se cobra a los usuarios, sino mediante recursos del Presupuesto del Estado. También son una excepción a dicho principio los subsidios que se financian a través de cargas económicas impuestas por mandato legal a agentes del mercado, pues si bien en ese caso

⁸ ARIÑO. Op. Cit. pp. 594-595.

⁹ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. p. 2.

¹⁰ Al respecto, Ariño señala correctamente lo que sigue: *“(...) la tarifa debe cubrir los costes y nada más que los costes: es un error económico y un dislate jurídico que la tarifa se convierta en un cajón de sastre donde cabe cualquier cosa: una exacción fiscal encubierta, una subvención a terceros, una protección arancelaria, o cualquier otra finalidad ajena al servicio”*. Op. Cit. p. 595.

¹¹ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. pp. 2-3.

¹² Según Ariño, los componentes de la tarifa deben ser: costos de explotación depurados y ajustados, amortización prudente y realista de los activos, normal rentabilidad de la inversión neta, e impuestos. Op. Cit. p. 595.

¹³ ARIÑO. Op. Cit. p. 595.

¹⁴ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. pp. 3-4.

los recursos no provienen directamente del erario público, provienen de terceros que no son usuarios o beneficiarios del servicio en cuestión.

De otro lado, si bien los subsidios cruzados definidos en la sección previa cumplen el principio de suficiencia, pues los costos del servicio son cubiertos en su integridad, aunque en distintas proporciones, por los usuarios, constituyen una excepción al principio de eficiencia, pues en tal caso las tarifas cobradas a ciertos usuarios no cubren el costo de provisión del servicio a dichos usuarios, mientras que las tarifas aplicadas a otros superan los costos de provisión¹⁵ y, por ende, no cumplen plenamente la función de los precios en el mercado (es decir, ser señal para la asignación eficiente de los recursos).

3. Naturaleza jurídica de los subsidios

Como ya se ha señalado, los subsidios constituyen excepciones a los principios de política tarifaria y su naturaleza jurídica puede ser distinta, en función de quienes son los obligados a pagarlo y quién es el acreedor del subsidio.

3.1. Subsidios de naturaleza tarifaria

La tarifa es la contraprestación que pagan los usuarios por el servicio recibido y, en principio, dicha tarifa debe cubrir todos los costos del servicio y solo los costos del servicio. Por ello, si quienes pagan el subsidio son usuarios del servicio (es decir se cobra a algunos usuarios tarifas mayores que el costo del servicio para subvencionar la provisión a otros usuarios que pagan tarifas menores), dicho subsidio tiene la naturaleza de una tarifa regulada.

Adicionalmente, siendo dicha tarifa (que incluye el subsidio) la contraprestación por el servicio brindado, su acreedor es la empresa proveedora del servicio. Así, el subsidio que recibe la empresa de parte del usuario también tiene la naturaleza de una tarifa regulada. En función de lo anterior, los subsidios cruzados tienen naturaleza de tarifa regulada.

Como ejemplo de lo señalado puede considerarse el subsidio existente a través del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), creado por la Ley N°. 27510. Esta norma establece que las tarifas de distribución de energía eléctrica a los usuarios finales debe incluir un recargo para determinados grupos de usuarios, que a su vez

servirá para compensar la tarifa menor que se cobrará a otros grupos de usuarios del servicio. Quienes recaudan el mencionado recargo y además lo utilizan para la referida compensación son las empresas concesionarias de distribución.

El recargo por FOSE fue analizado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la misma que concluyó en los siguientes términos: que ese concepto era una un incremento tarifario y no un tributo¹⁶:

*“De las normas glosadas, se colige que las empresas de distribución eléctrica deben efectuar, por un lado, recargos tarifarios en la facturación de los usuarios adscritos a un sistema interconectado no beneficiados y, de otro lado, descuentos en la facturación de los Usuarios Beneficiados.
(...)”*

En este orden de ideas, el incremento denominado recargo para un sector de usuarios (Usuarios No Beneficiados) y la reducción vía descuento para otro sector de usuarios (Usuarios Beneficiados), importa un mayor o menor ingreso para las empresas eléctricas, toda vez que ambos influyen en la tarifa que deben cobrar las empresas de distribución eléctrica.

Lo expuesto, se ve corroborado en lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley N° 27510 la misma que señala que: ‘(...) resulta urgente promover una política tarifaria que facilite y promueva el acceso al servicio eléctrico a los usuarios residenciales de bajo consumo, con la finalidad de mejorar la economía familiar a nivel nacional. Es por ello que se necesita establecer una política tarifaria de acceso al servicio eléctrico para los usuarios del sistema interconectado nacional y de los sistemas aislados’.

Por otra parte, de acuerdo a la doctrina especializada se considera al Tributo ‘... como toda prestación obligatoria en dinero o en especie, establecida por la Ley que no constituya sanción por acto ilícito y que efectúa el particular a favor del Estado en sus diversas manifestaciones y de acuerdo a su capacidad contributiva para que éste cumpla con sufragar los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines’.

¹⁵ Se ha señalado que en términos simples, un esquema de precios tiene subsidios cruzados cuando los precios para algunos consumidores están por debajo de los costos promedio de producción, mientras que los precios para otros consumidores se encuentran por encima de los costos promedio. BEATO, Op. Cit. p. 199.

¹⁶ Informe N° 336-2002-SUNAT/K00000, del 21 de noviembre de 2002.

En consecuencia, el recargo no tiene naturaleza de tributo, toda vez que no existe dentro de su estructura el componente del acreedor tributario que como hemos visto debe recaer en el Estado en sus diversas manifestaciones; sino constituye en esencia una regulación tarifaria a fin de crear un subsidio para determinados consumidores residenciales”.

Como se observa, el razonamiento de la SUNAT en el caso del recargo por FOSE es que los obligados al pago son un grupo de usuarios del servicio de distribución de energía eléctrica y que con esos recursos se hacen descuentos sobre (es decir se subsidia) la tarifa correspondiente a la prestación del mismo servicio a otro grupo de usuarios. Además, la SUNAT identificó que el acreedor del recargo por FOSE es la propia empresa operadora del servicio, es decir, la distribuidora eléctrica. En función de lo anterior, manifestó que ello **“constituye en esencia una regulación tarifaria a fin de crear un subsidio para determinados consumidores residenciales”**.

La naturaleza de tarifa regulada de los subsidios cruzados tiene consecuencias jurídicas importantes. Solo a manera de ejemplo, se entiende que al tratarse de una tarifa regulada, su estructuración está en manos y corresponde a la autoridad reguladora. Asimismo, se entiende que al ser parte de un precio que constituye la contraprestación por el servicio recibido, el monto correspondiente al subsidio está sujeto al pago de los impuestos de Ley como ocurriría con cualquier precio.

3.2. Subsidios de naturaleza tributaria

Cuando determinados agentes del mercado deben asumir cargas económicas impuestas por mandato legal para cubrir los costos de determinados Servicios Públicos se está creando una excepción al principio regulatorio de suficiencia, tal cual ha sido definido en la segunda sección del presente trabajo. En este caso, las tarifas del servicio que se cobra a los usuarios del mismo (en caso que se les cobre alguna tarifa) no cubren todos los costos incurridos en la prestación del servicio, pues una parte de ellos está siendo financiada con recursos de terceros. El subsidio que pagan estos terceros no tiene naturaleza de una tarifa regulada, sino

por el contrario constituye una carga de naturaleza tributaria.

Efectivamente, en estos casos quienes pagan el subsidio no son usuarios del servicio que está siendo financiado, sino más bien contribuyentes por mandato legal. Asimismo, el acreedor de los recursos materia del subsidio es el Estado o una Entidad Estatal, que luego los asigna a los fines para los cuales han sido recaudados.

Como ejemplo de lo anterior puede considerarse el aporte al Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones (FITEL), creado por el Título Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC), modificado por la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904). De acuerdo con esta norma, las empresas concesionarias de Servicios Públicos de telecomunicaciones deben pagar un porcentaje determinado de sus ingresos (según el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones es el 1% de los ingresos brutos facturados y percibidos) para financiar los proyectos de inversión en infraestructura de telecomunicaciones en zonas rurales y de alto interés.

El aporte a FITEL fue evaluado por el Tribunal Fiscal con ocasión del recurso de impugnación presentado por una empresa operadora de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, concluyendo en los siguientes términos: que dicho pago constituye un tributo y no una contraprestación de origen contractual¹⁷:

“Que de la revisión del expediente remitido, puede apreciarse que la recurrente solicitó la devolución de sumas pagadas indebidamente por concepto de aporte a FITEL y a OSIPTEL correspondientes al ejercicio 1994, los cuales fueron considerados pagos de origen contractual por la referida entidad [OSIPTEL];

Que al respecto, los aportes a FITEL y a OSIPTEL constituyen obligaciones pecuniarias ex lege, en la medida que los elementos conformantes de la relación obligatoria como la prestación, sujeto acreedor y deudor, han sido establecidos por Ley¹⁸;

¹⁷ Resolución del Tribunal Fiscal N° 560-2-99, del 16 de junio de 1999 (Expediente N° 1069-97).

¹⁸ En el sustento del Vocal Informante se señala lo siguiente: *“Obligación pecuniaria ex lege, entendida como el vínculo que surge por imperio de la Ley entre un sujeto activo y otro pasivo, debiendo este último ejecutar una prestación a favor del primero, cuyo interés a satisfacer es en este caso, prioritariamente pecuniario. En este punto cabe diferenciar ‘las obligaciones ex contractu de las obligaciones ex lege, pues en las primeras la voluntad del obligado quiere la obligación, y en las segundas, quiere el hecho que la origina’, debiendo tenerse presente que ‘voluntaria es, en general, la realización del hecho imponible e todos los tributos’*

Que asimismo, el cobro de los referidos aportes no constituye una sanción de acto ilícito, en tanto que han sido establecidos como una fuente de financiamiento del FITEL y del OSIPTEL;

Que además, el sujeto activo de dichos aportes es OSIPTEL, organismo público con personería jurídica de derecho público interno encargado de velar y promover la competencia en el sector telecomunicaciones, y el sujeto pasivo de los mismos ha sido designado por la Ley;

Que en tal sentido, los aportes objeto de controversia tienen naturaleza tributaria en la medida que son obligaciones pecuniarias ex lege que no constituyen sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es una persona pública y cuyo sujeto pasivo fue puesto en esa situación por mandato legal”.

Tal como se observa, en este caso el Tribunal Fiscal entendió que la obligación de pago del aporte es de naturaleza tributaria y no contractual (como ocurre con una tarifa regulada), en función de que el sujeto obligado al pago fue designado por la Ley y que el acreedor del pago es una entidad del Estado. Como es evidente, los operadores de telecomunicaciones obligados al pago del aporte a FITEL no son ni serán usuarios de los servicios que brindarán las empresas que obtengan el financiamiento que otorgará este Fondo, con lo cual la carga económica impuesta sobre ellos no puede tener carácter de tarifa regulada.

Otro ejemplo que puede considerarse es el cargo para financiar el Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, creado mediante Ley N° 28832 y complementado por la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural. Estas normas establecen que los consumidores de energía eléctrica del Sistema Interconectado Nacional deben pagar un cargo recolectado a través de la facturación que emiten sus suministradores y que los recursos obtenidos serán destinados para financiar los Proyectos de Electrificación de Sistemas Aislados.

Este cargo fue analizado por OSINERGMIN con ocasión de una controversia planteada por una empresa suministradora de energía eléctrica, y el regulador concluyó que dicho cargo era de naturaleza tributaria en los siguientes términos¹⁹:

“Que, el artículo 30° de la Ley 28832, dispone que los recursos necesarios para el funcionamiento del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados se obtendrán de hasta el cincuenta por ciento (50%) del aporte de los Usuarios de electricidad, a que se refiere el inciso h) del artículo 7° de la Ley N° 28749. El monto específico será determinado por el Ministerio de Energía y Minas cada año, de conformidad a lo que establezca el Reglamento;

Que, se puede apreciar, prima facie, que los recursos para el funcionamiento del MCSA provienen de un porcentaje no mayor al 50% del APORTE. No obstante, para su aplicación, se dispone que anualmente el MEM aprobará un Monto Específico, que será aquel que finalmente se utilizará para el MCSA y para determinar los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados. Ello es así, debido a que las transferencias por aplicación del MCSA constituyen un subsidio para los Sistemas Aislados, proveniente de un aporte de los usuarios finales del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante SEIN), por lo que OSINERGMIN reduce del Precio en Barra Teórico de los Sistemas Aislados, el Monto Específico aprobado por el MEM, debiendo ser este último resultado, aquel que deben cobrar las empresas concesionarias de los Sistemas Aislados a sus usuarios, conforme lo establece el Reglamento del MCSA, en el literal f) del numeral 1 de su artículo 54°; (...)

Que, una vez aclarado los alcances del texto legal mencionado anteriormente, debe hacerse referencia a los argumentos expuestos por ELECTROPERÚ, en el sentido que no le corresponde efectuar transferencias del APORTE por concepto del MCSA, por montos superiores a lo recaudado en razón de no estar constituido como contribuyente ni responsable del tributo. A este respecto, debe señalarse que, efectivamente, el APORTE tiene naturaleza tributaria, y que los sujetos obligados al pago del mismo son los usuarios del sector eléctrico, libres o regulados. De esta manera, la función que corresponde a las Empresas Aportantes consiste en efectuar las gestiones necesarias para el cobro del APORTE, incorporando dicho

lo que ‘nada tiene que ver con la obligación e pago que nace de la realización de tal hecho’, la cual es dispuesta por Ley (José Juan Ferreiro Lapatza, “Tasas y precios públicos. Los precios públicos”, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Volumen N° 21, pp. 90-93)”.

¹⁹ Resolución OSINERGMIN N° 553-2007-OS/CD, del 04 de setiembre de 2007.

tributo en sus facturaciones, mas no asumiendo el deber de responder solidariamente con los usuarios por el pago del APORTE, salvo en los supuestos en que incumplan con sus deberes de recaudador;
(...)

Que, cabe precisar, que al tener el APORTE naturaleza tributaria, y considerando que la Ley General de Electrificación Rural en su Artículo 9° designa al Ministerio de Energía y Minas, mediante la Dirección Ejecutiva de Proyectos, como acreedor del mismo, es este último quien resulta competente para determinar los sujetos que se encuentran exceptuados del pago del APORTE”.

Según se observa, OSINERGMIN identificó que el cargo dispuesto por la Ley es un subsidio que deben pagar los consumidores de electricidad del Sistema Interconectado Nacional para financiar la electrificación de los Sistemas Aislados, es decir, el servicio de los sistemas que no se encuentran interconectados al sistema nacional. De este modo, el costo del servicio en los sistemas aislados no está siendo cubierto en su integridad por los usuarios de estos sistemas, sino por usuarios del sistema interconectado nacional, con lo cual no existe un subsidio cruzado. Adicionalmente, OSINERGMIN señaló que el acreedor del referido cargo es el Ministerio de Energía y Minas, y que las empresas suministradoras de electricidad son las recaudadoras del mismo. En función de ello, OSINERGMIN concluyó que este cargo tiene naturaleza tributaria.

El hecho que un subsidio tenga naturaleza tributaria produce consecuencias jurídicas importantes. Entre ellas, es evidente que cualquier subsidio de naturaleza tributaria debe ser creado y solo puede ser modificado mediante Ley del Congreso, de conformidad con el artículo 74° de la Constitución Política. Por este motivo, su creación y estructuración no depende de la decisión de la autoridad reguladora. Asimismo, los subsidios de naturaleza tributaria no están sujetos al pago de tributos.

4. Subsidios, igualdad/discriminación y competencia

Conjuntamente con la naturaleza jurídica, otro tema relevante en esta materia es que los subsidios

dejan de lado la regla de igualdad de las tarifas, en virtud de la cual los precios a ser cobrados por un Servicio Público a los distintos usuarios deben ser iguales y diferenciarse solo en función de razones objetivas, como podría ser, por ejemplo, la existencia de distintos costos de provisión del servicio a cada usuario o la identificación de distintas elasticidades de demanda de los usuarios que permita identificar la posibilidad de cobrarles tarifas distintas sin que ello afecte la eficiencia en el mercado²⁰.

Como ya se ha explicado, en el caso de los subsidios cruzados se cobran tarifas distintas entre grupos de usuarios, para que unos cubran parte de los costos de prestación del servicio a otros, con lo cual los costos de prestar el servicio al grupo que paga la menor tarifa no son menores e incluso podrían ser mayores. En tal situación, la existencia de la estructura tarifaria con subsidios cruzados podría ser una manifiesta ruptura de la regla de igualdad antes indicada, salvo que pudiera demostrarse que dicha estructura tarifaria se sustenta en que los usuarios tienen distintas elasticidades de demanda y, en particular, que los usuarios a quienes se aplica la menor tarifa tienen una demanda bastante elástica y fácilmente dejarían de utilizar el servicio si se les cobrara una tarifa mayor. No obstante, aún de poder demostrarse esto último para justificar que se le cobre un precio menor a ese grupo de usuarios, seguiría siendo complicado sustentar la razón por la cual se obliga a los otros usuarios a soportar la carga de financiar a aquellos con una demanda más elástica. Por esto, los subsidios encuentran su sustento en otras razones, como la equidad según se ha explicado inicialmente.

Al respecto, se ha señalado que a diferencia de las razones económicas para dejar de lado la regla de igualdad de las tarifas (que se sustentan en lógicas de eficiencia y maximización de beneficios económicos), las razones de equidad pueden dar lugar a resultados ineficientes desde el punto de vista económico, pues las diferenciaciones de tarifas se deben a la maximización de beneficios políticos o socialmente orientados. Por ello, se comenta que las medidas tarifarias de equidad no deben estar alejadas de la economía de las empresas operadoras ni tampoco desvincularse por completo del uso eficiente de los aportes que

²⁰ Al respecto, se ha señalado que la diferenciación tarifaria no es indebida (con lo cual no vulnera los principios de igualdad contemplados por los sistemas legales) cuando responde a racionalidades económicas, ya sea porque la empresa incurre en distintos costos al atender a cada tipo de cliente o porque los clientes tienen distinta elasticidad de demanda y pueden tener disposiciones de pago distintas. En ambos casos se trata de justificaciones del trato diferenciado que involucran un comportamiento eficiente y, por tanto, hacen admisible la diferenciación. Pierce, R. y Gellhorn, E. *Regulated Industries in a Nutshell*. Tercera Edición. (West Publishing Co., 1994). pp. 164-165.

hacen los otros usuarios del servicio (en el caso de los subsidios cruzados) o los contribuyentes (en el caso de los otros tipos de subsidios)²¹.

Asimismo, se ha planteado de modo crítico que las razones de equidad no deben sustentarse, por ejemplo, en el carácter esencial que pudieran tener servicios como el suministro eléctrico o los servicios de telecomunicaciones, en tanto que otros bienes de carácter básico para la subsistencia humana (como el pan o la leche) no tienen precios diferenciados por decisión de la autoridad ni que dependen de las condiciones particulares del comprador²².

En consecuencia, el sustento de los subsidios en razones de equidad debe mantenerse siempre dentro de lo razonable y no perder de vista, en lo posible, los criterios de eficiencia.

El último aspecto que se debe comentar es que los subsidios pueden ser creados por la empresa operadora de Servicios Públicos dentro de su política tarifaria y sin que la diferenciación de tarifas sea definida por el marco legal. En tal caso, el riesgo que puede presentarse es que se genere ese tipo de subsidios para depredar otros mercados, es decir, para perjudicar a los competidores, y no por razones de equidad como las antes indicadas²³.

Lo anterior puede ocurrir cuando la empresa que brinda el Servicio Público actúa también en otros mercados relacionados (verticalmente integrados) o adyacentes, en los cuales participa en competencia con otras empresas. En estas situaciones se percibe el riesgo que la empresa pueda aplicar una política de subsidios utilizando los recursos provenientes de sus actividades en el mercado del Servicio Público en que tiene exclusividad o es monopolio, para financiar precios muy reducidos (o que no cubren los costos) en los mercados relacionados donde participa en competencia²⁴. Algo similar podría ocurrir si la empresa brinda un servicio que es insumo para todos los competidores que actúan en actividades aguas abajo, incluyéndose a sí misma, y decide cobrar precios mayores por el insumo a sus competidores, financiando así un precio menor

para sí misma. En ambos escenarios los subsidios son utilizados con fines anticompetitivos.

Frente a tales riesgos, los sistemas legales pueden optar por impedir ese tipo de subsidios, estableciendo una prohibición legal explícita. Un ejemplo de este tipo de prohibiciones se encuentra en la Ley del Sistema Portuario Nacional, que establece distintos principios que los operadores portuarios deben cumplir, entre los que se encuentran los siguientes:

"14.3 En el ejercicio de las actividades y los servicios portuarios en los puertos de uso público, los integrantes del sistema portuario nacional observan los siguientes principios:

a) Libre competencia

Están prohibidas las prácticas que constituyan abuso de posición de dominio o que sean restrictivas de la libre competencia.

b) No discriminación e igualdad ante la Ley
Los Administradores Portuarios están prohibidos de aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre Usuarios del Puerto u Operadores Portuarios que sean competidores.

No pueden existir diferencias en las condiciones legales a que se encuentran sujetos los Operadores Portuarios, cuando compiten en la prestación del mismo servicio con los Administradores Portuarios.

c) Neutralidad

Los Administradores Portuarios que presten servicios portuarios esenciales directa o indirectamente, o que tengan una posición dominante en algún mercado derivado de la explotación de la Infraestructura Portuaria, están prohibidos de valerse de tales situaciones para prestar otros servicios en condiciones más ventajosas que la de sus competidores.

d) Prohibición de transferencias de precios

Los Administradores Portuarios no deben utilizar los ingresos provenientes de las actividades o

²¹ SACRISTÁN, Estela. Régimen de las Tarifas de los Servicios Públicos: Aspectos Regulatorios, Constitucionales y Procesales (Editorial Abaco, 2007), pp. 152-153.

²² SACRISTÁN, Estela. Op. Cit., p. 155.

²³ HEALD, Op. Cit., pp. 599-560. Pierce y Gerllhorn, Op. Cit., pp. 167-168.

²⁴ Si bien la actividad de Servicio Público con carácter exclusivo o de monopolio seguramente tendría tarifas reguladas que impedirían que la empresa cobre precios excesivos y obtenga por esta vía recursos para subsidiar precios predatorios en los mercados en competencia, el subsidio podría darse si la empresa logra trasladar parte de los costos correspondientes a los servicios en competencia como costos del Servicio Público con carácter monopolístico, para que sean reconocidos y pagados a través de la tarifa regulada, con lo cual sus precios en los mercados en competencia no reflejarían sus costos efectivos.

servicios portuarios para transferir precios a otros servicios portuarios que presten”.

Los principios anteriores involucran la prohibición explícita de aplicar subsidios cruzados entre los precios de los servicios que se presten bajo cualquier régimen (régimen regulado y en competencia), así como la posibilidad de aplicar precios diferenciados que pudieran colocar en situación desventajosa a competidores.

De otro lado, si la regulación sectorial no contemplara una prohibición como la antes comentada, siempre existe la posibilidad de investigar y, de ser el caso, sancionar la creación de esquemas de subsidios predatorios como un acto de abuso de posición de dominio de efecto excluyente, aplicando el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; en particular, aplicando la prohibición de **“conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”** (literal h del numeral 10.2 de la referida norma).

En tal sentido, la utilización de subsidios con fines anticompetitivos en mercados relacionados o integrados verticalmente a actividades de Servicios Públicos puede ser controlada ya sea con limitaciones previstas en la regulación sectorial o en todo caso aplicando las normas de libre competencia.

5. Conclusión

Según se ha explicado, si bien una de las reglas básicas de la fijación de tarifas de Servicios Públicos es evitar los subsidios, éstos se utilizan de modo bastante común tanto en el extranjero como en el Perú. Siendo esta la situación, es de gran utilidad identificar las características distintivas de los subsidios más usuales, para definir luego su naturaleza jurídica y sus efectos según sean creados por decisión del Estado o de las propias Empresas Operadoras.

Los subsidios financiados a través de la imposición de cargas a determinados agentes del mercado que no califican como usuarios del servicio a subsidiar, constituyen una excepción al principio de suficiencia de las tarifas reguladas, pues los costos del servicio no son cubiertos en su integridad por la tarifa que se cobra a los usuarios. Estos subsidios tienen naturaleza tributaria, ya que son financiados

por terceros distintos a los usuarios del servicio y su acreedor es el estado o una entidad estatal. Por ello sólo pueden ser creados y modificados por Ley expresa del Congreso, no pudiendo ser creados o estructurados por las autoridades reguladoras de tarifas del sector.

De otro lado, los subsidios cruzados que son financiados por un grupo de usuarios del servicio sí cumplen con el principio de suficiencia, pues la tarifa pagada por esos usuarios compensa la menor tarifa pagada por otros usuarios del servicio modo que la sumatoria de las tarifas cubre la totalidad de los costos de los servicios prestados. Sin embargo, los subsidios cruzados constituyen una excepción al principio de eficiencia de la regulación de tarifas, ya que las tarifas cobradas a ciertos usuarios no cubren el costo de provisión del servicio, mientras que las tarifas aplicadas a otros superan los costos de provisión y con ello las no cumplen plenamente la función de los precios en el mercado, como señal para la asignación eficiente de los recursos.

Los subsidios cruzados tienen naturaleza de tarifa regulada, pues son financiados por usuarios del servicio que recibe el financiamiento y su acreedor es la empresa operadora del Servicio Público. Al tratarse de tarifas reguladas, la estructuración de los subsidios cruzados se encuentra en manos de las autoridades reguladoras de tarifas.

Los subsidios no pueden justificarse de modo adecuado por racionalidades de carácter económico (costos o elasticidades de demanda), debiendo ser sustentados en razones de equidad (atención de usuarios con menores recursos, zonas geográficas deprimidas, lógicas de servicio universal). Sin perjuicio de ello, la justificación de subsidios basada en razones de equidad debe mantenerse siempre dentro de lo razonable y no perder de vista en lo posible los criterios de eficiencia.

Finalmente, si bien las empresas que realizan actividades de Servicios Públicos en condiciones de exclusividad o con carácter de monopolio pueden tratar de crear esquemas de subsidios para solventar sus tarifas en mercados donde participan en competencia, con la finalidad de depredar estos mercados, dichos intentos pueden ser controladas ya sea a través de prohibiciones expresas contempladas en la regulación sectorial o, en todo caso, aplicando la prohibición de actos de abuso de posición de dominio contenida en las normas de libre competencia.



Círculo de
Derecho
Administrativo

Oficina CDA: Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel - Lima
Teléfono: 626-2000 Anexo 5692
Dirección electrónica: <http://www.cda.org.pe>

¿Es internet un Servicio Público? Breves reflexiones a partir del marco normativo vigente

Willy Pedreschi Garcés*
 José León Pacheco**
 Carlos Baldeón Miranda***

SUMILLA

El presente artículo intenta brindar algunos alcances para determinar si el internet puede ser considerado como un Servicio Público. Para el análisis de esta interrogante los autores empiezan definiendo algunos los conceptos básicos, para lograr un entendimiento de la interrogante planteada, estos son: Servicio Público, internet y acceso a internet. Posteriormente, ubican el acceso a internet dentro del marco normativo peruano de las telecomunicaciones. Finalmente, sobre la base del análisis realizado responden a la interrogante si el internet se debería considerarse, en concordancia al marco normativo vigente, un Servicio Público.

I. Introducción

El 23 de junio de 2012, se publicó la Ley N° 29875 – Ley que facilita el pago y la reconexión de los Servicios Públicos de agua, electricidad, gas natural, telefonía e Internet; cuyas disposiciones aparentemente asignarían al “Internet” la categoría de Servicio Público, al incluir dicha actividad como parte de las prestaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del régimen previsto por dicha norma.

En ocasión de la publicación de la referida Ley, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿es realmente Internet un Servicio Público? El presente trabajo tiene como finalidad explorar algunos aspectos sobre dicha materia.

II. Sobre la concepción del Servicio Público

Aún cuando no existe una concepción uniforme respecto de lo que puede ser calificado como

Servicio Público, podemos reseñar algunas aproximaciones que hemos considerado adecuadas a tal fin.

El ordenamiento peruano no contiene una disposición que con carácter general establezca una definición en la materia. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional¹ considera que la calificación de una actividad económica como Servicio Público se resuelve en cada ordenamiento jurídico en particular, reconociendo además que de la misma dependerá el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que existen una serie de elementos que, en forma conjunta, permiten caracterizar a una actividad económica como un Servicio Público:

- a) Naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados. Egresado de la Maestría en Regulación – Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2012). Estudios de Especialización en Privatizaciones y Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura (2007) – Universidad del Pacífico.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Benites, Forno, & Ugaz. Egresado de la Maestría en Regulación – Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2010). Estudios de Postgrado en Derecho de la Construcción (2011) y en Derecho de las Concesiones (2009) – Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

*** Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima. Asistente de Cátedra de los cursos Derecho Administrativo I y Contratación Pública de la Universidad de Lima (2012). Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00034-2004-AI.

- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad.

Dichos elementos caracterizadores resultan coincidentes con el denominado “**concepto tradicional o estricto**” del Servicio Público previsto por la doctrina, según el cual “**Servicio Público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social**”².

En opinión de ARIÑO ORTIZ, bajo dicho concepto tradicional, los elementos o notas definitorias de un Servicio Público son los siguientes³:

- a) Se trata de una actividad de prestación que el Estado asume directamente, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable (aún cuando se gestione a través de una concesión).
- b) La titularidad del Estado sobre la actividad económica. Luego de que una actividad es declarada formalmente como Servicio Público (a través de la **publicatio**), queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de la acción libre de los particulares⁴, quienes sólo podrán desarrollarla si obtienen una concesión, y bajo una reglamentación especialmente intensa.
- c) Se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de Derecho Público, esto es, que el Servicio Público goza siempre de una protección especial (con inmunidades y prerrogativas especiales), tanto de la Administración en relación con los titulares de la gestión, como del servicio frente a terceros. En efecto, aún cuando la prestación de una actividad sea otorgada en concesión, la Administración conserva unos poderes internos de dirección, modelización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación⁵.

- d) No se trata de actividades inherentes a la justificación de la existencia del Estado, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad. Ello explica la variabilidad de dichas actividades, según los momentos históricos y según cada país.
- e) Se trata de una prestación regular y continua, características esenciales sobre las que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, entre otros). La continuidad, la habitualidad, la profesionalidad y uniformidad son notas de esencia del Servicio Público.
- f) Se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público, toda vez que a través de ella no se tiene como objetivo o finalidad exclusiva conseguir ingresos para el Tesoro Público o proporcionarse la Administración de bienes a sí misma. Se exige, por tanto, que la prestación sea al público, de donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación, exigible judicialmente.

Ahora bien, desde una perspectiva económica, las principales características de los Servicios Públicos, entre otras, suelen ser las siguientes⁶:

- Se trata de actividades que se prestan bajo economías de escala (a mayor producción menor costo unitario) y de alcance o aglomeración (ciertos servicios son más baratos cuando son prestados por una misma firma que cuando lo prestan dos o más)⁷.
- Supone la realización de inversiones no líquidas en infraestructura a gran escala. Como consecuencia, la inversión fija representa, en la mayoría de los casos, una parte considerable de los costos totales. Al respecto, cabe señalar que la relación activos/ingresos no es la misma en todos los Servicios Públicos, lo cual influye ciertamente en la propensión del sector privado a invertir, en la existencia de competencia real, en la susceptibilidad a los monopolios y, por ende, en las necesidades de regulación de las diferentes actividades⁸.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Lima: ARA Editores, 2004. p.564.

³ *Ibid.* pp.564-569.

⁴ *Ibid.* p.582.

⁵ *Ibid.* p.586.

⁶ SOLANES, Miguel. *Servicios Públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*. Santiago de Chile: CEPAL, 1999. pp.13-16.

⁷ Los servicios de saneamiento (sistemas de agua potable y desagüe) son un ejemplo, en cuyo caso no sería conveniente la duplicación de la infraestructura o instalaciones destinada a su prestación.

⁸ HAARMAYER, David. *Privatizing infrastructure: options for municipal systems*. En: *Journal of the American Water Works Association*. Marzo, 1994. p.48.

- La inversión fija en los Servicios Públicos apunta a satisfacer la máxima proyección de la demanda y sus incrementos previstos a lo largo del tiempo; por ello, en un inicio se puede reconocer en la infraestructura o instalaciones una capacidad ociosa.
- Se pueden presentar limitaciones en la prestación de los servicios, como consecuencia de las condiciones del servicio mismo y por la capacidad receptiva del medio (falta de espacio físico para mayores proveedores); lo cual no permite la existencia de competencia.

El desarrollo económico y socio-político vivido durante las últimas décadas, ha tenido como consecuencia que el concepto tradicional de Servicio Público sea replanteado. El cambio en el concepto de Servicio Público consiste, principalmente, en el paso a un sistema abierto, **“presidido por la libertad de empresa, esto es, la libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de Servicio Público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate”**⁹.

III. Marco conceptual del Internet y del acceso a Internet

Sobre base de la breve revisión de la concepción del Servicio Público en nuestro ordenamiento, corresponde ahora desarrollar los aspectos más relevantes en torno al Internet, los mismos que servirán para evaluar si la categoría de Servicio Público resulta adecuada a dicha actividad.

En primer lugar, debemos señalar que no existe un concepto jurídico unánime acerca del Internet contemplado en nuestro ordenamiento, que haya sido elaborado por organismos internacionales o recogido por instrumentos de Derecho Internacional Privado. Gran parte de la doctrina que aborda las cuestiones jurídicas en torno al Internet, se sustenta en estudios desarrollados desde la perspectiva de otras disciplinas que logran explicar de mejor manera su complejo funcionamiento. En ese sentido, Internet puede ser definido como un conjunto descentralizado de redes de comunicación y computadores, interconectados entre sí mediante un mismo protocolo de comunicación¹⁰ (TCP/IP), que a su vez forma una red internacional de alcance mundial y públicamente accesible, a través de la cual se proporcionan servicios de información y comunicación de distinta índole¹¹.

También suele calificarse a Internet como una **“red de redes”**; es decir, una red que no solo interconecta computadoras, sino que interconecta redes de computadoras entre sí, entendiéndose por **“redes de computadoras”** a un conjunto de máquinas que se comunican a través de algún medio (cable coaxial, fibra óptica, líneas telefónicas, etc.) con el objeto de compartir diversos recursos. De esa forma, Internet sirve de enlace entre redes más pequeñas y permite ampliar su cobertura al incorporarlas a una red global¹².

Para efectos del presente trabajo, no solo es relevante definir el Internet, sino también el **“acceso a Internet”**. Este último concepto no ha sido desarrollado ampliamente por nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, la actividad consistente en brindar dicho acceso es concebida por el Glosario de Términos del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹³ (en adelante, las “CDU”) como el **“servicio de conmutación de datos por paquetes y mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico”**.

Un concepto que se encuentra muy vinculado a lo señalado con anterioridad, es el de **“Banda Ancha”**¹⁴, entendida como el acceso a Internet

⁹ *Ibid.* p. 622.

¹⁰ El “protocolo de comunicación” es el lenguaje que utilizan las computadoras al compartir recursos entre ellas.

¹¹ Comisión Multisectorial Temporal encargada de elaborar ‘Plan Nacional para el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú’. *Informe N° 01: Diagnóstico sobre el Desarrollo de la Banda Ancha en el Perú*. Lima, Julio, 2010. p. 7.

¹² TREJO GARCÍA, Elma del Carmen. *Regulación Jurídica del Internet*. Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados – LX Legislatura. México, Octubre, 2006. p. 3.

¹³ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTTEL.

¹⁴ No existe una definición unánime sobre “Banda Ancha” a nivel internacional. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) ha elaborado diversos documentos al respecto. Ver: DE LEÓN BOCCIA, Omar y GONZÁLEZ SOTO, Oscar. *Las Telecomunicaciones de Banda Ancha en la Región Américas. Informe Final*. UIT, Febrero, 2008; UIT. *Hoja Informativa: Nacimiento de la Banda Ancha*.

Sitio Web: (http://www.itu.int/newsroom/press_releases/2003/factsheet-es.html), accedida en agosto de 2012.

de alta velocidad, que combina la capacidad de conexión y la velocidad del tráfico de datos, permitiendo a los usuarios acceder a distintos contenidos, aplicaciones y servicios¹⁵. En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, "Ley de Banda Ancha"), define a la misma como la **"conectividad de transmisión de datos, principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales"**¹⁶.

Las características de la Banda Ancha han producido resultados muy eficientes en los distintos campos de acción de los usuarios que logran acceder a Internet, de forma tal que muchos Estados han incluido en su agenda de políticas públicas, la promoción de inversiones en infraestructura que permitan disponer de un mayor ancho de banda. De hecho, en el Perú se ha declarado de interés nacional la construcción de una red dorsal de fibra óptica¹⁷ que integre a todas las capitales de las provincias, y el despliegue de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha Fija y/o Móvil¹⁸.

Como se puede apreciar, actualmente el Estado peruano viene impulsando el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, a efectos de generar una mejor conexión a Internet en forma permanente, que permita lograr velocidades importantes en el flujo de información que se transmite. No cabe duda entonces, de la necesidad pública de incentivar la implementación de mejoras en la conectividad de la Banda Ancha, en aras de optimizar las condiciones de los diversos servicios que se generan a partir del acceso a Internet.

Por otro lado, debe tenerse presente que Internet posee dimensiones que rebasan largamente las

fronteras entre los países que soportan el tendido de las mismas. Es por esa razón que se afirma que la capacidad de los gobiernos de imponer su legislación se ve sustancialmente restringida por la naturaleza **"pluri-estatal"** e internacional de Internet¹⁹, de modo que no sería jurídicamente posible asignar su titularidad o gobierno a ningún sujeto de Derecho Público o Derecho Privado. En efecto, lo señalado anteriormente, sumado a las regulaciones mínimas que existen actualmente sobre Internet, ha generado el consenso unánime en que no es posible asignarle un propietario, y además, que las empresas particulares pueden aprovechar y dar continuidad a los avances realizados por otras empresas del sector²⁰.

El panorama descrito con anterioridad, puede ser resumido en las siguientes líneas:

"Internet se ha ido desarrollando con la total ausencia de planificación y sin límites aparentes, ya sean legales, geográficos o de tamaño. Y es que Internet representa una red en constante crecimiento, en la que nadie puede intentar controlar el sistema por completo (...). La red no le pertenece a nadie. Nadie controla, ni autoriza su utilización"²¹. (Subrayado agregado).

En virtud de todo lo señalado hasta el momento, debe quedar claro que el Internet no constituye un servicio por sí mismo, toda vez que consiste en una red de carácter global que ofrece múltiples facilidades para los usuarios que acceden a ella. No puede entenderse entonces que dicha estructura califica como una actividad prestacional o servicio que pueda ser prestado a terceros, en la medida que no existen proveedores o titulares que detenten el dominio de aquello que se entiende por Internet en sentido propio.

Por lo tanto, resulta innecesario analizar si Internet reúne por sí mismo las condiciones para ser calificado como un Servicio Público, en la medida que ya concluimos que no se trata de un servicio, sino de una red global que carece de titular.

¹⁵ Informe N° 01: Diagnóstico (...). Op. Cit. p.4.

¹⁶ Artículo 4° de la Ley de Banda Ancha.

¹⁷ La fibra óptica es un medio de transporte de alta velocidad que funciona a través un hilo muy fino de material transparente.

¹⁸ Artículo 3° de la Ley de Banda Ancha.

¹⁹ NÚÑEZ LUQUE, Ignacio. *¿Quién teme a Internet? Reflexiones acerca de su gobierno y de su jurisdicción*. En: La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global" (Coordinador: MAYOR MENÉNDEZ, Pablo y CREMADES GARCÍA, Javier). Madrid: La Ley, 1999. p. 454.

²⁰ Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación: En la perspectiva de la sociedad de la información. Comisión Europea. Bruselas, diciembre, 1997.

²¹ NÚÑEZ LUQUE, Ignacio. Op. Cit. pp. 449-452.

Frente a ello, sí resulta relevante el análisis del caso específico de la provisión de acceso a Internet. En efecto, a partir del acceso a Internet se incrementa la productividad y se hace posible la obtención de diversas aplicaciones y servicios a favor de los usuarios que cuentan con una conexión de Banda Ancha a la red de redes. En consecuencia, debido a todas las bondades que ofrece la utilización de la red global, existen proveedores interesados en brindar acceso a Internet y, a su vez, usuarios dispuestos a pagar una contraprestación económica por ello. De esta forma se advierte la existencia de tres grandes protagonistas en torno al servicio de acceso a Internet: (a) las empresas proveedoras de infraestructura; (b) las empresas proveedoras del servicio; y, (c) los usuarios finales.

IV. El acceso a Internet en el marco normativo de las telecomunicaciones

Corresponde ahora determinar la ubicación de la prestación consistente en brindar el acceso a Internet, dentro de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones contemplada por nuestro ordenamiento vigente. Para ello, observaremos las disposiciones del artículo 8° de la Ley de Telecomunicaciones²², que clasifica a los servicios de telecomunicaciones del siguiente modo:

a) Servicios portadores

Son aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, servicios de difusión y servicios de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas que conforman la actividad empresarial del Estado y requieren de concesión expresa para su ejercicio²³.

Asimismo, los servicios portadores utilizan la infraestructura del sistema portador a efectos de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones²⁴.

b) Servicios finales

Los también denominados “**Teleservicios**” son aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de los servicios finales, entre otros, los siguientes: (i) servicio telefónica fijo y móvil; (ii) servicio télex; (iii) servicio telegráfico; (iv) servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y busca personas²⁵.

c) Servicios de difusión

Se trata de aquellos servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido, hacia varios puntos de recepción. Entre los principales servicios de difusión, se consideran a los siguientes: (a) servicio de radiodifusión sonora; (b) servicio de radiodifusión de televisión; (c) servicio de distribución de radiodifusión por cable; y, (d) servicio de circuito cerrado de televisión²⁶.

d) Servicios de valor añadido

Son aquellos servicios que, utilizando como soporte a los servicios portadores, finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base²⁷. Se considera como Servicios de Valor Añadido a los siguientes: (i) facsímil; (ii) videotex; (iii) teletex; (iv) teletexto; (v) teleacción; (vi) telemando; (vii) telealarma; (viii) almacenamiento y retransmisión de datos; (ix) teleproceso y procesamiento de datos; (x) mensajería interpersonal; (xi) mensajería de voz; (xii) servicio de consulta; (xiii) conmutación de datos por paquetes; (xiv) suministro de información; entre otros que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) clasifique como tal mediante Resolución Ministerial²⁸.

Para la prestación de los servicios de valor añadido –la misma que se verifica en un régimen de libre competencia²⁹– no se requiere la obtención de una autorización previa por parte del MTC, toda vez que resulta suficiente la inscripción de la empresa prestadora en el Registro Especial que ha implementado el MTC³⁰ para los fines correspondientes.

²² Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

²³ Artículo 10° de la Ley de Telecomunicaciones.

²⁴ Artículo 30° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, el “Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones”).

²⁵ Artículo 13° de la Ley de Telecomunicaciones.

²⁶ Artículo 20° de la Ley de Telecomunicaciones.

²⁷ Artículo 29° de la Ley de Telecomunicaciones.

²⁸ Artículo 99° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

²⁹ Artículo 30° de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁰ Artículo 31° de la Ley de Telecomunicaciones.

Sobre el particular, conviene reiterar que las CDU, al mencionar el término **“acceso a Internet”**, hacen referencia al servicio de **“conmutación de datos por paquetes”** y al servicio de **“mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico”**. En ese sentido, el servicio de acceso a Internet es considerado por nuestro ordenamiento como un Servicio de Valor Añadido, el mismo que puede ser prestado por un operador privado con tan solo inscribirse en el Registro de Valor Añadido implementado por el MTC³¹.

De otro lado, debemos tener en consideración que dicho registro es suficiente para que un operador se encuentre habilitado para prestar el servicio de acceso a Internet, mas no para desempeñarse como proveedor de la infraestructura que brinde el soporte necesario para la prestación de este servicio de valor añadido. En efecto, para dichos casos se requiere la previa obtención de una concesión administrativa, al tratarse de un servicio portador³², de acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

V. ¿El servicio de acceso a internet puede ser un Servicio Público de telecomunicaciones?

Atendiendo a la utilización y naturaleza del servicio, el artículo 9° de la Ley de Telecomunicaciones realiza la siguiente clasificación:

a) Servicios Públicos

Reciben la calificación de **“Servicios Públicos”** aquellos servicios que cumplan las siguientes características: (i) que hayan sido declarados como tales en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones; (ii) que se encuentren a disposición del público en general; y, (iii) cuya utilización implique el pago de una contraprestación³³. Debido a su importancia, la Ley de Telecomunicaciones ha establecido que los Servicios Públicos tienen preeminencia sobre los Servicios Privados³⁴.

b) Servicios privados

Se trata de aquellos servicios que han sido establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación, dentro del territorio nacional. Los Servicios Privados no pueden ser brindados a terceros, a menos que se trate del suministro de Servicios de Valor Añadido para el cumplimiento de su objeto social³⁵.

c) Servicios privados de interés público

Son aquellos denominados **“servicios de radiodifusión”** y que incluyen emisiones sonoras y de televisión³⁶.

En atención a la clasificación citada anteriormente, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones se ha limitado a señalar que los servicios de valor añadido **“pueden ser Servicios Públicos”**³⁷, así como también **“pueden ser servicios privados”**³⁸. En ese sentido, procedemos a analizar si el servicio de acceso a Internet reúne las características propias del Servicio Público, en virtud de los requisitos señalados por el legislador peruano y el Tribunal Constitucional, mencionados anteriormente:

- Que se encuentre a disposición del público

El servicio de acceso a Internet se encuentra disponible para todos los usuarios que lo requieran y que puedan pagar la contraprestación por el mismo. Este servicio es ofrecido por diversas empresas operadoras a la generalidad y en distintas modalidades gracias al fenómeno de la convergencia en el Perú.

- Que su utilización implique el pago de una contraprestación

Como ya hemos señalado, los usuarios deberán efectuar un pago a las empresas operadoras que ofrecen el servicio, para poder acceder a Internet.

³¹ Sin perjuicio de que el término legalmente correcto sea **“conmutación de datos por paquetes”**, haremos alusión al servicio de **“acceso a Internet”** en atención a fines didácticos.

³² Ver artículo 33° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

³³ Artículo 40° de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁴ Artículo 42° de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁵ Artículo 41° de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁶ Artículo 43° de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁷ Artículo 23° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁸ Artículo 24° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

- Que el servicio tenga una naturaleza esencial para la comunidad

En el Capítulo III hemos desarrollado la gran importancia que Internet tiene actualmente en diversas actividades del desarrollo de las personas, tan es así que su adecuado uso ha sido materia de regulación en la Unión Europea, y en el Perú, se vienen implementando políticas de expansión de la infraestructura necesaria para la masificación de la Banda Ancha. Por lo tanto, en la actualidad el servicio de acceso a internet resulta esencial para la colectividad y su desarrollo es de interés general.

- Que la continuidad de su prestación en el tiempo sea necesaria

En el caso del servicio de acceso a Internet, nuestro ordenamiento vigente establece diversas obligaciones de continuidad del servicio a cargo de las empresas operadoras. Las CDU, norma de obligatorio cumplimiento para las empresas que brindan el servicio de acceso a Internet, establecen que éstas se encuentran obligadas a cumplir con la prestación del servicio de manera **“continua e ininterrumpida”**³⁹.

Por lo tanto, resulta de interés general mantener la continuidad en la prestación del servicio de acceso a Internet, no solo en la medida que ello es exigible por el Estado, sino porque su interrupción generaría tanto leves como graves perjuicios para los usuarios.

- Que tenga una naturaleza regular, manteniendo un estándar mínimo de calidad

Los estándares mínimos de calidad se encuentran previstos en el Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones⁴⁰ (en adelante, el “Reglamento de Calidad”), el cual establece diversos indicadores de calidad a ser aplicados por las empresas operadoras que presten determinados Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Dentro de los Servicios Públicos considerados por el Reglamento de Calidad, se encuentra el **“servicio de conmutación de datos por paquetes y mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico (servicio de valor añadido de**

acceso a Internet”)⁴¹. Como se puede apreciar a partir del texto citado, nuestro ordenamiento vigente ha considerado al servicio de valor añadido de acceso a Internet como un Servicio Público, para poder aplicar el Reglamento de Calidad a las empresas operadoras que brindan el referido servicio.

En ese sentido, existe la clara intención por parte del legislador de exigir un estándar mínimo de calidad para el servicio de acceso a Internet, de manera que se cumple el presente requisito.

- Que su acceso se de en condiciones de igualdad

Dicho requisito está referido a la garantía que tienen los usuarios del servicio de acceso a Internet, de recibir un tratamiento jurídico y económico igualitario de parte de las empresas operadoras, sin discriminaciones de ningún tipo, a menos que éstas se justifiquen en la desigual condición o situación en que objetivamente se encuentra cada usuario⁴².

Sobre la base de lo anterior, independientemente de que la oferta comercial de las empresas operadoras se encuentre orientada a distintos segmentos del mercado, el servicio de acceso a Internet es prestado en iguales condiciones a todos los usuarios, aun cuando éstos representan diferentes necesidades en la utilización del servicio.

- Que haya sido declarado como tal por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Como hemos señalado anteriormente, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que los servicios de valor añadido –como el servicio de acceso a Internet– pueden calificar como Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Sin embargo, aun cuando consideramos que el servicio de acceso a Internet (conmutación de datos por paquetes) cumple con los requisitos anteriormente descritos y que nuestro ordenamiento jurídico prevé, en dispositivos tales como las CDU y el Reglamento de Calidad, la atribución de algunas obligaciones de Servicio Público a las empresas operadoras del referido servicio,

³⁹ Artículo 44° de las CDU.

⁴⁰ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTTEL.

⁴¹ Numeral vii) del artículo 1° del Reglamento de Calidad.

⁴² CASSAGNE, Juan Carlos. *El Servicio Público en el campo de la contratación administrativa*. En: Servicios Públicos, Regulación y Renegociación. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005. p. 87.

a la fecha el ordenamiento no contempla una declaración formal en dicho sentido.

En efecto, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones no ha asignado expresamente al servicio de acceso a Internet, la calidad o categoría de Servicio Público, tal como lo establece la Ley de Telecomunicaciones, lo mismo que determina que en nuestro ordenamiento vigente no se haya producido la **publicatio** formal del servicio de acceso a Internet.

VI. Consideraciones finales

A partir de lo desarrollado en los acápites precedentes, podemos concluir lo siguiente:

- La Ley N° 29875 – Ley que facilita el pago y la reconexión de los Servicios Públicos de agua, electricidad, gas natural, telefonía e Internet, ha incurrido en una imprecisión técnica al señalar que “**Internet**” constituye propiamente un Servicio Público. Como hemos señalado anteriormente, Internet no es un servicio, sino una red global, y por lo tanto, las empresas operadoras pueden facilitar el “**acceso a Internet**” a cambio de una contraprestación económica.
- En el caso específico del servicio de acceso a Internet, aun cuando dicha actividad podría cumplir con diversos elementos propios del Servicio Público, y que existen algunos dispositivos en la materia (CDU y Reglamento de Calidad) que en relación al mismo prevén determinadas obligaciones inherentes a dicha categoría, en la actualidad, ni la Ley de Telecomunicaciones ni su Reglamento, han declarado expresamente su adscripción a la misma, razón por la cual consideramos que no puede predicarse la calificación del servicio de acceso a Internet como Servicio Público. Ello constituye una deficiencia en el tratamiento de la mencionada actividad.
- La situación descrita con anterioridad, determina la importancia de elaborar leyes con una adecuada precisión técnica. Las consecuencias de incorporar normas al ordenamiento jurídico, con errores conceptuales y terminológicos evidentes, son gravísimas y podrían eventualmente generar controversias a las empresas operadoras, más aun cuando dichas normas imponen obligaciones más gravosas para los administrados.
- Creemos que el Poder Legislativo debería legislar observando previamente la regulación existente, en aras de procurar la coherencia formal de las normas confortantes del sistema jurídico, más aún cuando se trata de materias vinculadas a los Servicios Públicos, donde existe un interés general de parte de la colectividad.

La libertad de empresa y la regulación de la Intermediación Financiera como Servicio Público

Víctor Hernández-Mendible*

SUMILLA

El debate sobre la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera no es exclusivo de la realidad de un país y tiene importancia en los tiempos actuales en que las relaciones económicas se encuentran regionalizadas (CAN, MERCOSUR, SIECA, APEC, ALCA) y globalizadas o mundializadas. Este estudio no persigue un conocimiento teórico y formal sin transcendencia para los agentes económicos, quienes aspiran ejercer la iniciativa de la inversión, gestión y modernización de los servicios que brindan las instituciones bancarias, por el contrario, luce necesario conocer la auténtica naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera, para saber en qué condiciones se puede ejercer la libertad de empresa y qué riesgos regulatorios acompañan el desempeño económico de la misma, en el marco jurídico de los procesos de integración económica que se encuentran en gestación.

I. Introducción

El sector financiero en general, y el sector bancario en particular, no habían generado tanto interés a los operadores jurídicos como ha sucedido en los últimos diez años, en que éste ha sido objeto de relevantes estudios científicos por la doctrina nacional, así como de importantes pronunciamientos por parte de los tribunales del orden jurisdiccional constitucional y administrativo.

Este interés se ha manifestado a través de los análisis efectuados al ordenamiento jurídico del sector bancario desde el ámbito del derecho mercantil o comercial, de la competencia o concurrencia, del constitucional, del administrativo y por supuesto del sancionatorio en sentido amplio, que incluye lo administrativo y lo penal.

A todo ello se ha sumado el estudio desde la perspectiva de la regulación económica, en la que convergen varias de las ramas jurídicas antes mencionadas con las ciencias económicas y contables típicas del sector bancario, pero además

se introduce un nuevo aspecto en el estudio académico, el análisis del estatuto de los usuarios de los servicios bancarios y el régimen de protección de las inversiones nacionales e internacionales.

Como resulta evidente, el estudio integral y detenido de la actividad de intermediación financiera excede los límites de esta publicación tanto cualitativa como cuantitativamente. Es por ello que, este artículo se circunscribirá a analizar si las recientes reformas jurídicas han generado un cambio de fondo o es meramente formal, en lo atinente a la consideración de la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera y de allí referir cuál podría ser su posible incidencia en la libertad de empresa dentro de este sector económico.

Con el objeto de lograr una mayor claridad en la exposición de estas ideas, dividiré el presente estudio en los siguientes aspectos: Los antecedentes de la actual regulación del sector bancario (II), La nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario (III), el ejercicio de la libertad de empresa en el sector bancario (IV), y las consideraciones finales (V).

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila. Doctor en Derecho. Profesor-Coordenador del Diplomado en Derecho Público en la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila de Venezuela e invitado en las Maestrías de la Universidad ESAN de Perú y Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, deoamericano de Derecho Administrativo. la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. www.hernandezmendible.com

II. Los antecedentes de la actual regulación del sector bancario

Corresponde comenzar precisando conforme al ordenamiento jurídico venezolano vigente, cuál es el contexto constitucional económico, para luego determinar cómo se encuentra conformada la actividad de intermediación financiera, en virtud de la reciente calificación nominal de la misma como Servicio Público y del reconocimiento de la atribución de actuación directa al Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, en aquellos casos extremos que se requiera la intervención, liquidación o cualquier otra medida similar sobre una entidad del sector bancario.

2.1. El marco constitucional de la libertad de empresa

La Constitución venezolana de 1999, enmendada en 2009 reconoce desde la perspectiva política-constitucional la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho¹ y en el aspecto económico reconoce la libertad de la iniciativa privada, que se ejerce en un modelo de economía social de mercado, en el que corresponde al Estado actuar en la promoción de los Servicios Públicos e Infraestructuras², estimular la libertad de empresa, comercio e industria³, reconocer el pluralismo económico y admitir que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa⁴.

En la Constitución expresamente se asume el principio de concurrencia privada y pública en la actividad empresarial, aunque únicamente se puede realizar ésta última, previa autorización de Ley y cuando medien razones de conveniencia nacional y de carácter estratégico⁵ e igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia⁶, así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, en razón de lo que debe garantizarse el derecho a la información sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado⁷.

Ello así, cabe destacar en primer lugar la libertad de empresa, que se manifiesta en tres momentos: la libertad de ingreso, que permite a los operadores la posibilidad de constituir la empresa y obtener los títulos jurídicos administrativos habilitantes para realizar la explotación de la actividad económica; la libertad de permanencia, que se traduce en la elaboración de planes y estrategias de inversión, libertad de contratación y de competencia; y la libertad de retiro o salida del mercado, sin otras restricciones o límites, que la no afectación del interés general y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos con los otros operadores, con los consumidores y los usuarios, así como con las autoridades públicas. La libertad de empresa se ejerce orientada a desarrollar economías de escala y a obtener una ganancia razonable por los operadores económicos, que producen los bienes o prestan los servicios⁸.

En segundo lugar, se puede llevar a cabo la libertad de competencia, en virtud de lo cual, los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios, siempre con respeto a las normas antimonopolios, es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y no abusando de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y los servicios.

Es conforme a estos principios, valores y libertades constitucionales que el legislador puede establecer la regulación del Banco Central, del Sistema Monetario, del Régimen Cambiario, del Mercado de Capitales⁹ y de la Banca, es decir, de la intermediación financiera¹⁰, teniendo en consideración que puede limitar o restringir el ejercicio de la libertad de empresa en este sector económico, conforme a los supuestos contemplados en la Constitución venezolana.

Así las cosas, se debe analizar si la normativa establecida por el legislador en el sector bancario

¹ Artículo 2° de la Constitución.

² Artículos 112° y 113° de la Constitución.

³ Artículo 112° de la Constitución.

⁴ Artículos 112°, 115°, 302° y 303° de la Constitución.

⁵ Artículo 302° de la Constitución.

⁶ Artículo 113° y 299° de la Constitución.

⁷ Artículo 117° de la Constitución.

⁸ Sobre el reconocimiento de la libertad de empresa en la actividad de intermediación financiera, pueden consultarse la sentencia 372, de 19 de junio de 1997, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia 825, de 6 de mayo de 2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

⁹ Artículo 156.11 de la Constitución.

¹⁰ Artículo 156.32 de la Constitución.

en diciembre de 2010 y que ha sido parcialmente reformada en marzo de 2011, es acorde a la Constitución de Venezuela. No obstante, antes de proceder a ello, se analizarán los antecedentes relacionados con el objeto de este estudio.

2.2. La naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera

En la doctrina científica nacional venezolana, han existido dos posiciones sobre la naturaleza de la actividad económica de la intermediación financiera. Así se tiene que existe un sector, que consideraba que se trata de una actividad de Servicio Público (i) y otro sector, que consideraba que se trata de una actividad privada sometida al control del Estado (ii). En este mismo orden de ideas, corresponde mencionar la posición asumida por el Tribunal Supremo de Justicia, que ha variado en el tiempo (iii). A continuación se expondrá sucintamente lo que señalan cada una de estas tesis.

- i) La posición doctrinal que considera la actividad económica de intermediación financiera como un Servicio Público

En la doctrina científica, VILLAVICENCIO había sostenido que “uno de los principios básicos de nuestra legislación bancaria, es que el servicio de intermediación en el crédito comercial, hipotecario, de inversión, constituye una actividad de Servicio Público, que se presta por autorización o delegación del Estado”¹¹.

Por su parte, PADRÓN señalaba que siendo la banca una función de naturaleza evidentemente pública o de interés público, que también involucra funciones de naturaleza mercantil ordinaria, su gestión se encuentra sometida a las autorizaciones que reciben los operadores para la promoción y apertura de bancos, que en la práctica constituyen propias y verdaderas concesiones, cuyas condiciones se encuentran ampliamente establecidas en la Ley y cuya presencia determina la especificidad de regulaciones que ponen en evidencia la excepcionalidad de la actividad de intermediación financiera¹².

En sentido similar, se pronunciaba el autor LEPERVANCHE, quien sostenía que prácticamente en la totalidad de los países la Banca es considerada un Servicio Público “que tiene asignada la función de intermediación del ahorro interno del país”, situación que la coloca en la posición de operar con un control cualitativo y cuantitativo de los recursos que capta, administra e invierte, y con la concepción de considerar que los servicios que presta satisfacen necesidades económicas de los usuarios del servicio, lo que le permite sostener que se trata de un servicio de interés general. Sin embargo, aclara que “la actividad que involucra el Sistema Bancario lo hace susceptible de una inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control, por parte de las autoridades, más profunda que la de otras actividades de la economía nacional, pero no la hace legalmente, una concesión”, que otorga el Estado a los particulares para su realización¹³.

Tal como se puede apreciar, estos tres destacados juristas que han sido citados, al referirse a la naturaleza pública de la actividad de intermediación financiera, coinciden en admitir que es similar a un Servicio Público, pero difieren en la naturaleza del título administrativo habilitante, en el sentido de considerar si se trata de una auténtica autorización o de una concesión.

No obstante, cabe destacar que tan valiosas opiniones no fueron formuladas bajo la óptica *iurpublicista* que otorga el derecho constitucional y administrativo venezolano¹⁴, sino desde una visión del derecho mercantil o comercial.

- ii) La posición doctrinal que considera la intermediación financiera como una actividad privada sometida al control del Estado

Al respecto GRAU considera que la actividad de intermediación financiera tiene una naturaleza estrictamente privada y mercantil, lo que lleva a descartar su calificación como Servicio Público y menos aún de aquellos denominados virtuales o impropios¹⁵.

¹¹ VILLAVICENCIO, V. Algunas reflexiones en torno a los principios de la banca en Venezuela. 1989, p. 43.

¹² PADRÓN AMARÉ, O., Algunas reflexiones sobre el régimen tributario de las instituciones financieras, con especial referencia a los bancos comerciales, *Sistema Financiero y Derecho*, Caracas, 1994, pp. 189-201.

¹³ LEPERVANCHE MICHELENA, R., Banca Universal, *Sistema Financiero y Derecho*, Caracas, 1994, pp. 189-201.

¹⁴ Es importante recordar que la noción de Servicio Público en Venezuela tiene sus características propias, que la distinguen de la tradicional noción francesa, española o de la que desarrollan los países de Iberoamérica. Al respecto puede consultarse sobre la concepción actual del Servicio Público en Venezuela, Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*. Ediciones Paredes, Caracas, 2010; AA.VV., (Dir. Víctor R. Hernández-Mendible), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012.

¹⁵ GRAU, G. Sobre la categorización jurídica de la actividad bancaria como Servicio Público, *El nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 296-302.

Por su parte, los autores MUCI FACCHIN y PONTE afirman que la actividad de intermediación financiera no se identifica con la actividad de Servicio Público en sentido estricto, sin embargo, no descartan la adopción de la tesis de los denominados Servicios Públicos impropios, lo que supone que los operadores privados tienen un derecho preexistente de realizar la actividad, lo cual podrán hacer una vez obtenida la autorización¹⁶.

No obstante sostienen los citados autores, que los particulares tienen derecho a la libertad de empresa -ex artículo 112º de la Constitución de Venezuela- en razón de lo cual pueden realizar la actividad económica de intermediación financiera, con sujeción a las limitaciones establecidas en la Ley, lo que permite que el ente regulador de dicha actividad ejerza la supervisión, fiscalización, control y dicte decisiones de conformidad con la Ley, que limitan el ejercicio de los derechos a través de la ejecución de las típicas actividades de policía administrativa. Señalan los mencionados autores, que su tesis se sustenta en el interés general que involucra la actividad, lo que justifica la limitación de su ejecución libremente por los particulares y en la necesidad de éstos de obtener una autorización para ello¹⁷.

En tanto, el autor del presente artículo ha sostenido que la intermediación financiera constituye una actividad económica privada, de naturaleza mercantil, que los operadores tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de competencia, pero como toda actividad en la cual se encuentra involucrado o presente un interés general, resulta justificada la intervención del ente regulador que debe efectuar el control de la misma, tanto en la fase previa de promoción que se inicia con una autorización, durante la fase propiamente de promoción que debe finalizar con una autorización de funcionamiento, luego en la fase de operación o funcionamiento, a través de la supervisión y fiscalización del desarrollo de la misma, así como en el supuesto extremo en que sea necesario y se llegue a la fase de intervención o más grave aún, que proceda la liquidación, que en definitiva deberá conducir a la extinción de título administrativo habilitante. Tanto la actuación de los operadores como del ente regulador, deben

realizarse en el marco de la economía social de mercado que surge de la Constitución¹⁸.

Para finalizar este subepígrafe, luce pertinente destacar que PELLEGRINO PACERA, al analizar la naturaleza jurídica de la actividad aseguradora y su pretendida consideración como una actividad de Servicio Público llega a conclusiones similares a las formuladas por la doctrina científica, respecto a la actividad de intermediación financiera.

En tal sentido, comienza por expresar que la noción de Servicio Público en sentido estricto se refiere a una actividad monopólica de la Administración que excluye la participación de la iniciativa privada; y en sentido amplio, admite su prestación en régimen de concurrencia entre la Administración y el sector privado. De ello infiere que en el primer sentido, se produce una reserva al Estado y por ende la Administración asume la titularidad; y en el segundo sentido, no existe ni reserva al Estado, ni asunción de titularidad, a éste corresponde la obligación de supervisar y vigilar el desarrollo de la actividad, para asegurar el normal funcionamiento de los Servicios Públicos prestados por los particulares¹⁹.

Conforme a ello concluye, que la actividad aseguradora –que ha sido analizada con el mismo prisma que la doctrina científica estudió la actividad bancaria– debe considerarse “una actividad privada, de naturaleza mercantil en la cual se encuentra presente un evidente interés general, [por lo que] los particulares que pretendan realizar esa actividad, están sujetos a la autorización previa del Estado, quien otorga la habilitación administrativa para que los particulares puedan operar en ese campo”²⁰.

iii) El criterio jurisprudencial sobre la actividad de intermediación financiera

Inicialmente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional había asumido la tesis, que la actividad de intermediación financiera tenía la naturaleza jurídica de un Servicio Público²¹; pero posteriormente cambio de posición, introduciendo un nuevo criterio en la sentencia 825, de 6 de mayo de 2004, en la cual expone:

¹⁶ MUCI FACCHÍN, G., y MARTÍN PONTE, R., *Regulación Bancaria*, UCAB, Caracas, 2004, p. 31.

¹⁷ MUCI FACCHÍN, G., y MARTÍN PONTE, R., *Ob. cit.*, pp. 34-36.

¹⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., *La actividad de Servicio Público y la regulación bancaria, Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 97, 106.

¹⁹ PELLEGRINO PACERA, C., *El régimen autorizador para la constitución y funcionamiento de las empresas de seguros en Venezuela: Una forma de control estatal, Estudos sobre regulaçõ e Crises dos mercados financeiros*, (Coords. André Saddy y Aurilivi Linares Martínez), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 517.

²⁰ PELLEGRINO PACERA, C., *Ob. cit.* p. 526.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 85, de 24 de enero de 2002.

“Ahora bien, al estar la materia bancaria examinada en la presente causa regulada por una Ley distinta a la mencionada, a saber, por el Decreto N° 1526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que es Ley especial y de aplicación preferente en el sector según el principio *lex specialis derogat legi generale* ... es menester atender a lo establecido en ella, y así observa la Sala en esta oportunidad que aun cuando de acuerdo al mencionado texto legal la actividad de intermediación financiera que realizan sociedades mercantiles como el Banco del Caribe C.A., Banco Universal, no constituye una actividad de prestación de Servicio Público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada Ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112° y 113° constitucionales), además el título habilitante del cual depende el ejercicio de la misma no es una concesión sino una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (artículo 10° del Decreto con Fuerza de Ley); lo cierto es que dicha actividad si está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente, que permitan constatar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la Constitución como el bloque de la legalidad imponen a los agentes del sector, así como el respeto de los derechos subjetivos de los usuarios de los servicios privados que prestan las instituciones bancarias y financieras, pero de cuya eficiente y justa prestación depende, se insiste, la satisfacción de derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual, en definitiva, es el objetivo al que debe dirigirse la regulación y la actuación de la administración”.

En este fallo se pueden extraer importantes ideas, en cuanto concierne a la actividad económica de intermediación financiera:

En primer lugar, el fallo sostiene que al no establecer ni la Constitución, ni la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras –actual Ley de las Instituciones del Sector Bancario– una reserva a favor del Estado, la actividad de intermediación financiera no se constituye en un Servicio Público, que permita admitir la exclusión de la libertad de empresa.

Esta afirmación constituye un retroceso respecto a fallos anteriores, en los cuales se había sostenido que la presencia de la reserva de una actividad no implicaba la existencia de un Servicio Público y que incluso la existencia de la reserva o de la declaración de Servicio Público, en ningún caso excluía la libertad de empresa²².

En segundo lugar, la decisión reconoce que si bien la actividad de intermediación financiera no constituye un Servicio Público, sí involucra una actividad de interés general, en la cual los particulares pueden ejercer el derecho a la libertad de empresa, pero con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, admite la Sala que dada la presencia del interés general en la actividad de intermediación financiera, ella se constituye en la causa justificante de la intervención del Estado, en virtud de lo cual pueden las autoridades públicas, regular dicha actividad económica tanto legal como administrativamente.

Luego que se produjo esta sentencia, que se alineaba con la tesis formulada por la doctrina científica mayoritaria y especializada en el derecho público económico, se va a producir una reforma legal, que viene a renovar el debate sobre la naturaleza jurídica de la actividad de intermediación financiera.

III. La Nueva Ley de instituciones del sector bancario

La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras no contenía formalmente una declaración de Servicio Público de la actividad de intermediación financiera y fue derogada por la

²² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., Los Servicios Públicos competitivos y la libertad de empresa, *Estudios Jurídicos Políticos en Homenaje al Profesor Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 323-346.

Ley de Instituciones del Sector Bancario, reformada por la actualmente vigente, cuyo artículo 8° expresamente establece:

“Las actividades reguladas en la presente Ley constituyen un Servicio Público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3° de la presente Ley y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad. De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en esta Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo a los términos de la presente Ley”.

La lectura inicial de esta disposición hace pensar que se ha asumido la tesis del Servicio Público, al menos nominalmente, no obstante, cabe resaltar que lejos de haberse apaciguado la polémica en la doctrina científica nacional, ésta se ha visto reavivada, incluso con la participación de nuevos protagonistas.

Es así como corresponde analizar, a partir de esta norma legal, las razones que se han expresado en favor de la tesis que reconoce que la actividad económica de la intermediación financiera constituye un auténtico Servicio Público (i), de la posición que considera dicha actividad económica de naturaleza privada, sometida al control del Estado (ii).

3.1. La posición doctrinal que considera la actividad económica de intermediación financiera como un Servicio Público

Al analizar esta norma HERNÁNDEZ, ha expresado que una vez producida la declaración legislativa de

Servicio Público de la actividad de intermediación financiera, carece de interés práctico la discusión teórica sobre si realmente tal actividad cumple o no los presupuestos de dicha institución²³. Ello ha supuesto que las organizaciones bancarias existentes, se hayan transformado virtual o implícitamente en concesionarios de un Servicio Público²⁴.

Luego de realizar una extensa disertación sobre la responsabilidad del Estado legislador a consecuencia de la transformación legal de la naturaleza de la actividad de intermediación financiera y de los efectos patrimoniales que se generan en los titulares de derechos a desarrollar tal actividad, concluye señalando que “la actividad bancaria como Servicio Público intensifica el tenor de la intervención del estado en la prestación del servicio bancario y muestra a través de varias normas la tendencia a disminuir el valor de los derechos fundamentales de los empresarios bancarios, especialmente los derechos de asociación, libre iniciativa y propiedad, que tienen rango constitucional. A través de las potestades concedidas al Órgano Superior del Sistema Financiero (OSFIN) y el aumento de las atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), se coloca a la actividad bancaria privada en una situación de precariedad y de mayor dependencia de la discrecionalidad gubernamental. Se ha de tener en cuenta, sin embargo, que la actuación de la administración se debe sujetar al principio de legalidad y que la discrecionalidad tiene como límite natural la arbitrariedad”²⁵.

3.2. La posición doctrinal que considera la intermediación financiera como una actividad privada sometida al control del Estado

Al estudiar la declaración nominal de Servicio Público establecida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ sostiene que es jurídicamente inútil y que constituye una pérdida de tiempo efectuar su análisis. Tal conclusión se encuentra precedida de la siguiente explicación: “la declaratoria de Servicio Público de todas las actividades del sector (no ya de la actividad bancaria) se hizo con un propósito más político que jurídico, lo que no deja de ser una errada técnica legislativa, pero nada más. Así, frente al citado artículo 8° basta con señalar que,

²³ MORLES HERNÁNDEZ, A., *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, p. 47.

²⁴ MORLES HERNÁNDEZ, A., Ob. Cit., pp. 48 y 51.

²⁵ MORLES HERNÁNDEZ, A., Ob. Cit., p. 60.

desde la estricta perspectiva jurídica, tal calificación de Servicio Público es irrelevante. La actividad de intermediación financiera no está más o menos regulada por su calificación como Servicio Público. Las potestades que la Administración bancaria puede ejercer, no serán mayores ni menores a las que la LISB establece, con o sin calificación de Servicio Público, dado que ello es exigencia última del principio de legalidad. Mucho menos puede sugerirse, siquiera, que el sector bancario está reservado al Estado: primero, la LISB no tiene rango orgánico, con lo cual la discusión no puede plantearse. Además, esa reserva, por supuesto, no aparece en la LISB. Finalmente, pues la LISB regula a la actividad del sector bancario conforme a la actividad de limitación de actividades entregadas a la libertad de empresa, como lo evidencia el uso de la técnica autorizatoria²⁶.

En este orden de ideas, LINARES MARTÍNEZ sostiene que “al incluir el concepto de Servicio Público, la LISB, se aparta de la tradición observada por la Constitución y las anteriores Leyes que han regido el sector bancario venezolano, sin percatarse de que la sola declaratoria de Servicio Público no supone: (i) que la intermediación bancaria sea una actividad reservada al Estado; (ii) que el título para su ejercicio es una concesión, y (iii) que respecto de esa actividad se trasladen a las Administraciones habilitaciones genéricas de potestades de ordenación y limitación²⁷.”

Por tanto, considera inapropiado utilizar la declaración de Servicio Público para pretender justificar un incremento de los controles específicos y continuos sobre los operadores bancarios, pues aún cuando es una actividad que realizan los particulares en ejercicio de la iniciativa privada y la libertad de empresa, el interés público presente es una obviedad; por lo que, concluye señalando que comparte “la posición de la doctrina científica que considera que la actividad bancaria no puede ser encuadrada conceptualmente dentro de la categoría jurídica del Servicio Público, al menos cuando es prestada por particulares, ya que la calificación de la actividad bancaria como actividad privada de interés general es la que se ajusta mejor a las intensas técnicas de

intervención pública en este sector, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los servicios bancarios²⁸.”

En tanto GRAU, quien antes de la Ley ya había fijado posición al respecto, señala que la nueva norma legal no implica una reserva al Estado de la actividad bancaria, constituyendo dicha disposición una absoluta imposibilidad formal y material de concretar una reserva al Estado, por lo que produce una equivocada calificación de Servicio Público sobre la misma. Ante ello propone descartar su utilización para justificar la intervención estatal en la actividad bancaria realizada por los particulares, considerando que debe prevalecer el criterio que considera a esta actividad como estrictamente privada y mercantil, con fundamento en la constitucionalmente reconocida libertad económica, que al no ser absoluta, sino relativa, puede experimentar limitaciones por vía legal, respetando su contenido esencial, así como los principios de razonabilidad, *favor libertatis* o de menor intervención²⁹.

3.3. Un comentario sucinto a las declaraciones de Servicio Público, utilidad pública y a las competencias del Ejecutivo Nacional establecidas en la Ley

El artículo 8º de la Ley de Instituciones del Sector Bancario introduce varias novedades en la legislación bancaria, cuya transcendencia merece algunos comentarios preliminares: por una parte, es la primera vez que efectúa la declaración nominal de la actividad de intermediación financiera como una actividad de **Servicio Público**; y por otra parte, dispone que tanto las **personas jurídicas de derecho privado** como **los bienes de cualquier naturaleza**, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de **utilidad pública**.

En lo que concierne a este último aspecto, de la consideración de utilidad pública de las personas jurídicas de derecho privado, no deja de causar asombro por dos razones: en primer lugar, porque las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas son sujetos titulares de derechos y obligaciones, son

²⁶ HERNÁNDEZ G, J. La libertad de empresa y el sector bancario, *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, p. 182.

²⁷ LINARES MARTÍNEZ, A. Los mecanismos de resolución bancaria en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario, *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, pie de página 88, p. 182.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ GRAU, G. Sobre la correcta categorización jurídica de la actividad bancaria y las potestades de la Administración Pública en el sector (A propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario), *Análisis y comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 236, 242, 273.

los destinatarios de los actos jurídicos y tienen la obligación de cumplirlos y exigir que se cumplan³⁰, tanto por los órganos que ejercen el Poder Público como por la Administración Pública en cualquiera de las modalidades como se organiza, que siempre debe actuar inspirada en la premisa de servicio a las personas, con sujeción plena al ordenamiento jurídico; pero en ningún caso pueden ser objeto de una declaración jurídica que únicamente puede recaer sobre los bienes de cualquier naturaleza, con la finalidad de que puedan cumplir su función social de contribuir a la satisfacción del interés general, conforme a lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad y en las leyes.

En segundo lugar, cabe destacar que más allá de la incorrección de efectuar la declaración de utilidad pública sobre personas, -en lugar de los bienes-, el legislador realiza una distinción jurídicamente inaceptable, pues otorga un trato discriminatorio o desigual a las personas jurídicas privadas y a las personas jurídicas públicas, como si fuese posible que las primeras deban cumplir con la Ley cuando realizan la actividad de intermediación financiera y que las segundas puedan sustraerse de ello.

Esta irracional declaración lleva a considerar que la mención contenida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, de catalogar a las personas jurídicas privadas como -si fuesen bienes- de utilidad pública, constituye un manifiesto desconocimiento de la Constitución³¹.

En lo atinente a la declaración de utilidad pública, recaída sobre los bienes de cualquier naturaleza que se utilicen para el desarrollo de la actividad de intermediación financiera, se considera que debiendo ser efectuada por el Poder Legislativo, a través de una declaración formal contenida en un acto jurídico legal o en un acuerdo, la misma se constituye en una declaración general que brindaría cobertura jurídica, a cualquier necesidad futura de expropiación que pretenda el Ejecutivo Nacional sobre tales bienes, de producirse la emergencia financiera en los supuestos contemplados en la misma Ley y que exoneraría de la necesidad de solicitar una declaración especial para el caso concreto al Poder Legislativo.

Dicho esto, corresponde realizar algunas consideraciones sobre la declaración de Servicio

Público atribuida en la Ley, a la actividad económica de intermediación financiera.

La Ley asume solo de manera nominal, si se prefiere aparente, la tesis que había sido sostenida por un destacado sector de la doctrina científica, respecto a la naturaleza jurídica de la intermediación financiera, pero no altera el régimen jurídico general, pues no estableció la reserva estatal.

Resulta pertinente recordar que la doctrina científica ha sostenido que la reserva estatal de una actividad, bien o servicio constituye la máxima restricción al ejercicio de los derechos económicos, es decir, "es un título jurídico-público de intervención o **interferencia** del Estado en la actividad económica y en el mercado"³², que tiene su justificación constitucional en razones de interés público y de carácter estratégico³³ y que presenta las siguientes características³⁴:

- a) Es jurídica, pues le otorga la titularidad y el consecuente poder de decisión sobre la actividad, el servicio o el bien reservado.
- b) Es pública, en cuanto que la actividad, el servicio o el bien que es objeto de la reserva, cae bajo el ámbito del Poder Público y se sustrae al sector privado.
- c) Es exclusiva, porque la titularidad es plena e intransferible.
- d) Es formal, porque toda reserva al Estado debe provenir de la expresa, clara e inequívoca manifestación de la voluntad del constituyente o del legislador, mediante Ley Orgánica, no pudiendo ser tácita o implícita.

Lejos de ello, en la actividad de intermediación financiera concurren las sociedades mercantiles cuyo accionista mayoritario es el Estado, con las sociedades mercantiles cuyos accionistas son particulares, -inversionistas nacionales o internacionales-; no se impide el ejercicio de la libertad de empresa, que continúa estando intensamente regulada y sometida a los controles **ex ante** y **ex post** de la autoridad reguladora del sector, es decir, no introduce elementos adicionales en cuanto al control previo y el posterior al que se han encontrado sometidos los agentes económicos aspirantes a ingresar al mercado como operadores bancarios, quienes requieren la obtención previa

³⁰ Artículo 131° de la Constitución.

³¹ Artículos 2°, 21° y 115° de la Constitución.

³² ARAUJO-JUÁREZ, J. La reserva al estado y la participación del sector privado en la industria petrolera en Venezuela, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 22.

³³ Artículo 302° de la Constitución.

³⁴ ARAUJO-JUÁREZ, J. *Ibidem*.

del título administrativo habilitante de autorización y una vez obtenido éste, el cumplimiento pleno del ordenamiento jurídico, mientras ejercen la actividad económica³⁵.

Por tanto, más allá de la expresión nominal de Servicio Público introducida en la Ley, ésta no implicó mayores reformas normativas y operativas a las agentes económicos, pues la intermediación financiera sigue constituyendo una actividad económica preminentemente privada, de naturaleza mercantil o comercial, que los operadores tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa en régimen de competencia y al estar presente en su realización el interés general, sigue resultando justificada la intervención del ente regulador que debe efectuar la supervisión, inspección y control de la misma, con plena sujeción a la Ley y al derecho³⁶.

Por último cabe destacar, que la referencia a la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros para acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que se estime necesaria sobre las entidades del sector bancario y sus empresas relacionadas, no dista mucho de la manera en que históricamente se habían asumido las distintas crisis bancarias, entre 1960 y 2010, cuando la decisión final de intervenir, liquidar o estatizar, requería de la declaración previa de emergencia económica por el Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros y posteriormente, a partir de su creación, de la aprobación por la Junta de Regulación de la Emergencia Financiera, la Junta de Regulación Financiera, del Consejo Superior o el órgano superior del sistema financiero nacional, según la época.

La nueva regulación viene a sincerar legalmente lo que ha estado ocurriendo en la práctica, que la responsabilidad sobre las decisiones adoptadas respecto a las entidades bancarias que puedan poner en peligro el sistema económico nacional, recae en última instancia en el Ejecutivo Nacional, quien constitucionalmente es el responsable de

administrar la hacienda pública nacional³⁷ y por tanto, puede decidir si se otorgarán ayudas, auxilios o rescates, así como la viabilidad de cubrir con las garantías existentes, las circunstancias económicas extraordinarias.

IV. El ejercicio de la libertad de empresa en el sector bancario

La reciente Ley de Instituciones del Sector Bancario tiene una doble finalidad, a los efectos del presente análisis: por una parte, establece el marco normativo de la actividad administrativa de regulación, al disponer cuál es el régimen para “la constitución, funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción de las instituciones que operan en el sector bancario venezolano, sean éstas públicas, privadas o de cualquier otra forma de organización permitida por esta Ley y la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional”³⁸; y por la otra, persigue establecer los principios y disposiciones que permitan la sostenibilidad de la actividad de intermediación financiera por los operadores al “garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido, transparente, confiable y sustentable, que contribuya al desarrollo económico-social nacional, que proteja el derecho a la población venezolana a disfrutar de los servicios bancarios, y que establezca los canales de participación ciudadana; en el marco de la cooperación de las instituciones bancarias y en observancia a los procesos de transformación socio económicos (...)”³⁹.

Por tanto, toda la actividad de intermediación financiera que realizan las instituciones bancarias se encuentran sujetas a la Constitución, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el Código de Comercio, la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley del Mercado de Capitales, así como a las otras disposiciones que resulten aplicables, los reglamentos de dichas Leyes, la normativa prudencial⁴⁰ expedida por el regulador bancario⁴¹ y las resoluciones emitidas por el Banco Central de Venezuela.

³⁵ Artículos 3° y 7° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

³⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. La actividad de Servicio Público y la regulación bancaria, *Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 97, 106.

³⁷ Artículo 236.11 de la Constitución.

³⁸ Artículo 1° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

³⁹ Artículo 2° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁰ El artículo 6° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario define la normativa prudencial como aquella emanada del ente regulador contentiva de las “directrices e instrucciones de carácter técnico contable, legal y tecnológico de obligatoria observancia, dictada mediante resoluciones de carácter general y a través de las circulares enviadas a las personas naturales o jurídicas sometidas a su control”.

⁴¹ El ente regulador actualmente se denomina “Superintendencia de instituciones del sector bancario”, según lo dispone el artículo 6° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

Dicho esto debe mencionarse, que la regulación administrativa bancaria se traduce en la supervisión y control del cumplimiento de los requisitos de constitución y promoción, así como una vez en funcionamiento la entidad, mediante la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia, la sanción; y en situaciones extremas, en la intervención, la liquidación o la estatización, aspectos que llevan a determinar cómo incide la regulación en los elementos integrantes de la libertad de empresa, como son el ingreso al mercado, la permanencia y el cese de la actividad de intermediación financiera. Seguidamente se analizará cada uno.

4.1. El acceso al mercado bancario

El acceso a la actividad de intermediación financiera pasa por obtener una autorización para la constitución y promoción de la institución bancaria⁴² y una vez cumplida esta fase conforme a la Ley, se deberá obtener la autorización de organización y funcionamiento de la entidad bancaria, del ente regulador bancario⁴³, previa opinión del órgano superior del sistema financiero nacional.

Además, se requieren autorizaciones para la apertura, traslado, cierre o fusión de las oficinas de las entidades bancarias⁴⁴, así como las oficinas de representación de instituciones bancarias extranjeras en el país⁴⁵, o el establecimiento de instituciones bancarias extranjeras en el país⁴⁶.

Sin hacer referencia detallada a las disposiciones sub legales que complementan la aplicación de los artículos citados, se puede apreciar cómo el acceso al mercado tiene un conjunto de condicionamientos y requisitos de carácter técnico-financiero, destinados a garantizar que los agentes económicos que aspiran a operar en el sector bancario, cuenten con la experiencia, calificación e idoneidad que limita el acceso a determinadas personas y que constituye una auténtica garantía que desde el inicio, los promotores, organizadores, accionistas y directores van a actuar con sujeción a las finalidades establecidas en la Ley, para que el sistema bancario sea confiable, transparente y sano.

4.2. La permanencia en el mercado bancario

Luego que se ha iniciado la actividad de intermediación financiera por la institución bancaria autorizada para ello, el ente regulador tiene atribuido un relevante conjunto de facultades para llevar a cabo la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia y la imposición de las sanciones en el mercado financiero⁴⁷ en virtud de lo cual debe autorizar, supervisar, fiscalizar, inspeccionar, controlar y regular a los operadores bancarios e instruir la corrección de fallas que se detecten en el desarrollo de la actividad de intermediación y la imposición de las sanciones conforme al ordenamiento jurídico vigente, siempre orientado a garantizar y defender los derechos e intereses de los depositantes y del público en general⁴⁸. Es así como la Ley otorga a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, las atribuciones para efectuar la regulación de la actividad económica⁴⁹.

El ente regulador tiene facultades amplias y discrecionales -dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad- para efectuar la inspección, vigilancia, supervisión y control. La inspección deberá ser una semestral como mínimo en cada institución del sector bancario y el regulador puede impartir las instrucciones o recomendaciones que estime necesarias a las entidades bancarias y si éstas no las cumplen, debe ordenar la adopción de medidas preventivas de obligatoria observancia, sin perjuicio de las sanciones contempladas en la Ley⁵⁰.

También puede el ente regulador dirigir las instrucciones que juzgue necesarias, a las instituciones que operan en el sector, cuando éstas hayan incumplido la Ley o las demás normas aplicables, en especial, las referidas a los niveles de capital mínimo o a reducciones del capital social.

Si la institución bancaria no acogiera en el plazo indicado las instrucciones impartidas, el ente regulador podrá exigir la elaboración e implementación de los programas de regularización que fueren necesarios y disponer todas aquellas medidas de carácter preventivo y correctivo, así como la imposición de las sanciones pertinentes,

⁴² Artículo 9° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴³ Artículo 18° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁴ Artículo 22° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁵ Artículo 25° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁶ Artículo 28° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁷ Artículo 153° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁸ Artículo 154° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁴⁹ Artículo 172° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁰ Artículos 177° y 178° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes⁵¹.

Los supuestos que pueden dar origen a la imposición de las medidas administrativas se encuentran previstos en el artículo 181° de la Ley, así como las medidas que se podrán adoptar⁵².

Únicamente en caso que estas medidas administrativas no resultasen eficaces, el ente regulador podrá ejercer las atribuciones de intervención temporal^{53,54}, a los fines de la rehabilitación⁵⁵ y de no resultar ella procedente, disponer la liquidación administrativa⁵⁶; a menos que sea posible aplicar los mecanismos extraordinarios de transferencia⁵⁷, en cuyo caso, implementado alguno de éstos, se procederá a acordar su inmediata liquidación⁵⁸. Una vez acordada la liquidación, el ente regulador procederá a revocar la autorización⁵⁹.

4.3. El retiro del mercado bancario

Los operadores del sector bancario pueden cesar en el ejercicio de la actividad de intermediación, previa notificación al ente regulador, quien deberá verificar que han cumplido con todas las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, para aceptar la solicitud y producir la revocatoria de la autorización⁶⁰.

V. Consideraciones finales

La calificación de la actividad de intermediación financiera como **Servicio Público** y de los bienes para gestionarla como de **utilidad pública** no han incidido en el resto de la normativa, que tradicionalmente ha venido regulando el sector bancario, no existe la obligación de transformación de los títulos administrativos habilitantes (**non conversio tituli**), ni limitaciones adicionales a las que jurídica, económica y técnicamente han existido, así como tampoco al número de agentes económicos que pueden aspirar a ingresar y concurrir en el sector.

En consecuencia, es posible considerar que la intermediación financiera, con independencia de que quienes la realicen sea personas privadas o públicas, -en cuyo caso éstas también se dedican a una actividad empresarial del carácter comercial-, constituye una actividad económica de naturaleza mercantil, que los operadores privados tienen derecho a realizar en ejercicio de la libertad de empresa -los operadores públicos en el ámbito de la legalidad- en régimen de competencia y que al estar presente en su realización el interés general, se encuentra sometida a la intervención estatal en su condición de regulador, que debe efectuarla con sujeción plena a la Ley y al derecho.

⁵¹ Artículo 180° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵² Artículo 182° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵³ LINARES MARTÍNEZ, A. Aproximación a la intervención administrativa de empresas a través de la legislación bancaria, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo II, Paredes Editores, Caracas, 2009, pp. 895-927.

⁵⁴ Artículos 242°, 244°, 250° al 255° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁵ Artículos 242°, 256° al 258° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁶ Artículos 242°, 260° al 269° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁷ Artículos 248° y 250.6 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁸ Artículo 249° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁵⁹ Artículo 172.4 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

⁶⁰ Artículo 172.4 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.



MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

Av. Larco 1301 Piso 20, Torre Parque Mar
Miraflores - Lima 18, Perú
Tel. (511) 610 - 4747 / Fax. (511) 610 - 4748

www.mafirma.com.pe

Decidir en la incerteza: El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia¹

José Esteve Pardo*

SUMILLA

El prestigioso autor español nos trae esta vez un artículo de corte filosófico. En él relata el romance inconsistente entre la incertidumbre y el Derecho. La incertidumbre que se genera gracias al avance de la ciencia: tecnociencia; en contraste con el rasgo connatural del Derecho: la toma constante de decisiones que trata de crear un principio de certidumbre. El autor, como reflexión, indica que las incertidumbres de la ciencia plantean un último reto a la política y el Derecho: la responsabilidad por las decisiones adoptadas en situaciones de incertidumbre.

Galileo pasó los últimos años de su vida en su modesta villa de Arceti, en las colinas al sur de Florencia. Un día de primavera de 1636 la tranquilidad de su retiro se vio alterada con el anuncio de la llegada de dos caballeros ingleses que solicitaban ser recibidos. Se trataba del duque de Devonshire y de su preceptor, un tal Thomas Hobbes.

No sabemos cómo se desarrolló ese encuentro, ni de que se habló, pero todo parece indicar que fue del mayor interés tanto para los visitantes como para su ilustre anfitrión. La prueba es que el duque y su preceptor permanecieron una temporada en Florencia y las visitas a Galileo se sucedieron. Tampoco resulta difícil suponer que era Hobbes el promotor de un viaje a Italia, habitual por lo demás en la formación de los jóvenes aristócratas ingleses, pero que, en este caso, tenía para el preceptor una motivación personal muy acusada: conocer al científico más prominente de Europa y exponerle los trabajos sobre Derecho Natural y teoría política en los que estaba inmerso desde hacía unos años.

Thomas Hobbes comenzaba por entonces a destacar en los restringidos círculos de la filosofía política. Había publicado ya algunos estudios relevantes y todo su esfuerzo se orientaba a despojar al Derecho y al Poder Público de las

fundamentaciones teológicas o dinásticas hasta entonces dominantes y dotarlos de unas bases racionales, objetivas, universalmente aceptadas, científicas en definitiva. Un objetivo que creía se había puesto a su alcance con los descubrimientos científicos y las impecables teorías de Copérnico, Kepler, Gassendi y, por supuesto, Galileo en el que muy posiblemente encontró, además, estímulos y palabras de ánimo en una relación personal que parece estuvo marcada por la mutua simpatía. Con esas energías y las suyas propias, que eran considerables, Hobbes acabará escribiendo su obra cumbre, "El Leviatán", que muchos consideran el libro de filosofía más importante escrito en lengua inglesa; desde luego sin disputa si de la filosofía política se trata.

El Leviatán, dejando ahora de lado las imágenes mitológicas que evoca, es el símbolo de la seguridad del Estado Civil Político. Con él se inaugura toda una línea de pensamiento y realizaciones en la política y el Derecho que acaba configurando el sistema político-jurídico en el que todavía estamos instalados. El principio de seguridad jurídica, de total certeza de las referencias que en este sistema se ofrecen —en sus normas, en las resoluciones de sus autoridades, de sus tribunales, en los contratos de los particulares— resulta del todo fundamental en él y dio cobertura a todo el desarrollo comercial e industrial que se registra en Occidente durante los últimos tres siglos.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

¹ Este texto está inspirado en la introducción a mi libro "El desconcierto del Leviatán (Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia)". Segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.

Esa seguridad del Leviatán y del orden político que a su imagen se desarrolla, ha venido afianzándose en las incuestionables seguridades ganadas por la ciencia, cuyo espectacular progreso en la consecución de nuevas certidumbres continúa hasta bien entrado el siglo XX. Es entonces cuando la vanguardia de la ciencia percibe que el progreso deja de ser lineal, que la complejidad en muchos frentes resulta desbordante, hasta el punto de afirmar que se ha llegado al final de las certidumbres. Por otro lado, la potencia alcanzada por la aplicación técnica de los logros científicos abre a su vez un inquietante frente de incertidumbre en torno a los nuevos riesgos de origen tecnológico. Es así como ese orden jurídico hasta ahora tan seguro, ese Leviatán tan arrogante, comienza a mostrar su desconcierto ante las incertidumbres que lo envuelven y que provienen también, paradójicamente, de los dominios que se consideraban más firmes, los dominios de la ciencia.

Pero la incertidumbre no es algo que solo se detecta en la ciencia más avanzada, sino que se presenta como un rasgo característico y hasta definitorio de la época vivimos. Se expande por el espacio público, desdibujando los que parecían sus contornos más característicos en una promiscua relación con el ámbito privado y difuminando unas identidades y referencias políticas hasta hace poco fuertemente vinculadas a un Estado Nación en fase de transformación; afecta también a la economía, a las relaciones sociales, de trabajo, que se desarrollan en marcos muy flexibles e inseguros; y acaba por manifestarse en las expresiones artísticas, desvinculadas de cánones y referencias, para ser recogidas como, no podía ser menos, por las ciencias del espíritu, (las *Geistwissenschaften* en la expresiva y asentada denominación alemana), destacadamente la filosofía, donde la incertidumbre parece ser la encrucijada por la que discurren y se cruzan las principales corrientes del pensamiento formadas en el pasado siglo. Hasta las ciencias exactas, las matemáticas, (siempre situadas en las antípodas de la incertidumbre) sienten ahora su presión e incluso la incorporan con aportaciones sugerentes como la lógica borrosa.

Esa expansión de la incertidumbre y sus efectos merece desde luego valoraciones que varían según el ámbito que se considere. Hay posiciones muy críticas y fundadas ante la incertidumbre y su manifestación social más negativa, la precariedad, que tiende a envolver las relaciones sociales, de trabajo y condiciones de vida de amplias capas sociales, juventud y tercera edad destacadamente. Son también consistentes y dominantes las críticas

a la expansión de la incertidumbre en el terreno de la ética y la moral, donde el relativismo se presenta como su lado más oscuro. En otros espacios, por el contrario, el avance de la incertidumbre ha resultando estimulante abriendo nuevos horizontes. Así, ha ocurrido en los dominios del arte, que han visto fecundos movimientos de liberación de cánones y ortodoxias. También para la filosofía, en general, el enfrentamiento con la incertidumbre ha resultado positivo por las respuestas y energías de pensamiento que ha liberado.

En cualquier caso, todas estas disciplinas del conocimiento, las artes, la sociología y las relaciones sociales, la filosofía, bien pueden permitirse la incertidumbre. Aunque en muchos momentos la rechacen y procuren desembarazarse de ella, lo cierto es que pueden concederle un amplio margen, convivir con ella y hasta encontrarle un inexplicable atractivo. La convivencia con la incertidumbre siempre será posible, mientras no haya que tomar decisiones. Y es aquí justamente donde el Derecho muestra su abierta incompatibilidad con ella, pues pertenece al Derecho, y ahí está su limitación y su grandeza: el cometido irrenunciable de decidir y resolver.

La especulación filosófica, el arte o el análisis social se desenvuelven con soltura en los extensos señoríos de la incertidumbre, pueden perfectamente constatarla y hasta magnificarla y recrearse en ella. Pueden hacerlo, y lo hacen de hecho, porque no se les exige decisión alguna. Pero el derecho no puede dar margen a la incertidumbre, ni instalarse en ella, pues recae sobre él la responsabilidad de la decisión. Deciden, desde luego, los parlamentos cuando aprueban una Ley que siempre habrá de tomar determinadas opciones; deben decidir y deciden las administraciones públicas y las agencias en momentos muy diversos y cuando se activan los procedimientos para ello; y por supuesto deciden los jueces y tribunales: no es una facultad, están obligados a resolver desde que se admite –lo que también requiere decidir– una acción ante ellos.

En el sistema jurídico en el que estamos instalados, todos sus elementos –los órganos e instancias que se constituyen, los procedimientos que se establecen, las referencias que se ofrecen en las normas– se orientan a la decisión que es, en definitiva, la solución de la incertidumbre. Podrá ser acertada o no, esa es otra cuestión, pero la decisión se dirige a la superación de la incertidumbre y la controversia. Al servicio de esa función, el Derecho ha venido construyendo toda una serie de plataformas, de referencias, instituciones, certezas y seguridades –el principio fundamental, de seguridad jurídica

es buena expresión de ello— sobre las que fundar y sustentar sus decisiones. La evolución de los sistemas jurídicos en la modernidad ha consistido, precisamente, en apurar los mecanismos de certeza y seguridad jurídica dotándolos de una sólida estructura de legitimación. El empeño de la modernidad por la construcción de sistemas, por la búsqueda de certezas, ya desde su mismo inicio en la filosofía de Descartes, se extendió también al Derecho donde alcanzó muy acabadas expresiones. Se levantaron edificios sobre los planos que dibujaban la racionalidad y las certidumbres de la ciencia: El Leviatán de Thomas Hobbes fue uno de los primeros diseños del moderno Estado basado en esa idea de seguridad que la ciencia moderna avalaba. En esa línea, se suceden toda una serie de realizaciones que caracterizan el sistema jurídico de la modernidad: el ordenamiento jurídico, perfectamente estructurado y articulado en sus conexiones legitimantes, con efectivos mecanismos de integración que lo capacitan para dar respuesta a cualquier cuestión que se le suscite; la racionalización como categoría abstracta del Estado-Nación que llega a redesccribirse como persona jurídica; la codificación pretendidamente totalizadora de las relaciones sociales; las propias organizaciones burocráticas depositarias de la racionalidad y de un conocimiento experto que se pensó podría ordenar y dominar toda la realidad social; la confianza en un sistema judicial y en una administración pública que se vinculan a las certezas absolutas de la Ley. El sistema jurídico se configura entonces como una potente máquina generadora de certidumbres en las que se apoya y alimenta el espectacular desarrollo económico e industrial de Occidente.

Pero esa certidumbre, esa seguridad jurídica, que es un elemento estructural de nuestro sistema jurídico y, posiblemente, su principal patrimonio y la aportación más preciada que de él se espera, se ve ahora presionada y conmovida por la expansión de la incertidumbre que trae consigo “la postmodernidad”, “la segunda modernidad”, “la modernidad líquida” o como se la quiera llamar. La incertidumbre, se genera y se expande extramuros del Derecho, pero acaba por tenderle un estrecho cerco y, abriendo brechas, introducirse en él. Asistimos, entonces, a genuinos procesos de construcción, característicos de la postmodernidad, que están afectando a estructuras y piezas básicas del Derecho.

Un combate silencioso, pero sin tregua, es el que está librando el Derecho frente a la incertidumbre. El Derecho pretende imponer su dominio y su sistema de certezas, pero acusa las acometidas

de una incertidumbre y una complejidad que con frecuencia le desborda. Se trata de un combate crucial que no solo afecta a la evolución de un sistema jurídico con claros síntomas de crisis, sino que también se extiende a los espacios donde mayormente se genera una incertidumbre que será percibida, tratada y resuelta, en su caso, por otros modos en los que la política y el Derecho también dejarán su impronta.

Este libro trata del impacto de la incertidumbre en el Derecho y de las estrategias que éste desarrolla para afrontarla y, sobre todo, para cumplir con su función de decidir, que se presenta como un reto formidable cuando ha de ejercerla en estos espacios dominados por una incerteza y una complejidad que pueden desbordarle y atenzarle en el momento crucial de la decisión. Son muchos, como se han destacado, los frentes en los que se levantan incertidumbres que acechan al sistema jurídico y al poder político. La globalización que desarbola las que eran muy firmes referencias en torno al Estado-Nación; el relativismo que se instala en la ética y la moral; la deconstrucción de estructuras del Estado Social ante el acoso de un neoliberalismo económico que no ha mostrado una racionalidad alternativa; la nueva geopolítica y los flujos migratorios que inciden de manera incierta en unas estructuras sociales sobre las que planean serios interrogantes. Tratar cómo el Derecho encara estos y otros retos formidables derivados del avance de la incertidumbre sería un objetivo pretencioso e inabordable en un estudio como este. Por ello, el libro se concentra en un frente de ese avance: el que se genera en torno a la ciencia, la incertidumbre científica. Se trata de una elemental y sensata limitación del objeto de este libro, aunque la primera aproximación que hemos realizado nos advierte de la entidad del tema y de la imprudencia del autor.

La ciencia, en efecto, está adquiriendo una extraordinaria relevancia para el Derecho, particularmente en el combate que éste libra con la incertidumbre y la posición que ante ella adopta. Son varias las causas de ese creciente protagonismo de la ciencia. Quiero ahora destacar cuatro.

La primera es que la ciencia es hoy, posiblemente, la fuente principal de generación de incertidumbres. El mundo que habitamos y, sobre todo, el que se aventura en el futuro, está ligado cada vez más al desarrollo de la ciencia y su aplicación tecnológica. La alimentación, la energía, la vivienda, (...) de la próxima generación serán las que ahora se deciden en centros de investigación científica. Cuanto más unido está nuestro destino al desarrollo la ciencia,

más quedamos expuestos a las incertidumbres que derivan de sus avances y de la propia complejidad del conocimiento científico.

Porque debe tenerse en cuenta - esta es la segunda causa a destacar - que el propio conocimiento científico se reconoce incierto en muchos de los frentes por los que avanza. La deslumbrante trayectoria de la ciencia empírica moderna, jalonada por descubrimientos espectaculares e irrefutables, ha sido el espejo en el que se han mirado con cierta envidia otras disciplinas del conocimiento, las ciencias sociales y la propia ciencia del Derecho. La pretensión de objetividad y certeza tan característica de la modernidad seguía de algún modo la estela del avance de la ciencia. Pero, bien entrado el siglo XX, la ciencia comienza a distanciarse de la idea de certeza que presidía sus objetivos y sus logros. Los propios avances del conocimiento, las nuevas dimensiones y complejidades que se abren, hacen a la ciencia cada vez más cautelosa. Comienza primero, como destacara Popper, a operar con probabilidades y no con certezas, para acabar reconociendo su incapacidad para resolver muchas de las incertidumbres que ella misma plantea. Un Premio Nobel de química, Illia Prigogine, certifica de manera lapidaria ese estado de la ciencia en su libro "El final de las certidumbres".

La tercera conmoción deriva de ese cambio de postura de la ciencia que necesariamente descoloca a las otras disciplinas del conocimiento que se miraban en ella para asentar sus propias certidumbres. La que era referencia más firme y segura, la ciencia, se desvanece ahora al reconocer la complejidad y la incertidumbre que la envuelve, y declararse incapaz de ofrecer certezas con la autoridad que antaño mostraba. Esa incertidumbre que se apodera de la ciencia se comunica a otros ámbitos. En primer lugar, a la aplicación técnica de los avances científicos donde con frecuencia se plantean incertidumbres éticas o sobre los riesgos en torno a unos efectos inciertos. También se comunica la incertidumbre de origen científico a la filosofía, al arte y, en lo que aquí más nos interesa, al propio sistema jurídico. El Derecho, en efecto, está acusando mucho, posiblemente en exceso, el impacto de la incertidumbre de origen científico ante la que tiende a reaccionar, erróneamente a mi entender, con una remisión a la ciencia o una deriva cientifista de la que no está obteniendo las certezas que pretende. El Derecho y sus juristas, mostrando una vez más su propensión al autismo, parecen no haber percibido el cambio de posición de la ciencia y todavía mantienen por ella una fascinación que ya no se da en sus propios cultivadores.

La cuarta consideración repara en la imparable presencia de la ciencia en la propia agenda de los temas que centran el debate político y la controversia jurídica, una agenda cada vez más dominada por cuestiones suscitadas desde foros científicos. Cambio climático, debate sobre energía dependiente de la investigación científica, células madre, valoración científica de riesgos para la salud y medio ambiente, organismos genéticamente modificados, medicamentos genéricos y régimen de patentes en la investigación farmacéutica, alimentos transgénicos, son algunos de los temas que suscitan un vivo debate en los dos lados del Atlántico sin olvidar la anecdótica, pero no por ello menos significativa, reapertura revisionista en Estados Unidos de lo que es estrictamente una teoría científica, el evolucionismo darwinista, sin el suculento tramo de aplicación tecnológica que caracteriza a las otras cuestiones apuntadas.

Es así cómo la política y el Derecho se ven, cada vez más, con cuestiones que tienen en su núcleo un marcado componente científico. Cuestiones que se plantean como decisiones ante nuevas opciones que ofrece la investigación científica o la aplicación técnica de nuevos conocimientos. La ciencia que promueve estos procesos decisivos, se presenta a ellos cargada de incertidumbres y traslada a las instancias jurídicas unas decisiones que ella misma se ve incapaz de tomar. La consecuencia de este planteamiento es que se están produciendo, con una frecuencia creciente, decisiones políticas y jurídicas muy relevantes en materias en las que existe una reconocida incertidumbre científica. De este cerco que tiende la ciencia puede escapar en algún caso la política, pero no el derecho cargado como está con la responsabilidad de decidir, sobre todo cuando se activan determinados mecanismos administrativos o judiciales.

¿Cómo se están adoptando estas decisiones? ¿Hasta qué punto queda el Derecho a merced de la ciencia? ¿Hasta qué punto se ve obligado a renunciar a sus valores de seguridad y certeza? ¿Podemos plantearnos la elaboración de una teoría de la decisión jurídica en la incertidumbre? ¿Hemos tal vez de admitir la deconstrucción del Derecho hasta hacerlo también incierto? Antes de afrontar estas cuestiones que afectan de lleno al sistema jurídico, conviene dirigir la atención al origen de estos problemas, a la fuente de generación de las incertidumbres, la ciencia, y, sobre todo, a lo que es su motor más: la investigación científica, porque es característico de las patologías autistas que afectan al Derecho la pervivencia de una misma regulación jurídica, y una discusión doctrinal y jurisprudencial recurrente, sobre realidades que

se han transformado por completo hasta el punto de ser irreconocibles en la originaria e inalterada regulación que las contempla.

La investigación científica se contempla desde la primeras Constituciones como una libertad excelsa, concebida en términos muy similares a los de la libertad artística. El imaginario de referencia lo ofrecen Kepler, Galileo, Newton y los primeros científicos de la modernidad movidos por el más noble afán de conocimiento, amenazados con frecuencia por los poderes establecidos y que no eran capaces de rentabilizar en su provecho los avances científicos que alcanzaban. Esta investigación científica, que tan elevada consideración merece a las modernas Constituciones, no es reconocible hoy en la investigación relevante que es la promovida y dominada por la tecnociencia. No se investiga por el noble afán de conocer o el provecho para la humanidad que ello supone, sino para obtener una rentabilidad que cubra como mínimo sus elevados costes. Nos lo recuerda bien a las claras, por ejemplo, la industria farmacéutica cuando, en el debate que se suscita en torno a los medicamentos genéricos, no deja de pronosticar la paralización de la investigación si no dispone de un régimen favorable de patentes y rentabilización económica. La misma y fundamental motivación está presente por supuesto en poderosas líneas de investigación, como las que se articulan en torno a la biogenética, aunque por supuesto se presentan con una imagen filantrópica, con la que pretenden legitimar su desconocimiento de valores éticos elementales por unos supuestos e inciertos beneficios para una idea construida de felicidad humana.

Es del todo lógico, por otra parte, que, en su afán de explotar y rentabilizar la aplicación técnica de sus avances, la tecnociencia pretenda influir en la sociedad y en las decisiones de las instancias públicas. Hay una vía de influencia tan potente que llega a condicionar del todo las decisiones de las instancias públicas legítimas: el dominio sobre la propia investigación, las líneas que desde los centros de la tecnociencia se decide abrir, continuar o cerrar, y las calculadas opciones que se le presentan entonces a unos poderes públicos que no tienen ningún dominio ni conocimiento siquiera sobre lo que previamente se decide en los centros de la investigación tecnocientífica. Resulta inevitable, entonces, el planteamiento, o replanteamiento, de la correlación entre público y privado en torno a la investigación científica. Desde luego, no resultan admisibles las intervenciones en el ejercicio de una libertad fundamental, aunque su orientación en muchos casos no esté presidida

por el noble afán de conocimiento, sino por el, también legítimo, de rentabilidad económica y de competitividad entre empresas. Pero tal vez podría plantearse una intervención en positivo, exigir mayor investigación para ampliar el margen de opción de los poderes públicos. En cualquier caso, las principales amenazas que se ciernen sobre la libertad de investigación científica no se localizan, como antaño, en los poderes externos constituidos, sino en las propias estructuras de la tecnociencia en las que el genuino titular de esa libertad, el científico, puede verse atrapado sin margen de decisión y, con frecuencia, ni siquiera de conocimiento sobre lo que investiga, o sobre su finalidad o aplicación. En favor de la libertad de investigación parece que estaría así justificada una línea de actuación del derecho dirigida a reforzar la posición y libertad del científico.

La revisión de las relaciones entre el Derecho y la investigación científica habría de contribuir así a la actualización y revitalización de la libertad de investigación y, sobre todo, a que el Derecho y las instancias de decisión constitucional y democráticamente legitimadas recuperaran sus posiciones ante la presión de una tecnociencia organizada. Pero aunque en cierto modo la reduciría, dominando ciertos excesos, no eliminaría en absoluto la incertidumbre de origen científico que tan imponente reto plantea al derecho en su irrenunciable función decisoria.

Presentemos muy someramente las estrategias que se están desarrollando para encararlo. Son dos, básicamente, los grandes movimientos que se observan. Uno lo impulsa la presión de una tecnociencia que se ha organizado de manera efectiva y que trata de ganar así espacios de decisión, aprovechando el desconcierto y desconocimiento de las legítimas instancias políticas y jurídicas. El segundo movimiento, con una orientación distinta, se desencadena cuando desde un sistema jurídico que se cree vencido por la complejidad e incertidumbre se entrega la decisión, o relevantes aspectos de la misma, al estamento de la ciencia.

El primer movimiento lo propicia un potente proceso de autoorganización y autorregulación de la ciencia, activado en muy buena medida por el avance de la tecnociencia y que es también manifestación de su dominio. La tecnociencia se apoya en una estructura empresarial que promueve avances en la ciencia que espera rentabilizar en su aplicación técnica, es precisamente la estructura empresarial que se articula en torno a la técnica la que ha desarrollado recientemente rigurosos

procesos de autoorganización y autorregulación con el afán de establecer referencias comunes, facilitar el intercambio de sus productos y, sobre todo, imponer en lo posible sus propios criterios regulatorios. Es así como desde esas organizaciones que rebasan ordinariamente los marcos estatales se está levantando todo un sistema jurídico paralelo, con sus propias normas (las normas técnicas que hoy dominan en los muchos sectores en los que hay un componente tecnológico destacado), sus propios aparatos de control certificación o acreditación, y sus propios mecanismos e instancias de resolución de conflictos. Amparándose en la expansión de la complejidad técnica e incertidumbre científica que supera a las instancias públicas legitimadas para decidir, estas organizaciones, invocando su conocimiento experto, pretenden ganar -y están ganando de hecho- espacios de decisión en los que imponen las referencias de sus procesos de autorregulación. El avance de este movimiento es perfectamente visible en muchos ámbitos en los que las normas jurídicas que cuentan con la necesaria legitimación constitucional parecen batirse en retirada, concentrándose lo demás en los aspectos procedimentales de las decisiones, para dejar la regulación y decisión material a las normas técnicas. Es un grave problema de legitimidad el que aquí se plantea y que se extiende no solo a las normas técnicas, sino a otras fórmulas de las que se valen la técnica y la tecnociencia organizadas para ganar espacios públicos de decisión amparándose en la creciente complejidad técnica e incertidumbre científica.

El segundo movimiento que está desarrollando el Derecho consiste en la entrega a los estamentos de la ciencia de la solución de aspectos determinantes de muchas decisiones, cuando no de la decisión misma. No se trata ya, como en la anterior variante, de una presión externa de la tecnociencia organizada para ganar espacios de decisión, sino de una remisión voluntaria desde las propias leyes o desde las instancias jurídicas a lo que la ciencia disponga. Son varias las vías a través de las que se canaliza esta remisión. En unos casos discurre por referencias estrictamente conceptuales: cuando las leyes otorgan una función dirimente, decisiva, a conceptos que han de ser interpretados, y aplicados en su caso, por la ciencia y los científicos; una remisión muy extendida, por ejemplo, en toda la regulación jurídica sobre medio ambiente y recursos naturales, donde han ganado una posición del todo central los conceptos de las ciencias de la naturaleza -biodiversidad, procesos ecológicos esenciales, especies autóctonas, caudal ecológico, etc.- y, con ellos, los científicos y técnicos que los interpretan. En otros casos se produce una remisión

expresa a lo que el estado de la ciencia y la técnica disponga en cada caso; una remisión que no solo se efectúa desde las leyes, sino también desde decisiones singulares que, en rigor, dejan así de ser decisiones, puesto que relevantes aspectos materiales no son resueltas por ellas, sino por el estamento científico o el mercado de la técnica que son los que determinarán en cada caso, cual es el estado de la ciencia o la mejor tecnología disponible.

Pero, con todo, lo más destacable de este movimiento y, en general de la reacción del Derecho ante las incertidumbres de la ciencia, es la deriva cientifista que adopta el Derecho, de la misma manera que en otros ámbitos relacionados con la economía se ha impuesto recientemente una deriva economicista.

El Derecho, los poderes públicos, los juristas, siguen fascinados por una ciencia que realizó descubrimientos espectaculares y que sigue deslumbrando con sus avances, pero en la que ya no se encuentran las certezas de antaño. El derecho persiste en ir a buscar en la ciencia certidumbres, cuando lo que obtiene de ella son, como mucho, probabilidades. Se cierra así un círculo envolvente que se inicia cuando la ciencia, con sus avances, plantea incertidumbres que afectan a derechos y valores relevantes que ella no resuelve; son las instancias políticas o jurídicas las que han de decidir; pero éstas a su vez se remiten a la ciencia en la búsqueda de unas certezas que allí con frecuencia no encuentran, con el riesgo de que sea la tecnociencia organizada la que acabe ganando espacios de decisión con el déficit de legitimidad que de ello resulta.

Una muestra de esa deriva cientifista del derecho la encontramos en el auge alcanzado por el llamado "principio de precaución" a través del cual se quieren canalizar las relaciones entre la ciencia y el derecho en las cada vez más frecuentes situaciones de incertidumbre científica. La aplicación del principio de precaución está conduciendo a un estado de excepción decretado por la ciencia: el orden legal legítimamente establecido queda excepcionado, en suspenso, cuando se dan las condiciones para invocar el principio de precaución. Condiciones en torno a la incertidumbre que no solo es que sean valoradas por la ciencia, sino generadas por ella misma: bien sean incertidumbres originarias sobre la aplicación de nuevos avances de la ciencia, sobre todo por los riesgos que puedan producirse; bien sean incertidumbres sobrevenidas, cuando nuevos conocimientos científicos cuestionan lo que se creía seguro e inocuo.

A esta deriva cientifista del derecho se le pueden plantear muy serias objeciones. Hemos insinuado ya dos de ellas. La primera es que, para decidir en situaciones de incertidumbre, se opera una remisión a una ciencia que ha variado su posición con respecto a la idea de verdad y certidumbre: que no ofrece ya las seguridades y certezas del pasado, sino que tiende a poner en cuestión propios conocimientos. La segunda es la crisis de legitimidad de un sistema político que afirma sus raíces democráticas, con unas instancias públicas de decisión y regulación que invocan su legitimidad constitucional, pero que ceden la decisión a instancias que solo alegan el título del conocimiento experto.

Hay una tercera objeción, muy relevante, y es que con esta deriva cientifista el Derecho se separa ostensiblemente de su modo característico de decisión, también en las muy frecuentes situaciones de incertidumbre en que se ha visto. Ese modo se asemeja mucho más al relato literario, con la conciencia de ser algo que se construye, con un inevitable componente de ficción, que al proceder científico, que conduce a lo que se encuentra, se descubre, se constata o se mide y, en su caso, se cuantifica. El Derecho nunca ha pretendido dar con la realidad objetiva, sino reconstruirla a sus propios efectos entre ellos, destacadamente, el de decidir sobre las controversias que se le plantean. Ya los juristas romanos construyeron un cosmos admirable de ficciones y presunciones en el que situaban las cuestiones cuya solución se les requería. Y es así cómo seguimos operando en un sistema jurídico repleto de ficciones y con unos procedimientos decisorios que no pretenden dar con la misma realidad que la ciencia nos muestra. Un proceso judicial, en el que se concentra toda la carga decisoria del Derecho, no aspira a conocer los hechos reales, sino los que resultan de una compleja y muy matizada actividad probatoria de la que, por ejemplo, quedan fuera, como si no se hubieran producido nunca, los hechos cuyo conocimiento se alcanza a través de una prueba considerada ilícita. No es la mente del científico, ni la del historiador, sino la del novelista, que hace

pasar el relato por su cuadro personal de valores y vivencias, la que se advierte en la concepción del proceso judicial y de cualquier fórmula jurídica orientada a la decisión.

La tarea que se impone al Derecho ante la creciente incertidumbre de la ciencia no parece que sea la de entregar sus decisiones al sistema de la ciencia, sino la de construir su propia sistema de referencias y apoyos sobre los que articular las decisiones que le corresponden, sin que sea su objetivo el acierto científico. Es muy significativo que, desde posiciones filosóficas muy actuales, encaradas con la complejidad e incertidumbres del mundo contemporáneo, se haya producido un distanciamiento de la ciencia para buscar en la literatura una guía para afrontar la complejidad que nos circunda. Una opción muy clara en Richard Rorty que se dedicó al estudio de la literatura en la última fase de su vida y también Zigmud Bauman. Justamente es en ese modelo literario, ahora tan apreciado, en el que siempre se ha desenvuelto el Derecho, con gran maestría y brillantez en muchos momentos, y que ahora parece abandonarlo buscando el acierto científico en sus decisiones.

Las incertidumbres de la ciencia plantean un último reto a la política y al Derecho. Tal vez el reto más imponente y que ahora se empieza a vislumbrar: el de la responsabilidad por las decisiones adoptadas en situaciones de incertidumbre. El desarrollo tecnológico nos ha dotado de unas capacidades y potencias de decisión hasta ahora desconocidas, con unos efectos que, siendo inciertos muchas veces, pueden extenderse a las generaciones futuras que no tienen participación alguna en la adopción de estas decisiones. A la reivindicación, sobre todo a partir de Hans Jonas, de nueva ética para la civilización tecnológica, se añade la de un nuevo marco jurídico que afronte las responsabilidades por las decisiones de un poder público obligado a decidir en situaciones de incertidumbre. De un Levatán que se levantó sobre las seguridades de la ciencia moderna y que ahora muestra un ostensible desconcierto ante el desvanecimiento de aquel principio de certidumbre.



Círculo de
Derecho
Administrativo

Oficina CDA: Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel - Lima
Teléfono: 626-2000 Anexo 5692
Dirección electrónica: <http://www.cda.org.pe>

Regulación constitucional de los Servicios Públicos en República Dominicana y Latinoamérica

Pedro Blanco Peralta*

SUMILLA

El nuevo concepto de Servicio Público que acoge las ideas de libertad de empresa y de competencia, empieza a arraigarse, al igual que en muchos países de Latinoamérica, en República Dominicana. La gestión privada de Servicios Públicos se incluye en la Constitución Dominicana, rompiendo el esquema monopólico que tenía al Estado como protagonista. El siguiente estudio es un análisis del marco constitucional económico de República Dominicana y de otros países latinoamericanos, destacando las similitudes del sistema económico constitucional peruano y el dominicano.

A) Motivos generadores del cambio del antiguo modelo de servicio público

Entre los motivos que generaron una renovación en la visión tradicional de este tema podemos, al menos, hacer mención de tres razones fundamentales: de un lado, el argumento de mucha de la doctrina administrativa, que aducía una crisis en el modelo del Estado de Bienestar, en donde el Gobierno se iba desmembrando y relegando a la empresa privada todas sus funciones; por otro lado, los defensores de la empresa privada, de finales de los años ochenta del siglo pasado, por moda o realidad y amparados por demostraciones económicas empíricas, mostraron que la justificación de los monopolios naturales en los servicios en redes, eran un hecho relacionado más con razones legales que económicas.

Evidenciando que al introducir competencia en sus estructuras generarían eficiencia asignativas en los monopolios legales que, por sus estructuras de costes, producirían precios similares a sus costes medios, no por debajo de los mismos; lo que evita, de esa manera, enriquecimientos ilícitos por parte de los monopolistas, amparándose en esas fallas del mercado.

El otro gran motivo eran los índices de endeudamiento de las empresas públicas, así como un volumen de empleados que rompía todos los esquemas de sostenibilidad de las empresas en manos del Estado, produciendo ineficiencias tales como: sobreinversión, costos estándares y prevalencia de criterios políticos por encima de la sostenibilidad económica de la industria.

i) Crisis del Estado Nación o evolución del concepto de Servicio Público

Es un hecho ya demostrado que el Estado Nación no puede seguir siendo considerado como el único ente estructurador de las políticas públicas y las estrategias de desarrollo de un país, tal como lo planteaban los autores de las teorías del desarrollo en décadas pasadas¹.

A esta paradoja de los conceptos enraizados en la doctrina administrativa se conoce, como la crisis del Estado Nación, siendo un punto de inflexión, que marcó una nueva estrategia económica y de intensificación del consumo, lo que constituye un cambio fundamental en las políticas económicas.

* Abogado, Doctor "Cum Laude" en Derecho por la Universidad Ibero Americana (UNIBE), Doctorando en "Problemas actuales de Derecho Administrativo" por la Universidad Complutense de Madrid, Maestría en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid, Maestría en Negocio y Derecho de la Energía por la Fundación Repsol YPF, Executive Education for The London School Of Economics of Political Science. Domina los siguientes idiomas: español, inglés y un poco de francés.

¹ En particular Raúl Prebisch, autor de diversos textos que aplicaban el proteccionismo keynesiano al análisis del desarrollo en América latina y padre de la llamada política de sustitución de importaciones. Sobre el tema, ver LAURELLI, E.; ROFMAN, A., 1989. (eds.).

El concepto de nacionalismo económico territorial inherente al proteccionismo económico y a las estrategias keynesianas, ha perdido su sentido, en la medida que el Estado disminuye su capacidad de determinar la orientación y el ritmo de la economía.

La globalización de la economía ha precedido a la integración comercial, que en el fondo se limita a una adaptación para que los países convivan en un espacio económico común. En resumidas cuentas, tal como dicen Juan Luis Klein y Benoit Levesque que:

“La crisis del Estado Nación pone de manifiesto la imposibilidad de ejercer en un marco territorial único lo que ha sido, por lo menos en los decenios de la posguerra y en las sociedades democráticas de corte occidental, las dos funciones primordiales del Estado:

- 1) Garantizar un contexto de estabilidad y de crecimiento de la acumulación del capital; y
- 2) Lograr la legitimidad de las jerarquías sociales inherentes al sistema capitalista a través de un cuadro nacional de convergencias socialmente y políticamente eficaces”².

Tomando esto en cuenta, vemos cómo las funciones tradicionales del Estado se han perdido, provocando un vacío real en la regulación de lo social³, al mismo tiempo que el Estado pierde su antiguo carácter regulador de las relaciones sociales y económicas. Si comparamos los modelos de Estados europeos y el norteamericano, observamos que por vías diferentes persiguen objetivos comunes.

Pero, ¿Pueden convivir ambos sistemas? Tal como dice Iñigo del Guayo Castiella⁴:

“El análisis de la incorporación en nuestro ordenamiento, de un concepto de inspiración anglo norteamericana de regulación sectorial, debe ser realizado a pesar de que existe una protesta extendida, entre los juristas españoles, sobre la inutilidad de la importación de conceptos de otros ordenamientos, que se acentúa cuando, además, pretende hacerse desde ordenamientos que descansan en principios ajenos a los nuestros, y que se exagera cuando, adicionalmente, el rechazo se fundamenta en motivos ideológicos derivados de una arraigada identificación de los sistemas económicos del Reino Unido y de los Estados Unidos –y sus respectivos ordenamientos jurídicos– con determinadas imágenes que concitan un rechazo generalizado en las sociedades europeas: capitalismo salvaje, liberalismo fundamentalista, neoliberalismo opresor de las trabajadoras, desprotección de los débiles, desmantelamiento del Estado de Bienestar”.

Quizás el mismo rechazo que el provocado por las imágenes contrarias de un sector público desmesurado y anquilosado, gasto público incontrolable, despilfarrador, economías sacartonadas –es decir, dependientes de subvenciones públicas–, rigidez de los mercados, Servicios Públicos ineficientes; es evidente que todas esas imágenes apocalípticas que mostramos de un lado u otro no responden a la realidad de los sistemas que se tratan de describir.”

Finalmente, tendríamos lo que a nuestro entender sería la “evolución natural de la Administración

² KLIEN, JOSÉ LUÍS y BENOIT LEVESQUE. *La descentralización y la globalización en la reestructuración de las relaciones entre el Estado y el territorio: los casos de Québec y Chile*. En: Revista: *Análisis Geográfico*, 1998, N° 32, pp. 97-117.

³ Para Anthony Ogus la justificación de interés público en la regulación social, que se ocupa de cuestiones como la salud y la seguridad, la protección del medio ambiente y protección de los consumidores tiende a centrarse en dos tipos de fallos del mercado. En primer lugar, la existente o potencial relación contractual entre las empresas que suministran bienes o servicios a menudo tienen información suficiente relativa a la calidad ofrecida por los suplidores, en consecuencia, el mercado no puede responder a sus preferencias. En segundo lugar, aunque este problema no existe, la información, las transacciones de mercado pueden tener efectos colaterales que afectan a las personas que no están involucradas en la transacción. Para hacer frente a estos problemas, los responsables de la política pueden elegir entre una gama de instrumentos de regulación, clasificables en función del grado de intervención del Estado requiera. Pudiendo identificarla en tres forma de regulación: la regulación de la información, que obliga a los proveedores a revelar los detalles relativos a la calidad de sus productos o servicios; regulación privada imponiendo obligaciones que nunca pueden ser ejecutadas solo por los individuos para beneficio de quién han sido creadas, y los instrumentos económicos que, como se explicó anteriormente, no son coercitivas, sino más bien inducidas a un comportamiento deseable por los incentivos financieros. En el otro extremo del espectro, se encuentra el instrumento altamente intervencionista de aprobación antes de que esto impida la realización de una actividad sin licencia o autorización expedida por una agencia Ogus, A. I. (1994). *Regulation : legal form and economic theory*. Oxford New York, Clarendon Press; Oxford University Press.

⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, IÑIGO (2009). *Derecho comparado: el contexto europeo, Derecho de la regulación económica / coord. por Santiago Muñoz Machado, Volumen 3, Tomo 1*, pp. 233-264.

Pública” con una tercera vía descrita por Guiddens⁵ y tomada en parte por el modelo Europeo, donde la integración ha sido acompañada, e incluso precedida, por la creación de una estructura político-administrativa que está lejos de limitarse a lo puramente simbólico.

En particular, se han puesto en práctica diversas políticas de apoyo a las regiones y comunidades más débiles, en todo el entramado de su infraestructura y muestra de ello son las políticas energéticas y las directivas para las competencias en ese sector.

ii) Crisis de la empresa pública

La intervención estatal en la economía fue la tónica en muchas legislaciones, incluyendo la Dominicana, de cómo la administración considera actividades netamente empresariales como actividades de interés general y, por ende, Servicios Públicos. Creando monopolios legales que limitaban de modo sustancial en lo que era la antigua Constitución Dominicana⁶ de 2003 en sus artículos 8° numeral 12 y 55° numeral 8, en los cuales establecía la exclusividad de monopolio a favor del Estado y la regulación de los Servicios Públicos, lo que sería actualmente artículo 50° y 147° de la Constitución Dominicana de 2010 referente a la libertad de empresa, ya que habían sectores que podían operar bajo el régimen de libre competencia que el Estado operaba como monopolista sin una razón estratégica o económica de consideración.

Este tipo de conductas que se generalizaban, no solo en la república dominicana, sino en muchos países de tradición Romano Germánica o continental degeneró en una crisis del sector plasmado fundamentalmente en la ruptura de dos viejos paradigmas: el primero, la empresa pública como brazo impulsador del Estado dentro de la economía; y segundo, el Servicio Público tradicional como ámbito reservado al Estado, o concesionado por el mismo a una empresa privada en calidad de monopolio.

Para algunos con posiciones más liberales, el Estado por naturaleza es despilfarrador y falseaba la competencia creando a su alrededor grupos de intereses que eran meros buscadores de rentas, sin

cumplir a su vez la función de promover el pleno empleo, el desarrollo regional y la protección de la industria⁷.

La solución propuesta por los liberales a estas críticas, eran el adelgazamiento, la restructuración y reordenamiento del Estado, sobre todo en los aspectos relativos a las políticas sociales (Welfare State), así como también la privatización de sus empresas estatales⁸.

Esas tendencias y procesos se organizaron en dos grandes vertientes: unas relacionadas con la naturaleza de las empresas públicas dentro del contexto de las sociedades capitalistas desarrolladas y con los inconvenientes que los sectores públicos han evidenciado en dichas sociedades; otras con las incidencias y presiones provenientes de las coacciones impuestas por la intensa y creciente competencia entre las grandes empresas y las amenazas y realidades de crisis y recesiones (generales y sectoriales, nacionales e internacionales).

El intervencionismo y dirigismo del Estado en general, y el funcionamiento de sus empresas en particular, se suelen desarrollar en relación a todo aquello que no resulta del funcionamiento espontáneo de la iniciativa privada y del mercado en una búsqueda infructuosa de equipar condiciones generales de producción para solucionar crisis sociales puntuales, garantizar suministros, y mantener la cohesión social.

Es en este entramado conflictivo que el Estado se ve en medio de una paradoja consistente en cómo hacer funcionar adecuadamente una estructura económica viable, cumpliendo con todos estos intereses que son contrapuestos a criterios de eficiencia.

Y la opción más común de los Estados es asumir pérdidas considerables a cambio de una teórica cohesión social; pero es por esta razón que su gestión genera descontento, descrédito y el reclamo en favor de la reducción del Estado y la privatización de sus empresas.

En este punto, al Estado se le desconoce y acusa de ser el generador de los problemas generales y sectoriales de la economía que no se analizan

⁵ GIDDENS, ANTHONY. *La tercera vía*. Editorial: Taurus, 2002, México.

⁶ Constitución Dominicana, 2003.

⁷ ARIÑO ORTIZ, G. (2007). *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi.

⁸ KAPLAN, M. (1994). *Crisis y futuro de la empresa pública*. México, Universidad Nacional Autónoma de México Petróleos Mexicanos.

desde la perspectiva de los factores estructurales y sociales que rodean cada caso en particular.

Para los detractores, como Chakravarthi Raghavan, la inexactitud de los datos económicos torna difícil o imposible para los países desarrollados y en desarrollo evaluar los efectos de una liberalización pasada o futura⁹.

Otros autores coinciden que la falta de datos también hace imposible cumplir las condiciones establecidas en muchos procesos liberalizadores de los Servicios Públicos. También señalan que los desequilibrios que se presentan en los países en desarrollo son mayores, ya que tienen mucha menor capacidad para la producción de los servicios que los países desarrollados.

Aun cuando se incrementa el acceso a los mercados, la mayoría de los países en desarrollo se beneficiarían muy poco debido a las limitaciones de abastecimiento, así como por estructuras anticompetitivas y monopólicas que actúan como barreras para entrar a los mercados de servicios de los países desarrollados.

iii) Crisis de los Servicios Públicos

El planteamiento anteriormente plasmado sobre la crisis de la empresa pública, necesariamente deriva en una crisis en los planteamientos sobre el funcionamiento propio del Servicio Público.

a- Quiebra de los principios fundamentales del Servicio Público

El nuevo modelo que se plantea rompe con varios de los principios clásicos del Servicio Público en el derecho administrativo, entre los cuales tenemos: los principios de continuidad, de igualdad, de adaptación y de gratuidad; la ruptura es evidente en los principios de igualdad y gratuidad.

i. Principio de continuidad

En el primero de los principios es una concepción adoptada por el Consejo de Estado Francés a raíz de la sentencia Winckell de 1909, donde el comisario de gobierno Tardieu, afirmó que la continuidad es un signo esencial del Servicio Público.

Este principio se fue desarrollando y quedó configurado en el sentido de que la Administración debe intervenir en todo lo necesario para asegurar que el Servicio Público se preste efectivamente.

Es sin duda una intervención efectiva por parte de la administración. Pero no se trata solo de la mera intervención, sino, además, que se reputa como una obligación de la misma, el tomar las medidas pertinentes para adaptar el servicio que se presta a las circunstancias económicas, sociales e institucionales que se presenten en cada momento.

ii. Principio de igualdad

El principio de igualdad es una noción muy arraigada en las ideas revolucionarias francesas; promueve la no discriminación en favor de grupos privilegiados.

Este principio también se expresa como el principio de neutralidad por parte de la Administración, y es que el servicio se debe proporcionar a los ciudadanos "neutralmente", sin referencia a criterios de discriminación.

Pero esta misma igualdad se traslada también a los mercados y los sistemas productivos de los países, que son, a su vez, parte integral del desarrollo de una sociedad. A estos últimos, entonces, se les mide de la misma forma, sin desigualdades.

Es aquí donde entendemos que se rompe el principio de igualdad, en el momento en que la administración presta un servicio en forma monopolista, sea de carácter público o privado; no está cumpliendo el principio de neutralidad, porque el objetivo de todo monopolio es asegurarse rentas beneficiosas, y en último lugar se piensa en el beneficio que puede acarrear la competencia en favor de los ciudadanos, así como la capacidad que tienen cada uno para elegir el servicio que desea recibir.

iii. Principio de adaptación

Este principio es una derivación en cuanto a la aplicación del principio de continuidad tal como lo expresara PÉQUIGNOT¹⁰, en cuanto a los contratos administrativos de concesión, en los cuales el concesionario de un Servicio Público, tiene como

⁹ RAGHAVAN, C. (2002). Developing countries and services trade: chasing a black cat in a dark room, blindfolded. Penang, Malaysia, Third World Network.

¹⁰ PÉQUIGNOT, G. and Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier. (1984). L'Interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot. Montpellier, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Montpellier I.

objetivo principal ofrecer una prestación que satisfaga un interés general, que no es más que la obtención de un servicio de calidad, continuo y regular.

Hauriou reforzaba dichas ideas cuando comentaba la sentencia *Etat vs Ville de Toulouse*, cuando argüía que:

“En los contratos administrativos, especialmente, se debe aceptar la posibilidad de modificación en razón del interés público, modificando de forma substancial las condiciones originarias y por consiguiente del contrato mismo”.

Este principio recibió fuertes críticas, porque en muchas ocasiones, en nombre del interés público de la administración (que no era más que el interés partidario) quebraban el equilibrio económico de los contratos, mostrándose la cara más nefasta de los hechos del príncipe y enviando un mensaje de inseguridad a las inversiones que se trasladan en condiciones más onerosas, para el ciudadano.

iv. Principio de gratuidad

Este último principio, junto al de equidad, son los más criticados por la doctrina; el mismo, nace en una concepción de Estado gendarme, el cual interviene en los ámbitos de la economía, en que los empresarios privados no deseaban participar con fines de lucro; los Servicios Públicos, entonces, se dotaban prácticamente a modo gratuito¹¹.

Al desarrollarse dicha noción, nace el Estado empresario, en donde ya no presta el servicio totalmente gratuito, pero su ánimo no es de lucro.

En esta nueva función del Estado como empresario, él mismo se ve desbordado, porque sus objetivos principales son la seguridad nacional, las funciones de policía, sociales y de regulación.

El Estado, entonces, encuentra una válvula de escape en las empresas públicas, para orientar sus políticas sociales, creación de empleo y bienestar social.

Pero en esta dinámica se embarca en un círculo vicioso, en donde maquilla los resultados económicos globales, como son los datos empleo, costes de producción y en el caso de la electricidad, los precios del suministro. Estas acciones por desgracia, finalizan con un engrosamiento del presupuesto público y la

creación de déficits que irán irremediadamente a cargo del consumidor.

B) Cambio de paradigma con la nueva Constitución Dominicana

El desarrollo de técnicas de derecho privado en el régimen jurídico de los Servicios Públicos, generó toda una nueva relación entre los conceptos antes conocidos, los cuales plantaban una exclusividad en la prestación del servicio, la nueva denominación permitía una gestión privada de Servicios Públicos industriales o comerciales, e incluso los sociales.

De acuerdo con este criterio, la delimitación originaria y tradicional del Servicio Público queda sin efecto, cuando se piensa en estos servicios de gestión privada, sin una tutela directa por parte de la administración.

Esto lo corrobora la Constitución Dominicana donde en su artículo 147° numeral 2 establece que *“Los Servicios Públicos prestados por el Estado o por los particulares en las modalidades legales o contractuales deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria.”*

Este artículo rompe con la concepción dogmática del Estado como único posible prestador del servicio, se rompen los monopolios y en cierta medida se solucionan problemas de sobreinversión, que vienen derivados de una planificación vinculante por parte del Estado, conviniendo que todos los costos que se generan serán cobrados a través de una tarifa establecida, la cual reflejará los costes reales del servicio¹².

Asimismo, con estas decisiones se evita que se produzcan costes estándares, los cuales en muchos casos no reflejan la realidad del mercado, sea la baja o la alza. Cuando se mantienen costes estándares se pueden incurrir en dos errores; el primero, en caso de costes por debajo, un enriquecimiento exorbitante; y en el segundo caso, cuando el precio es a la alza, en este punto comienza a aparecer el temido déficit tarifario, el cual los gobiernos tratan de disimular y controlar para evitar incidencias en los índices de precios a los consumidores; asunto que afecta sensiblemente en el sector eléctrico, porque el control de la tarifa puede servir como falsa válvula de escape para maquillar datos económicos del Gobierno.

¹¹ AUBY, J. B., Ed. (2010). *La globalisation, le droit et l'Etat*. Paris, LGDJ.

¹² ARIÑO ORTIZ, G. (2007). *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi.

i) Dualidad de prestación del Servicio Público y necesidad de independencia en los órganos administrativos

La nota característica de los Servicios Públicos de gestión privada, es fundamentalmente que los mismos no dependen de ningún órgano de la administración central para realizar sus funciones.

Si bien el precitado artículo 147º numeral 2 de la Constitución Dominicana mantiene la potestad de prestar ciertos Servicios Públicos en razón de su interés general dicho artículo genera un cambio radical, a la tesis clásica en donde la Administración mantenía el control del Servicio Público, sea porque éste lo proveía directamente, o a modo concesional, en donde el concesionario prestaba el servicio pero el control del mismo era mantenido por la Administración.

En términos generales, para la teoría administrativista, la necesidad de satisfacer un interés general, generó un avance significativo en esta cuestión, porque la concepción existente no era objetiva sino más bien subjetiva, en el cual el gobernante de turno, en función de sus conveniencias políticas de momento, decidía sin criterio económico alguno, lo que en cada momento era de "interés general" para la nación, declarándolo como Servicio Público permanente.

Este argumento simplista convirtió el Servicio Público en un concepto amplio, que se amoldaba a los deseos de los gobernantes, esta actitud planteó serias desconfianzas por parte de los inversionistas privados.

Estas actuaciones de los gobernantes y de la administración en su conjunto, como expresaba el profesor SAINZ MORENO¹³, provienen de unos conceptos jurídicos poseedores de un núcleo (Begriffskern) o zona de certeza, la cual tiene indicaciones ciertas y precisas; y, un concepto o halo conceptual (Begriffshof) o zona de duda, la cual le da esa permeabilidad y flexibilidad al concepto jurídico indeterminado para aplicarlo a la cambiante realidad socio-jurídica del caso.

ii) El Estado dominicano como regulador del Servicio Público

El artículo 147º numeral 3 de la constitución Dominicana establece: *"La regulación de los Servicios Públicos es facultad exclusiva del Estado.*

La Ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentren a cargo de organismos creados a tales fines."

Este artículo, dentro del ordenamiento jurídico dominicano, es una clara muestra de avance hacia una clara intención de lograr una administración más moderna, eficaz y al mismo tiempo de un tamaño acorde con los presupuestos de la nación, basándose en principios de austeridad, transparencia y eficacia.

Entendemos como acertada la decisión del constituyente en lo referente a que desde el Estado se diseñe el modelo regulatorio; esto concentrará en la administración tareas como velar el buen desenvolvimiento de los agentes económicos y el mercado (más que el de operar por sí mismos empresas estatales).

Este modelo constitucional debería incentivar la creación de agencias independientes que sean órganos con autonomía económica y ejecutiva, los cuales deberán cumplir los diseños regulatorios y los fines otorgados por el Estado, basando sus decisiones en cuestiones técnicas y económicas; sustrayéndose en todo momento de las ventajas políticas coyunturales lo cual permitirá crear un marco de actuación transparente que permita tener unas reglas claras que faciliten el cumplimiento de mínimos regulatorios establecidos por la Ley.

Esto no quiere decir que dicho modelo sea la panacea a problemas que son estructurales de una sociedad poco transparente en dicho contexto desde el regulador se debe concientizar y atacar las fallas del mercado. Y desde la perspectiva del regulado como del Estado, se debe buscar un equilibrio entre la eficiencia y sostenibilidad económica aunada a los beneficios sociales esperables de la regulación, los cuales deben superar los costos directos e indirectos que ella conlleva.

Este modelo planteado por el artículo 147º numeral 3 que en su parte *in fine* establece que *"La Ley podrá establecer que la regulación de servicios y de otras actividades económicas se encuentren a cargo de organismos creados para tales fines"*.

La justificación de este modelo regulatorio con órganos ajenos de la administración tradicional

¹³ SÁINZ MORENO, F. (1973). Conceptos jurídicos indeterminados y derecho administrativo. Phd, Universidad Complutense de Madrid.

viene dada a los fallos de dos teoremas básicos en la economía:

1. Los mercados competitivos conducen a asignaciones eficientes y las instituciones públicas resultan ineficientes¹⁴.
2. Cualquier asignación eficiente es posible mediante intercambios libres. Los Servicios Públicos solo tendrían que garantizar la distribución inicial y el mercado haría el resto¹⁵.

Estas teorías económicas del mercado fallan por la imposibilidad de que existan mercados que no tengan un cierto riesgo y que todos los riesgos son intercambiables en el presente o en el futuro.

En ese sentido, debemos volver a repetir que nuestra Constitución en su artículo 50° numeral 1 establece *“El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptara las medidas que fueren necesaria para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por Ley excepciones para los casos de la seguridad nacional”*.

Los monopolios, *per se*, acarrear problemas de una información imperfecta, provocada por las distorsiones que ellos generan a la hora de alcanzar asignaciones eficientes. Ya que todos los actores del mercado tratan de sacar provecho de la información privilegiada.

Además, existen costes y beneficios económicos que no están vinculados de forma directa. Son los llamados *“No internalizados”* o incorporados a los precios que se han determinado libremente. Otro inconveniente es la existencia de *“Bienes públicos*

de consumo no excluyente o diferenciado” (que quiere decir la utilización por un consumidor no disminuye para el resto de consumidores)¹⁶.

También en las economías de escala, en determinadas funciones de producción se producen los monopolios naturales para Bernanke,¹⁷ si una producción se duplica exactamente, se produce que el proceso de producción de la empresa muestra rendimientos constantes de escala.

Si la producción se duplica con creces, se dice que el proceso de producción muestra rendimientos crecientes de escala o economías de escala. Cuando la producción está sujeta a economías de escala el coste medio de producción disminuye a medida que aumenta el número de unidades producidas.

Y por último, un necesario objetivo de equidad que impregna un valor social en la asignación de determinados bienes. Asunto que los Servicios Públicos prestados bajo régimen de monopolio no proveen, ya que el monopolista no tiene ningún incentivo de mejorar su infraestructura ni expandirlas cuando los costos superan los beneficios. Violando de esta forma al artículo 147° numeral 2 de la Constitución Dominicana que habla de la universalidad del servicio, que quiere decir que el mismo debe llegar a todas las comunidades por una razón de equidad; existiendo maneras económicas de compensar en función de áreas de explotación de alta densidad en donde los beneficios para el que brinda el Servicio Público es superior a las pérdidas que suponen una expansión de su cobertura.

Siguiendo con el precitado artículo 147° numeral 2, el hecho de mantener un monopolio afecta

¹⁴ El artículo que E. Fama publicó en 1970 en el *The Journal of Finance* con el título: *“Efficient Capital Markets: a Review of Theory and Empirical Work”* es probablemente el más citado en economía financiera. Mucha gente –en especial los redactores de libros de texto– lo consideran como el artículo ‘fundador’ de la teoría financiera moderna. En palabras de Andrei Shleifer: La teoría de los mercados eficientes ha sido la proposición central de finanza en los últimos treinta años. Fama [1970], en su presentación clásica de esa teoría, define un mercado de capitales eficientes como un mercado donde el precio de los activos siempre refleja plenamente la información disponible [Shleifer 2000, 1].

¹⁵ FRANK, ROBERT & BEN BERNANKE, en su libro *Principios de Economía*, Capítulo 8, p.175, dice que en las economías de mercado, las funciones de asignación y de racionamiento de los precios encauzan los recursos hacia los usos más valorados. Los precios influyen en la cantidad que se produce de cada tipo de bien (función de asignación). Las empresas entran en las industrias en las que los precios son altos y abandonan las que menos beneficios proporcionan (función de racionamiento). La renta económica es la cantidad en la que el pago a un factor de producción es superior al precio de reserva del oferente. A diferencia del beneficio económico, que tiende a cero como consecuencia de la competencia, la renta económica puede persistir durante largos períodos, especialmente en el caso de los factores que tienen un talento especial que no puede reproducirse fácilmente. Los primeros que adoptan una innovación ahorradora de costes disfrutan temporalmente de un beneficio económico. Pero a medida que otras empresas adoptan las innovaciones, el desplazamiento descendente de la oferta provoca un descenso del precio. A largo plazo, el beneficio económico retorna a cero y todos los ahorros de costes se trasladan a los consumidores. (Esta es la Teoría de la mano invisible de Adam Smith).

¹⁶ Ejemplo de ello es la conservación de reservas naturales en las cuales se protege al medio ambiente a su vez que los lugareños se benefician de un valor económico que se genera en la región.

¹⁷ ROBERT FRANK & BEN BERNANKE, Ob. Cit.

decisivamente en tres aspectos que son la calidad del servicio, la transparencia y la equidad tarifaria.

En cuanto a la calidad el servicio, al ser el monopolista único prestador, no tiene ningún incentivo en mejorarlo; al no existir competidores que sean referencia en cuanto a calidad y precio dentro de los consumidores. En cuanto a la transparencia, el Estado por más que quiera controlar todos los aspectos técnicos, siempre se queda rezagado a la hora de detectar las maniobras que utilizan los operadores para maximizar sus beneficios.

Finalmente, en lo referente a la equidad tarifaria, el monopolista siempre argumentará dificultades técnicas, legales o de cobertura, para tratar mantener unas tarifas más elevadas y menos acorde con el servicio prestado. Es decir, siempre argumentará que sus costes son mayores que los reales; y si dichos argumentos son reales, nunca mejorará su tecnología, pues entiende que debe maximizar la inversión realizada en detrimento de la calidad del servicio.

Los beneficios de un régimen Servicios Públicos de interés general bajo el régimen de competencia se

observan en que los agentes dentro de un mercado competitivo rivalizan libremente para adquirir una cuota de mercado, lo que redundará en beneficio para los consumidores en cuanto a una mejora de la calidad del servicio y una mayor transparencia de las tarifas brindadas.

Y esto es posible, ya que ninguna empresa se puede dar el lujo de ofrecer bajos precios por tiempo indefinido, ni altos precios de forma indeterminada porque sus competidores ganarían cuota de mercado con dichas conductas; conductas que benefician al consumidor tanto en los tiempos de competencia empresarial entre los proveedores, así como cuando se normaliza el mercado, ya que pagan el justo precio por el servicio recibido.

En este contexto, el Estado como regulador del Servicio Público facultado constitucionalmente por el artículo 147º numeral 3, tiene dos funciones fundamentales: la primera, proveer una regulación transparente que brinde seguridad jurídica a los inversionistas; y la segunda, el Estado tiene la obligación de velar por la creación y el mantenimiento de un clima de libre competencia, que permitan controlar las conductas anticompetitivas.

C) Cuadro comparativo de la constitución económica en la República Dominicana y el Perú

Aspectos económicos comparativos	Constitución Peruana	Constitución dominicana
Tipo de economía	Están regidos por un sistema económico social de mercado, donde se fundamenta en la libertad de la iniciativa empresarial para prestar un Servicio Público y donde el Estado estimula y reglamenta su ejercicio para dinamizar la economía, pero relacionado con el interés social.	En dominicana también nos encontramos regidos por un sistema económico social de mercado, donde se reconoce la libertad de libre empresa, comercio libre y la industria, donde el estado reglamenta su ejercicio y de igual forma busca estimularla con un interés social.
Tipo de Servicio Público	Se caracteriza por poseer un tipo de Servicio Público continental francés, ya que el estado juega un papel regulador.	Al igual que en Perú, nuestra economía también se encuentra amparada por el sistema continental francés, ya que el Estado también juega un papel regulador.
Constitución del régimen económico	Dicho sistema económico está confirmado por un régimen jurídico descentralizado y de independencia frente al estado, el cual es fundamentalmente situado a garantizar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre competencia para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios públicos generales y asegurar la calidad de vida de la población y el progreso social para todos	Al igual que en Perú, nuestro sistema está conformado por un régimen jurídico descentralizado, donde básicamente se busca garantizar esencialmente la cobertura de las prestaciones de Servicios Públicos, asegurando siempre la libertad de mercado, la pluralidad de agentes económicos frente a la cobertura de oferta y de la demanda de bienes y Servicios Públicos generales y la salvaguarda de la vida de la población y del progreso de los ciudadanos.

Función económica esencial desde el marco jurídico	Enfocar el desarrollo del país a través de elementos que permitan a los agentes del mercado actuar de forma libre, al tiempo que salvaguarda a los consumidores y garantiza la competencia	En nuestra constitución también con la implementación de principios específicos se busca el desarrollo del país a través de elementos que permiten a los agentes del mercado actuar de una forma libre, salvaguardando a los consumidores y permitir y garantizar la sana competencia.
Principio general principal	Respetar la libertad económica, pero con un interés común.	También, al igual que en Perú se respeta la libertad económica, buscando suplir un Servicio Público.
Principios específicos	Se aseguran los derechos de la propiedad, libre contratación, de trabajo, libertad de empresa, libertad de comercio, de industria y de regulación de los consumidores y los usuarios.	También en nuestra constitución se establecen ciertos principios tales como: libertad de comercio, de industria, de propiedad, entre otros que dinamizan la economía.
Objetivo constitucional económico.	Dinamizar la práctica de la actividad económica	También en nuestra constitución es el dinamizar el desarrollo de la economía
Rol del estado.	Es un Estado regulador, es un estado empresario y cumple con el rol subsidiario	En nuestro país el Estado tiene un rol regulador y es un estado empresario
Objetivo del estado.	Asegurar la libertad económica.	Asegurar la libertad económica.
Rol de la empresas privadas en el mercado	Las empresas tienen un interés individual, pero suplen un Servicio Público y existe el incentivo de las competencia empresariales y evitar el desarrollo de monopolios, regulados por el Estado.	Las empresas tienen un interés individual, pero suplen un Servicio Público y existe el incentivo de las competencia empresariales y evitar el desarrollo de monopolios, regulados por el Estado

D) Constituciones económicas relevantes en Latinoamérica

i) Regulación económica en la Constitución de Argentina

La Constitución que rige actualmente a la República Argentina, fue aprobada por una Asamblea Constituyente en la Ciudad de Santa Fe en el año 1853. Esta Constitución ha sido reformada siete veces, siendo la última llevada a cabo en 1994.

En dicha Constitución, las bases de la Regulación Económica quedan establecidas en el siguiente artículo:

“Artículo 42°.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la

calidad y eficiencia de los Servicios Públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.”

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los Organismos de control.

En adición a esto, la Constitución en su artículo 75° donde se confieren las atribuciones del Congreso de las cuales cabe destacar la siguiente:

“19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

De estos artículos podemos inferir que en el marco de la regulación económica la Administración Pública tiene un rol de agente que propicia la armonía de los principios del Derecho Público Económico que

conocemos: 1) Respeto y Garantía de la Economía del Mercado, 2) Unidad del Mercado Nacional, y 3) Protección al Consumidor

Es basado en estos artículos y debido a una hiperinflación producto de la nacionalización generalizada de los principales Servicios Públicos a partir de 1946, que en 1989 emanaron las Leyes-Marco N° 23-696 y N° 23-697 denominadas de Emergencia Administrativa y Reestructuración del Estado, y de Emergencias Económicas, respectivamente

Ley-Macro N° 23.696 - Ley de Emergencia Administrativa y Reestructuración del Estado

Conocida comúnmente como **Ley de Reforma del Estado**, fue promulgada durante el gobierno de Carlos Menem y en la misma se autorizaba al presidente a proceder **con la privatización de un gran número de empresas estatales** y a la fusión y disolución de diversos entes públicos, incluso aquellos creados por Leyes especiales.

Ley-Marco N° 23.697 – Ley de Emergencia Económica

También promulgada durante el gobierno de Carlos Menem, la misma buscaba superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales mediante la **suspensión por un plazo de 180 días todos los compromisos que afectaban el Tesoro Nacional**.

Con estas Leyes se buscaba un equilibrio en el tamaño del Estado bajo la teoría de *“Achicar el estado es agrandar la Nación”*.

En lo referente a la Administración Pública cabe también señalar que el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, está a cargo del Poder Legislativo; sin embargo, este se apoya de los dictámenes emitidos por la Auditoría General de la Nación (Ver artículo 85°).

ii) Regulación económica en la Constitución de Brasil

La República Federativa de Brasil, cuenta con 26 estados y su capital Brasilia es su Distrito Federal. Brasil es el quinto país más grande en el mundo, la octava potencia económica mundial y la primera de América Latina. La Constitución de Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988, a la fecha solo ha sido modificada parcialmente

en dos ocasiones. La Constitución abarca la economía en términos generales y no específicos, esto ha colaborado a que no sufra numerosas modificaciones. Los diferentes estados de Brasil también tienen sus Leyes y normas, aunque la Constitución prima sobre todas ellas: un estado puede tener diferentes normativas que otro. Existen principios de orden regulatorio en la Constitución brasileña que pudimos observar, como por ejemplo, la Constitución federativa de Brasil en su artículo 170° expresa *“El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: soberanía nacional, propiedad privada, defensa al consumidor, búsqueda del pleno empleo”*, etc. Es decir, el estado tiene máximo interés en proteger al ciudadano y promueve el trabajo, la igualdad de iniciativas y la propiedad privada, esto se traduce en que el Estado quiere cumplir con la justicia social que debe reinar en una buena economía pública. Otro artículo que llama nuestra atención es el artículo 185° que en su primera parte dice lo siguiente:

“No son susceptibles de expropiación para fines de reforma agraria: 1) La pequeña y mediana propiedad rural, así definida en Ley, siempre que su propietario no posea otra; 2) La propiedad productiva. Párrafo único. La Ley garantizará un tratamiento especial a la propiedad productiva y fijará normas para el cumplimiento de los requisitos relativos a su función social”.

Es decir, la Ley suprema incentive a la producción agrícola, que debemos señalar es el sector que mueve el 20% de la economía brasileña, siendo la industria otro 20% y el restante 60% lo ocupan los servicios, tanto públicos como privados. El legislador desea proteger al agricultor que tiene su terreno e impide que el Estado lo adquiera a través de la expropiación para garantizar un sólido derecho de propiedad de ese pequeño productor.

Los Servicios Públicos que ofrece Brasil están garantizados y son regulados por el Estado. El sector de energía eléctrica está regulado por la Agencia Nacional de Energía, un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Minería y Energía con sus normas regulatorias, sanciones, penalidades y fiscalizaciones. El sector de las telecomunicaciones está regulado por la Agencia Nacional de las Telecomunicaciones también con sus normativas y requisitos a diferencia de que esta es un organismo autónomo con independencia administrativa y

financiera. El sector de transporte está compartido tanto por el sector público como el privado, tienen ciertos aportes de vías férreas, autobuses y metro para apoyarse entre sí, siendo el Estado el principal proveedor de este Servicio Público.

La Carta Magna sienta las bases para la formación y mantenimiento de una economía saludable y creciente, como de hecho lo ha venido haciendo la economía brasileña. Apoyando la privatización porque esto ha reducido los costos para el usuario y también se han dado cuenta de que ha sido una de las grandes razones por la cual ha disminuido el desempleo de manera envidiable por otros países. Siendo así, podemos concluir diciendo que la Constitución Federativa de Brasil posee una buena regulación económica que ha beneficiado a otras Leyes de menor jerarquía y ha sido efectiva en su aplicación.

iii) Regulación económica en la Constitución de Colombia

En Colombia predomina una económica de libre competencia, donde el Estado impulsará y respaldará las asociaciones solidarias y el desarrollo empresarial.

El Estado por mandato de la Ley impedirá que se restrinja la libertad económica, para así evitar que se obstruya la libertad empresarial, condenando el mismo, por el compromiso social, aquellas personas que intenten o se coloquen en una posición el mercado que provoque un monopolio de un sector en específico dentro del mercado.

El único caso en el que la Ley intervendrá en la libre circulación económica, es cuando la misma afecte el interés nacional y patrimonial de la nación.

La Ley solo delimitará el alcance a la libre competencia, únicamente en beneficio del interés social y en virtud de la Ley.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la Ley de iniciativa gubernamental.

Los Servicios Públicos del Estado, tiene un fin social, y es deber del Estado prestar un servicio eficiente.

La Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los Servicios Públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los Servicios Públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La Ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

iv) Regulación económica en la Constitución de la Republica de Cuba

En la constitución de la República de Cuba, el fundamento e ideología del sistema económico se encuentra plasmado en el Capítulo I, titulado "Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado"; en sus artículos 14° y 16°. En los cuales se establece que la Republica de Cuba se rige bajo el sistema Económico, denominado Socialista; el cual tiene como filosofía el bien común, la igualdad social, política y económica.

El sistema económico de la República de Cuba, está basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También se rige por el principio de distribución socialista de cada quien de acuerdo según su trabajo. Este régimen se encuentra influenciado por las ideologías comunistas de Karl Max, que establece que la economía debe de estar en manos del Estado, el cual rige el funcionamiento a través de agencia de planificación central.

En esta corriente, el Estado organiza, dirige y controla la economía nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad.

Actualmente, Cuba mantiene lo que se conoce como el Socialismo Real del siglo XX, basado en una planificación casi del total de la economía y un control estatal de los medios de producción; lo que ha ocasionado un aislamiento económico, y que una de sus mayores consecuencias se podría decir que es lo que se llama en Economía escasez, que es cuando una Sociedad no puede producir todos los bienes y servicios que sus ciudadanos desearían tener.

Haciendo una analogía del artículo "Reflexiones Sobre la Constitución Económica" de Allan Brewer y partiendo de lo antes expuesto, podemos llegar a la conclusión de que la Constitución de la Republica de Cuba, no se puede considerar una Constitución Económica, ya que no se constituye

lo que se denominaría como libertad económica y la iniciativa privada.

v) Regulación económica en la Constitución de México

La Constitución Mexicana cuenta con influencia de grandes normas fundamentales, tales como la de Cádiz de 1812 que normó por algún tiempo dicho país, así como la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, pasando por la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814 y la Constitución de 1857¹⁸.

La Constitución de 1857 cuenta con importantes y desarrolladas ideas liberales, esta Carta Magna en su pensamiento económico siguió el molde de las Constituciones norteamericanas y europeas correspondientes a la doctrina del Estado liberal y democrático de derecho¹⁹.

La Constitución Mexicana vigente es una clara manifestación del Estado Social de Derecho y, por ende, del Constitucionalismo social. Se basa en una economía mixta, en la que coexisten derechos de propiedad pública, privada y social. Las bases Constitucionales del sistema económico no predeterminan una política de desarrollo concreta e inmutable, dan criterios y normas generales y dejan a los poderes constituidos la flexibilidad suficiente para determinar modalidades y contenidos concretos de su intervención en la conducción del desarrollo y la economía²⁰.

Como se observa fácilmente, las ramificaciones de los temas económicos referidos de una manera sucinta en la Constitución Mexicana son enormes.

Lo dicho anteriormente se encuentra estipulado en los siguientes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

El artículo 28° de la mencionada Carta Magna prohíbe los monopolios privados y las prácticas monopólicas, permitiendo solamente los gubernamentales en áreas consideradas estratégicas y estableciendo mecanismos de protección al consumidor.

Artículo 31°

Fracción IV: Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Distrito Federal o del estado municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las Leyes²¹.

Artículo 73°: "El Congreso tiene facultad:"

Fracción VII: "Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto".

Fracción XXIX-E: "Para expedir Leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios;"

No hay un "capítulo económico" como tal. Las disposiciones se encuentran dispersas a lo largo del texto constitucional.

El artículo 73° nos continúa diciendo en su fracción IX que el Congreso tiene la facultad de impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

Dicho artículo en su fracción XXIX-D, estipula que el Congreso tiene la facultad de expedir Leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social.

Los artículos mencionados son los considerados de mayor relevancia al momento de estudiar la Regulación constitucional económica; sin embargo, la Constitución Política Mexicana es sumamente extensa y en diversas ocasiones, refiriéndose a varias materias, menciona el termino economía, no habiendo como se dijo con anterioridad un capítulo específico sobre dicho tema.

vi) Regulación económica en la Constitución de la República de Panamá

En la Constitución de la República de Panamá no encontramos de forma expresa lo anterior; sin

¹⁸ Las Instituciones económico-constitucionales en México: Su historia y su vigencia en el Siglo XXI. María Teresa Montalvo Romero. <http://www.letasjuridicas.com/Volumenes/22/tmontalvo22.pdf>. 23/09/2012. P. 2.

¹⁹ Sociedades Mercantiles e inversión extranjera en México. Mtro. Guillermo A. Gatt Corona. <http://www.debate.iteso.mx/numero02/articulos/gatt-inv.ext.htm>. 23/9/2012.

²⁰ El régimen constitucional de la economía mexicana. Miguel de la Madrid Hurtado. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/956/20.pdf>. 25/9/2012. p. 467

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917. Reforma publicada DOF 09/08/2012.

embargo, por los mismos principios y objetivos fijados en el preámbulo de la misma (garantizar la libertad, exaltar la dignidad humana y el bienestar general), podemos deducir que se ha querido establecer un Estado basado en principios sociales y apegado a la Ley.

Lo anterior (búsqueda del bienestar general), se evidencia también en la inclusión de varios sectores considerados desprotegidos o vulnerables, como los indígenas y su derecho sobre la propiedad y el establecimiento de medidas que incentiven la inclusión en los sectores agrarios panameños²².

Ya entrando en materia, al igual que las constituciones de la región, la panameña establece como derecho fundamental la propiedad privada²³; así como la libertad a la formación de sociedades o ejercer cualquier profesión o actividad comercial con la única limitación de que las mismas deberían desarrollarse apegadas a la moral y al orden legal. Lo anterior se podría interpretar como el derecho fundamental a la libre iniciativa económica.

Sin embargo, debemos destacar que lo anterior no es totalmente cierto o absoluto, pues es la misma Constitución de Panamá que establece una limitante para un área específica, en lo relativo a la posible intervención de un extranjero en el sector del comercio al por menor, reservando dicho sector a los panameños única y exclusivamente²⁴.

Lo anterior significa una oposición limitante por parte del constituyente, el cual buscaba proteger el comercio local, y con ello evitar una posible especulación de precios en negocios que estuviesen en manos de extranjeros; o el alza de precios injustificada, o más aún, el control de las ventas minoristas por parte de extranjeros, sin embargo, en la actualidad, cualquier restricción de este tipo no va acorde a las prácticas económicas vigentes, y al principio de la libertad económica, y más cuando esta actividad es reservada a manos de privados, ni siquiera a manos del Estado. Felizmente, lo anterior ha sido flexibilizado debido a la misma imposición de una economía globalizada, dando oportunidades a empresas de capital extranjeras de incorporarse al indicado sector²⁵.

En cuanto a los Servicios Públicos se refiere, la Constitución de la República de Panamá se limita a establecer una dirección o guía a seguir, pues establece que *“Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de Servicio Público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público”*²⁶.

Lo anterior evidencia que el ordenamiento jurídico constitucional panameño, si bien opta por un sistema de tendencia liberalizador, no es absoluta, pues se establece un sistema donde no impera el carácter absoluto de prestación estatal de los Servicios Públicos, sí establece que los mismos para poder ser prestados se necesita una concesión previa.

Sin embargo, con los lineamientos establecidos –bienestar social e interés público– que se deben buscar con cada concesión, es suficiente para poder señalar otro fundamento en aras de poder concluir que estamos frente a una constitución económica acorde a nuestros tiempos.

Por otro lado, al igual que la Constitución Dominicana y la de Venezuela, la Constitución de Panamá establece un acápite que trata sobre el rol del Estado en la economía nacional, y los objetivos que se deben alcanzar mediante esta última. Es así como se establece expresamente que **el ejercicio de las actividades económicas le atribuye primordialmente a los particulares, pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará**²⁷.

En vista de esto último, se evidencia que estamos frente a una intención estatal de no intervenir de forma insidiosa en las actividades económicas, sino que es a través de la regulación y no del control directo, que orientará la economía con el objetivo de aumentar la riqueza nacional en aras de lograr un mayor bienestar general²⁸.

No obstante lo anterior, y el establecimiento de la aparente libertad económica constitucional que impera en Panamá, debemos señalar que

²² Constitución de la República de Panamá. Artículo 124°.

²³ Constitución de la República de Panamá. Artículo 47°.

²⁴ Constitución de la República de Panamá. Artículo 293°.

²⁵ <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2006/01/12/hoy/panorama/465406.html>

²⁶ Constitución de la República de Panamá. Artículo 259°.

²⁷ Constitución de la República de Panamá. Artículo 282°.

²⁸ *Ibidem*.

además de la restricción a los extranjeros de entrar al comercio al por menor, se establece que la mayoría del capital en una empresa de utilidad pública debe ser panameño, con lo cual se limita la inversión extranjero, pues se tendría que buscar socios de Panamá, solamente con el objetivo de poder cumplir con el mandato constitucional, lo que a su vez se podría traducir en un desincentivo para los inversionistas, lo cual a su vez retrasa el bienestar general pues se produce un aumento del desempleo o por lo menos no se reduce la tasa del desempleo.

Bibliografía

(1994) Constitución Argentina

(1988) Constitución de Brasil

(2005) Constitución de Colombia

(1976) Constitución de Cuba

(2010). Constitución Dominicana.

(2004) Constitución de Mexicano

(1972) Constitución de la República de Panamá

ARIÑO OORTIZ, G. (2007). Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones

retrospectivas, de las que algo se puede aprender. Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi.

AUBY, J. B., Ed. (2010). La globalisation, le droit et l'Etat. Paris, LGDJ.

KAPLAN, M. (1994). Crisis y futuro de la empresa pública. México, Universidad Nacional Autónoma de México Petróleos Mexicanos.

OGUS, A. I. (1994). Regulation: legal form and economic theory. Oxford New York, Clarendon Press ; Oxford University Press.

PÉQUIGNOT, G. and Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier. (1984). L'Interventionnisme économique de la puissance publique: études en l'honneur du doyen Georges Péquignot. Montpellier, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Montpellier I.

RAGHAVAN, C. (2002). Developing countries and services trade : chasing a black cat in a dark room, blindfolded. Penang, Malaysia, Third World Network.

SÁINZ MORENO, F. (1973). Conceptos jurídicos indeterminados y derecho administrativo. Phd, Universidad Complutense de Madrid.

Regulación del mercado de salud en Argentina

Alberto Biglieri*

SUMILLA

En este artículo, el autor hace un análisis del mercado de la salud en Argentina. Parte de explicar el conflicto de competencias, que existe sobre este tema, entre el Gobierno Central y los Gobiernos Federales, así como la tensión práctica entre las normas nacionales con las reservas de las competencias locales. Para ello, cita jurisprudencia incidente federal y provincial, y comenta la Ley N° 26682 -Ley de Medicina Prepagada.

I. Introducción

La nueva Ley que rige la prestación de los servicios de salud en la Argentina, y que se ha conocido como Ley de Regulación de las Empresas de Medicina Prepaga (Ley N° 26682), a pesar de sus esfuerzos y de la modificación que impulsara el Poder Ejecutivo¹, no ha podido conmover el reparto constitucional de competencias, quedando excluidas del nuevo plexo normativo las organizaciones subfederales cuyo giro principal y finalidad no es la renta empresarial.

No obstante, el control comercial o la incidencia del Estado en el control del mercado obtendrá un efecto regulatorio propositivo. Cuando no tenga competencia directa para controlar la formación de precios de las prestaciones en salud, influirá sobre los agentes que no están bajo la obligatoriedad de la normativa nacional al generar con las autorizaciones de la Secretaría de Comercio a los entes sujetos a ella, un precio testigo que difícilmente los operadores fuera de su órbita se atrevan a perforar en porcentajes importantes.

Nace, entonces, una especie de derecho indicativo regulatorio. El Estado argentino, no puede obligar

a las estructuras de Derecho Público subfederal –entre ellas las organizaciones previsionales de profesionales– pero amparado en la Cláusula del Progreso impondrá obligaciones sustanciales a todos los operadores del mercado y fijará, indirectamente, un valor de ajuste testigo que surgirá de la similitud con los precios cuya formación audita la Secretaría de Comercio. Será el mercado y la competencia –la gran mayoría de los sistemas asistenciales de las profesiones son voluntarios– los que impondrán en los hechos ese valor indicativo.

II. Distribución de constitucional de competencias

La Constitución Nacional Argentina, señalada reiteradas veces como réplica de la norteamericana, contiene algunas diferencias sustanciales con aquella que, indudablemente, le sirvió de fuente. Muchas cuestiones trascendentales – como la interdicción expresa de funciones jurisdiccionales en el Ejecutivo²– nos distancian y crean un sistema propio. En especial, la que llamamos Cláusula del Progreso³, contiene la fuente primaria que utiliza el Estado Federal para actuar más allá de las

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo I de la UNLZ. Profesor Adjunto Regular de Derecho de la Integración de la UBA. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo II de la UNLP. Profesor de Posgrado en la UBA, UCALP, UNLZ, UM, UADE. Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo del CPACF.

¹ Por el Decreto de Necesidad y Urgencia 1991/2012, se modificó el artículo 1° de la Ley N° 26682, para incluir en ese ámbito de control a las Obras Sociales Sindicales – en los casos de planes de salud superadores del Plan Médico Obligatorio – y a otros agentes que se encuentran bajo el esquema del Seguro Nacional de Salud (Ley N° 23660 y N° 23661 respectivamente).

² CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons. Buenos Aires. 2009.

³ Constitución Nacional, artículo 75° inciso 18: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por Leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

competencias expresas - y por lo tanto limitadas - que le atribuyo el constituyente. Esta atribución, además de constar en el magno texto⁴, ha sido concedida a través de la técnica administrativa de delegación, imponiendo de esta forma la reserva de todas las materias no delegadas (La Asamblea Constituyente - 1853- , como lo dice el preámbulo⁵ , se realizó con el mandato de las provincias conformantes de la Nación; de allí surge la reserva de las provincias sobre las facultades no delegadas⁶).

No obstante, el devenir político y económico de estos dos siglos de vida ha generado una fuerte concentración en el poder central. Muchas veces avalado por la particular impronta de algunos gobernantes - al respecto, los años de las dictaduras militares organizaron la Administración pública del país como un solo esquema de desconcentración administrativa que disolvió las autonomías provinciales y municipales, a partir de la típica concepción verticalista del mando militar; y en otras, por la aquiescencia de los poderes

locales. Lo cierto es que la Cláusula del Progreso primero⁷, los presupuestos mínimos ambientales⁸ y la protección del mercado⁹ después de la reforma constitucional de 1994, contribuyeron y construyeron una legitimación más amplia de la intervención administrativa federal en la economía en los ámbitos provinciales que, paulatinamente fue receptada, incluso desde los tiempos fundacionales en la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

III. Jurisprudencia incidente (FEDERAL)

Un precedente del XIX demuestra y apoya el breve desarrollo de la cuestión de la distribución de competencias constitucionales que señalamos en el punto anterior.

- CSJ. Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe (03/07/1897):

Para decidir, este respecto, la línea que separa las facultades del Gobierno Federal, de los

⁴ Constitución Nacional, artículo 75° inciso 12: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente Leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

⁵ Los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

⁶ Constitución Nacional, artículo 121°: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

⁷ Y su ampliación en 1994: Constitución Nacional, artículo 75° inciso 19: Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar Leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar Leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

⁸ Constitución Nacional, artículo 41°.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la Ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

⁹ Constitución Nacional, artículo 42°.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los Servicios Públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

derechos privativos de las provincias, es indispensable estudiar la naturaleza misma y la estructura de las instituciones argentinas.

Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales, y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales.

El punto sometido hoy al fallo de la Suprema Corte, es precisamente uno de estos.

En la constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso 16 del artículo 67° de la Constitución Nacional.

Por esa disposición el Congreso tiene el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y al bienestar de todas las provincias (...) promoviendo la construcción de ferrocarriles (...) por leyes protectoras de estos fines, y por concesiones temporales de privilegios y de recompensas de estímulo.

La constitución al imponer este deber al Congreso, y al acordarle la facultad de hacer concesiones y recompensas, no ha establecido más limitación que la de que ellas sean temporales, pero nada ha dicho respecto de la naturaleza o del carácter de esas concesiones. En cuanto a la temporalidad de la exención, el caso sub-judice la contiene.

Si, pues, para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial, o simplemente como medio de estímulo para promover la construcción de un ferrocarril el Congreso cree conveniente acordar el privilegio de la exención del pago de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Congreso, cuyas leyes priman sobre cualquiera disposición contraria que pudieran contener las constituciones ó leyes de provincia.

Resolver lo contrario sería reconocer en los Gobiernos de Provincia la facultad de anular ó entorpecer los efectos de la legislación del Congreso, en cuanto ella se dirigiese á los objetos provistos en el inciso 16 del artículo 67°¹⁰.

Cien años después, en otro fallo directamente relacionado con el derecho de la salud, nuestro superior tribunal se ha expedido en sentido similar en el precedente BOTO:

- CSJ. Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros Buenos Aires, mayo 6 de 1997.

“15. Que esta Corte ha sostenido en el precedente Bredeston que el poder del Congreso de la Nación emanado de la Cláusula del Progreso, puede en principio ser ejercido de manera concurrente con el poder de policía de las provincias. Sin embargo, este poder provincial es desplazado cuando su ejercicio se oponga a la legislación nacional dictada con base a la Cláusula del Progreso (conf. párrafo 7, 8 y 9 del dictamen del Procurador General in re Bredeston, cit., al cual esta Corte remitió). Las dos excepciones indicadas supra en el considerando 12, son supuestos en los que se configura la oposición a la que aludiera esta Corte en el precedente Bredeston. Es decir, lo que este Tribunal realiza en autos, consiste, solamente, en desarrollar un punto que ya fue expresado en dicho caso Bredeston.

16. Que, en cuanto a la primera de las aludidas excepciones, delineada en el apartado a) del considerando 12, es conveniente efectuar las siguientes precisiones. Esta Corte ha establecido, a través de una extensa línea de sentencias, que la Cláusula del Progreso otorga amplios poderes al Congreso de la Nación (Fallos, 68:227, p. 235, párrafo 6); entre ellos se encuentra la potestad de ejercer ciertas competencias, que, habitualmente, se consideran incluidas en el poder de policía provincial, previsto en el artículo 121° y siguientes de la Constitución Nacional. Así, este Tribunal entendió que el Congreso de la Nación tiene competencia, por imperio de la Cláusula del Progreso, para eximir el pago de impuestos provinciales a ciertos ferrocarriles (conf. caso Ferrocarril Central Argentino c. la Provincia de Santa Fe, registrado en Fallos, 68:227 -año 1897). Posteriormente, esta Corte extendió el holding de dicho precedente a los tributos municipales. Asimismo, sostuvo que el Congreso también puede, con base en la Cláusula del Progreso, eximir el pago de tributos municipales a determinados ferrocarriles (conf. caso Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, registrado en Fallos, 104:73 -año 1902).

¹⁰ Esta es la vieja numeración de la Constitución 1853/60, ahora corresponde al artículo 75° incisos 18 y 19.

17. Que parece razonable extraer de la jurisprudencia citada en el considerando anterior la siguiente proposición: que, en principio, el Congreso Nacional puede prohibir con base en la cláusula del progreso, que una provincia fije el salario mínimo de los médicos que trabajan -en el territorio de dicha provincia en relación de dependencia de una obra social regulada por normas federales. Esto es así, pues, en esta hipótesis, las normas federales deben prevalecer sobre las provinciales, a raíz de lo establecido en el artículo 31° de la Constitución Nacional. Entonces está claro que, por imperio de la jurisprudencia citada supra en el considerando 16, el Congreso puede en principio ejercer el poder señalado en el párrafo precedente. Ahora resta explorar si el Congreso ejerció en autos dicho poder, o si, en cambio, no lo hizo (este asunto será abordado infra en los considerandos 19 y 20).

En resumen, este brevísimo repaso de las cláusulas constitucionales de distribución de competencias entre la organización federal y sub federales argentina, nos permiten sostener que las normas que pretenden regir un sector principal de la economía, como lo es la salud (en tanto que objeto de mercado), no se inscriben en la típica normativa regulatoria. Esta solo alcanza con su fuerza coercitiva a las entidades que desarrollan su ámbito de acción a la luz de las leyes nacionales que sincronizan las prestaciones de salud con el derecho laboral delegado por el artículo 75° numeral 12 y por el derecho público federal previa atribución del legislador nacional. No obstante, y es esto lo que aparece como atractivo de estudio, las obligaciones que establezcan un piso mínimo de obligaciones sanitarias a los actores del sistema -independientemente de su jurisdicción- serán obligatorias en todo el territorio nacional, y las regulaciones comerciales -solo obligatorias para las entidades bajo jurisdicción federal- crearan una corriente de “opinión económica” más cercana y de rápida tutela ante las organizaciones de protección a los usuarios y consumidores y control de la competencia.

IV. Apuntes sobre interpretación y analogía

Antes de presentar en el punto jurisprudencia incidente (provincial), un pronunciamiento emblemático dictado por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata en el caso Toledo, que

agrega valor a la línea de división existente entre la jurisdicción federal y las jurisdicciones locales, manteniendo el campo obligacional de las prestaciones sustanciales de la salud y dejando al arbitrio de cada estamento el ámbito contractual -el precio, para ser categóricos- debemos adentrarnos en las nociones de las que abrevan nuestros jueces a la hora de resolver conflictos en los que no cuentan con legislación positiva aplicable.

En derecho público, y en especial en el derecho administrativo, la limitación de Ley expresa para la atribución de competencias pone un cerrojo a la noción de amplitud que conlleva la aplicación de analogías, pero vuelve a ceder terreno en la innumerable cantidad de supuestos que no aparecen regulados por las normas administrativas. Para el caso que nos ocupa, la atribución de competencia se limita a identificar al órgano u organismo controlante, y dejar en la órbita de la actividad o función legislativa la organización procedimental que rija los sistemas de regulación. He aquí el vértice de la cuestión: la Ley o norma que atribuye competencia, adjudica obligaciones y responsabilidades al organismo, entre ellas, la potestad de controlar los precios, so pretexto de satisfacer las necesidades públicas. La imposibilidad material o la desaconsejable desorganización que generaría autorizar a cada organismo competente la facultad normativa para regular su propia competencia, mantiene unificada – y en manos del legislador – el dictado de normas de regulación del mercado. Por lo tanto estas normas, de naturaleza pública, administrativa y local¹¹, no necesariamente se escapan del esquema general que impone el artículo 16° del Código Civil. Rigen, para las regulaciones públicas, pero se suplen y complementan entre sí. Sin embargo, la actualidad que impone la reforma constitucional, y sin tanta asunción de función legislativa local, pero de la mano del derecho administrativo clásico, Marienhoff se expresaba en este sentido:

“Dicho artículo 16° del Código Civil, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los ámbitos del mismo. De modo que la analogía y los principios generales del derecho, si bien constituyen medios de integrar los vacíos de la Ley, constituyen una base para resolver cuestiones o situaciones jurídicas no contempladas por un texto expreso, implicado, entonces, una fuente de

¹¹ A los efectos del derecho público, cada jurisdicción ejerce su poder de policía local, y en el caso del legislador nacional, su territorio es la estructura administrativa federal.

derecho, porque se concretan en la creación de una nueva norma. La analogía es una fuente escrita. La posibilidad de recurrir a ella surge expresamente de la Ley, y la solución del caso no previsto surge, asimismo, de una norma expresa de la Ley¹².

La norma del Código Civil, ha sido expandida a todo el derecho argentino como resultado de la jurisprudencia consecuente y pacífica iniciada por la Cámara Civil y Comercial de la Capital Federal en 1936 con el fallo Milone. El artículo 15° y el 16° del Código Civil implantan el método de la interpretación de la Ley como el sistema al que debe recurrir el juzgador para dilucidar la controversia que le haya llegado a su conocimiento. Obviamente los principios de la tipificación del derecho penal, de la legalidad en el tributario y la juridicidad en la atribución de competencias del administrativo, están exceptuados de esta extensión por la lógica imperante en la protección al bien jurídico tutelado.

Es verdad que las últimas tendencias han abandonado la noción de los **principios de legalidad** para referirse a los **principios de juridicidad**, siendo estos omnicomprendidos de todas las modalidades y procedimientos que adoptan las normas para transformarse en obligatorias. Esta ampliación, que insistimos no alcanza a las tipificaciones de delitos, constitucionalmente validas únicamente si son consagradas por el vehículo normativo Ley, nos permite encontrar una diferencia notoria del derecho sancionador con el penal: el reglamento – como fuente cuantitativa más importante del Derecho Administrativo – norma, estatuye y propone castigos a conductas disvaliosas. De la multiplicidad de formas que adopta el reglamento administrativo, la única que podría ser calificada como legal y motivar la confusión con el principio de la legalidad penal o tributaria, es el Decreto Nacional de Urgencia (DNU), pero esas materias están vedadas expresamente por la Constitución Nacional como sustancia de los DNU.

Queda entonces agregar un detalle histórico que permitirá avanzar sobre la incidencia de la legislación pública nacional en el sub federal moderno. Si bien sostenemos a rajatabla el principio de atribución normativa expresa de competencias administrativas, no se puede negar el pasado

y cobra sentido la observación de CASSAGNE referida al fenómeno emergente de la **incrustación** de la constitución de 1853 - como dije, muy similar a la americana - sobre una administración pública en funcionamiento desde más de 200 años antes, con tradiciones, costumbres, prácticas y precedentes propios, que sin lugar a ninguna duda no se sometió a la Ley expresa y que siguió funcionando, prácticamente, en la misma lógica que venía desarrollando. El ejemplo típico de estas construcciones y repercusiones de la Ley nacional en las orbitas locales es la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19549) que sido un receptáculo de la tradición de la Administración Pública nacional, acompañada por los fallos jurisprudenciales¹³ que informaron su dictado.

Por su parte, la doctrina clásica del civilismo, aportaba con SALVAT¹⁴ que se explayaba así:

“Llamamos a resolver las diferencias entre los individuos, es indispensable que los jueces llenen a todos los casos su misión, pues de otro modo el orden social y la tranquilidad pública estarían seriamente amenazados. En este sentido, el artículo 15° establece: Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes. El juez está obligado, por consiguiente, a dictar sentencia en todos los casos y si no lo hace, incurre en responsabilidades severas de distintas clases: en primer lugar, dentro de la secuela del juicio, las Leyes de procedimiento establecen recurso de queja para ante los tribunales superiores. Por retardo o denegación de justicia de parte de los jueces de primera instancia y demás tribunales inferiores; en segundo lugar, un juez que dejara de juzgar, podría ser removido de su puesto, por faltar al cumplimiento de sus obligaciones (V. Artículo 103° Ley Orgánica Trib; y artículo 45°, Cont: Nac.; disposiciones análogas en las Leyes y constituciones provinciales).

258- *Ahora bien, obligado a juzgar en todos los casos, el juez se encontrara frecuentemente en una situación difícil, ya sea porque la Ley no haya previsto el caso, ya sea porque la Ley no sea clara. El juez deberá recurrir entonces, para suplir el silencio o la oscuridad de la Ley, a la teoría de la interpretación de la Ley, cuyas*

¹² MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo; Editorial Abeledo-Perrot; 2da edición, Buenos Aires. Tomo I, p. 277.

¹³ Principalmente Ganadera Los Lagos.

¹⁴ SALVAT, Raymundo M. Derecho Civil Argentino .Editorial TPA. Buenos Aires. 1950. Tomo I.

reglas generales las establece el artículo 16° en los siguientes términos: si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la Ley se atenderá a los principios de Leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Agregamos dos observaciones del autor para cerrar el tema:

1-“Las Leyes de Partida establecían un sistema distinto: cuando el juez no encontraba una Ley expresa o si la Ley no era clara, debía elevar los autos al Rey, para que este resolviese el juicio, ya sea dando una Ley nueva para el caso, ya sea estableciendo cual era el verdadero sentido de la Ley oscura, interpretándola. Este sistema, seguido hasta el siglo XVIII en casi todos los países, tenía un inconveniente grave: el Rey o los Parlamentos eran llamados a dictar leyes para casos determinados y podían, por consiguiente, o bien hacer ilusorios los derechos de una persona, demorando indefinidamente la sanción de Ley, o bien favorecer ex profeso a una de las partes interesadas con el perjuicio de la otra. El sistema tiene también sus inconvenientes, puesto que sacando al poder judicial de su función propia, consiste en aplicar la Ley, autoriza al juez para dictar, por vía de interpretación, una Ley para el caso. Pero este inconveniente está limitado por el principio de que sus sentencias solo tienen valor para el caso juzgado. Es preferible, por otra parte, el arbitrio limitado y circunscripto de los jueces, al arbitrio poco menos que irresponsable de los cuerpos legislativos;

2-El artículo 16° solo se aplica a las cuestiones civiles. En materia penal rigen otros principios: si no hay Ley expresa que establezca penal para un acto dado, el juez no puede imponer ninguna y debe forzosamente absolver al procesado, por censurable que sea el hecho de que se trate; si una Ley es dudosa, el juez

debe interpretarla a favor del procesado, ya sea para absolverlo, para reducir la pena (in dubio pro reo) (artículo 18°, Constitución Nacional; artículo 3°; Código Procesal en lo criminal; disposiciones semejantes en la Constitución y Códigos de Procedimientos Penales de todas las provincias)”.

V. Regulación. utilización jurisprudencial de la noción

Ahora bien, el actual protagonismo judicial, y el inconformismo social, han repercutido –favorablemente– en la exigencia de expresar, clara e indubitablemente en una norma, el conjunto de obligaciones que justifican la existencia de una regulación pública de un sector de la economía. Pero no siempre fue así. Y es en el caso de la actividad regulatoria del mercado, que el reconocimiento de esa competencia nace a partir de una de los fallos señeros a la hora del estudio del poder de policía, pero justamente poniendo al descubierto la función de la regulación en el mercado:

CSJ. 28/04/1922. “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”

“ Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios.”

COMENTARIOS AL TEXTO DE LA LEY DE MEDICINA PREPAGA¹⁵

En apretada síntesis, la Ley marco del sistema regulatorio del mercado de la salud, (Ley N° 26682) fue modificada por el DNU 1991/2011, que amplió el campo de los sujetos alcanzados por la norma. El texto original no incluía al tercer sector, la modificación realizada por el DNU¹⁶ mencionado busco incluir a las entidades sin

¹⁵ Ampliar en: BIGLIERI, Alberto: “Comentarios al DNU 1991/2011 y al Decreto 1993/2011 reglamentario de la Ley de medicina Prepaga”. En Diario La Ley, del 14/12/2011. “Ley 26.682. Marco regulatorio de Medicina Prepaga. Comentario.” Revista de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. N° 77, 2011. “La Regulación del Mercado de la Salud” Revista La Ley. Suplemento Especial, sobre la Ley de empresas de Medicina Prepaga. Buenos Aires. Mayo de 2011.

¹⁶ Ley N° 26682.
 Artículo 1° – texto modificado por el DNU 1991/2011 -: *Objeto.* La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661. Quedan también incluidas en la presente Ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios

finés de lucro, bajo el control de la Secretaría de Comercio de la Nación. La Ley contiene una cantidad de obligaciones que se inscriben en las facultades constitucionales del legislador para establecer los estándares o presupuestos mínimos de prestaciones de salud que debe garantizar cualquier actor del sistema bajo el paraguas de la Cláusula del Progreso. Pero, en el mismo texto y con una discutible técnica legislativa, se incluyen una cantidad de normas que están dirigidas a la regulación del mercado comercial de los prestadores de la salud, competencia que emerge de la convivencia entre las competencias nacionales, los sujetos creados o reconocidos por la normativa federal o nacional, y el respeto a las reservas competenciales provinciales.

En el primer grupo, lucen las exigencias incluidas en el Plan Médico Obligatorio, las prestaciones en materia de discapacidad, la desaparición del régimen de carencias, la imposibilidad de exclusión o no incorporación, y el aumento de cuotas por motivos de edad - para los adherentes fidelizados - .

Entre las segundas, en las pautas pensadas para la regulación del sector se destacan la activa participación de la Secretaría de Comercio en la formación -aprobación- de los tarifarios, la supervisión de los modelos de contratos, la potestad disciplinaria de la Superintendencia de Salud, la creación de un fondo compensador entre las entidades alcanzadas, el control interno y actual de la contabilidad empresarial y la creación de una suerte de sistema de redistribución de los asociados de las empresas en quebranto o excluidas del sistema.

VI. Jurisprudencia Incidente (Provincial)

Comentario sobre la causa: 6628. CCALP. "Toledo W.H. c/ Caja de Previsión de Abogados de la PBA s/ restablecimiento o reconocimiento de derechos."

La Ley N° 26682 solo obliga a los sistemas asistenciales públicos o semipúblicos provinciales en sus aspectos sustanciales. Es decir, en las mandas que se yerguen a la luz de la Cláusula del Progreso (artículo 75°, incisos 18 y 19 de la CN) y solo por imperio de esa fuente constitucional, atraviesan excepcionalmente las reservas competenciales de las provincias, sobre las que se construye el sistema previsional de las profesiones liberales

en la Argentina. El fallo comentado, sigue esa tradición federal del legislador argentino, pues cita **"como pauta de interpretación hermenéutica, los alcances de la Ley N° 26682, en especial lo dispuesto por su artículo 10°"**. La selección de la herramienta indicada en el artículo 16° del Código Civil, que dicho sea de paso ha sido extendido a todas las ramas del derecho, como lo señaláramos en el punto sobre analogía por la jurisprudencia de la CSJ. Este pronunciamiento es la expresión más clara que ha emitido la justicia provincial en este tipo de casos: se ha declarado competente, ha analizado la relación sustancial –en ese caso los límites carenciales– y no ha hallado otro remedio que acudir a la hermenéutica, o sea, a la construcción interpretativa para resolver un caso que no encaja en norma expresa alguna. Por otra parte, el voto del Doctor De Santis, que conforma la mayoría, expresa algunas individualidades en sus alcances que son especialmente pertinentes para profundizar el análisis del tema regulatorio.

Sostiene, al referirse al motivo de la controversia que: **"Esta, también expone un contexto asistencial actual no regido por las Leyes nacionales, en particular por la Ley número 26682 (conf. artículos 121° y 122° de la CN y criterio sostenido en causa CCALP N° 12025, entre otras) a mérito de su pertenencia al ámbito provincial, estrictamente."** En el mismo orden lógico, continúa con precisión quirúrgica el análisis del voto, cuando refiere expresamente al artículo 16° del CC como la norma base de la solución interpretativa, y se adentra en el terreno que expresamente nos ocupa: **"Ese cuadro me remite, pues a todo cuanto prescribe el artículo 10° de la norma nacional (Ley N° 26682) y su reglamentación, para inclinar mi juicio favorable al acceso del actor al sistema asistencial de la entidad demandada (CASA), en la medida en que el tratamiento de sus patologías encuentra respuesta en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y por lo tanto excluye variable de carencia o impedimento de ingreso, más allá de las posibilidades de tratamiento arancelario diferencial que pueda decidirse, también con arreglo a esa misma disposición."**

VII. Conclusión

Se repite en Argentina que las épocas de bonanza económica (macroeconómica) se corresponden en forma directamente proporcional a la concentración

o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa. En todas aquellas actividades que resulten ajenas a dicho objeto continuarán rigiéndose por los respectivos regímenes que las regulan.

de poder central en el Gobierno Nacional, y que en la misma proporción son los Gobiernos Locales –Provincias y Municipios– los que se ponen al frente de las crisis sociales cuando la economía no crece. Esa concentración ha traído, en tantas ocasiones como se ha producido, una actitud voraz de los gobiernos nacionales para imponer sus recetas - a derechas o a izquierdas.

El tema del mercado de salud en la Argentina –fuera de la prestación del Servicio Público imprescindible, realizado por los estados con recursos propios y directo– será un caso de estudio

interesantísimo: las normas nacionales, su tensión con las reservas de las competencias locales, la falta de legislación sub federal y el efecto indicativo de la omnipresencia de las autoridades comerciales en las relaciones entre los grandes prestadores y los grandes grupos de usuarios en la orbita federal, repercutirán en un nuevo esquema: la regulación positiva y la regulación indicativa. Esta última generará límites, un poco más laxos pero límites al fin, en los contratos del mercado de la salud entre los agentes que no están sujetos a las obligaciones comerciales de la Ley N° 26682.

La regulación de los Servicios Públicos: La experiencia de OSINERGMIN

Martín Otiniano Carbonell*

SUMILLA

El autor expone un marco general sobre la regulación, sus perspectivas, tendencias a nivel de América Latina y el Perú. El enfoque es económico y de gestión; por ello, se parte de la conceptualización de un organismo regulador y sus roles dentro de una economía como la peruana, para luego a partir de la experiencia de OSINERGMIN, en la que ha participado el suscrito como relator final en la obtención del Premio Nacional de la Calidad y posteriormente en la sistematización de la experiencia de aplicación del Modelo de Excelencia en la Gestión de la Institución, presentar los elementos que deben servir de modelo a otros Organismos Reguladores e Instituciones del Sector Público.

I) Marco general de la regulación. Puntos de vista y contexto

La regulación de los Servicios Públicos en el contexto actual que vive nuestro país, debe abordarse desde diferentes perspectivas a fin de poder sacar conclusiones sobre su importancia y trascendencia en la afirmación y sostenibilidad del modelo de desarrollo económico vigente. Significa, no solamente, analizar el propio marco normativo de la regulación, que sería la perspectiva jurídica y que demanda, además de estabilidad, claridad de las reglas de juego de la contratación y concesión de los servicios públicos. Implica también el análisis de la esencia de las instituciones reguladoras como entidades estatales representantes de un modelo de política económica articulador entre los intereses de los inversionistas, las necesidades de la población y las prioridades políticas del propio Gobierno. La propia perspectiva política de por sí amerita un análisis exhaustivo. Finalmente, la regulación también podría examinarse desde una perspectiva más pragmática, esto es, a la luz de los resultados valorados por los diversos

grupos de interés relacionados, prioritariamente la ciudadanía, esto es, los usuarios de los diversos servicios regulados.

La regulación, desde el punto de vista económico, puede definirse como la forma en que el Estado contribuye a la estabilización y funcionamiento de la economía de mercado. De manera tal que el Estado regula a través de leyes, reglamentos, impuestos y subvenciones, la estabilidad y desarrollo sostenible de la economía, sin llegar a la intervención. La crisis internacional desatada en el 2008 y que representó en la práctica la desaparición de la banca de inversión, luego del estallido de la "burbuja inmobiliaria", estuvo muy relacionada a la falta de regulación y supervisión de la extensión de la cadena de pagos especulativa que se había generado en la economía estadounidense y trajo a colación la necesidad de mejorar los mecanismos de fiscalización del Estado, situación paradójica, cuando los primeros Organismos Reguladores tuvieron su inicio en el propio Estados Unidos hace más de ciento veinte años. Lo cierto es que la crisis obligó a revisar el rol del Estado, situación

* Economista de la Universidad Nacional de Trujillo, MBA de la Universidad del Pacífico. Con una sólida formación profesional y más de treinta años de experiencia en las áreas de Gestión Estratégica, Recursos Humanos y Calidad, tanto a nivel de conducción directa como de asesoría-consultoría en prestigiosas organizaciones (EDEGEL, SEDAPAL, UNIMAR, AHOLD PERU – SUPERMERCADOS PERUANOS, BANCO DE LA NACION, DROKASA, COPEME, OSINERGMIN, EGE SAN GABAN, ETESUR, EDYFICAR, MHC, MTC, MINSA) combinando actividades de empresa con la docencia universitaria a nivel de post grado, pregrado y extensión profesional (Universidades del Pacífico, de Lima, Cayetano Heredia y Católica).

que es materia de debates interminables, frente a las elecciones en el país del norte y la crisis de la Unión Europea que se encuentra en una situación de entrapamiento.

Debates que, por ejemplo, tienen como eje la delimitación del propio rol del Estado como agente en la economía, frente al mecanismo “auto regulador” del propio mercado, que la evidencia empírica mayor nos ha llevado a tomar con pinzas frente a la clara necesidad de la regulación. Basta examinar elementos de economías como Canadá, Alemania, Suecia o Suiza para colegir sobre la “prudencia” del rol del Estado.

En el caso del Perú y otras economías latinoamericanas, en lo relativo a la regulación, el Estado busca la eficiencia en el manejo de los Servicios Públicos; para ello, implementa políticas de promoción de las inversiones, regulación y financiamiento de la infraestructura, así como la defensa de la sana competencia. La regulación de los Servicios Públicos ha pasado, de esta manera, a constituirse en un elemento clave de nuestras economías, por su estrecha relación con el desarrollo económico y su alta sensibilidad para los ciudadanos. Bajo estas premisas se han ido formando Organismos Reguladores, con gran capacidad técnica y un nivel de autonomía que podemos afirmar es una de las causas primordiales en cómo la economía peruana no se ha visto tan afectada por las crisis descritas y muestra una perspectiva de crecimiento sostenible y evidenciable a nivel internacional.

II) Las Entidades Reguladoras. Conceptualización y evolución

Una Entidad Reguladora es una institución que reglamenta la prestación de servicios y precios acorde a una condición de competencia que permite la efectiva regulación, en todos sus alcances, de los Servicios Públicos de acuerdo con el interés social y en estrecha relación con la calidad de vida de la población.

Por su naturaleza está dirigida a armonizar los intereses de los usuarios de los Servicios Públicos y consumidores, el propio Gobierno y los inversionistas que brindan dichos servicios; con la finalidad de asegurar que se cumplan los requisitos o estándares técnicos, de calidad,

cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarias.

Las Entidades Reguladoras cuentan con una historia de más de ciento veinte años en Estados Unidos e Inglaterra y aproximadamente cuarenta años en Alemania y Francia. Nacen en el mundo anglosajón donde los conceptos de participación y organización autónoma de la gente provienen de su religión y la idea de descentralización de su cultura política. En Estados Unidos, la primera Entidad Reguladora (Comisión Interestatal de Comercio - ICC) surgió por la lucha de los agricultores contra los dueños de los ferrocarriles hacia 1887¹ para evitar la manipulación de precios por parte de los empresarios de ferrocarriles. Esta tendencia se potencia con el *New Deal* keynesiano de Franklin D. Roosevelt y la sucesiva regulación de la energía eléctrica, servicios bancarios y financieros, transportes, telecomunicaciones, prestación de servicios de salud y otras esferas de la actividad económica. Sin embargo, hacia finales de la década de 1970 esta tendencia se atenúa y revierte en algunos casos en la economía norteamericana.

En el mundo de hoy existe concordancia en una premisa básica “la calidad de vida de los ciudadanos se debe en gran parte a la calidad de sus instituciones públicas; y, precisamente las agencias reguladoras como las del sector energía son instituciones públicas”². Una Entidad Reguladora por ende debe de considerar el interés público como base para la determinación de su propuesta de valor para la sociedad, lo que implica no solo un marco regulatorio coherente, sino un estilo de gestión orientado a proporcionar valor público.

Este marco regulatorio debe de buscar el balance óptimo entre la doctrina del “dejar que el mercado opere” y “la supervisión del mercado por parte del Gobierno”. En pocas palabras, los mercados, incluyendo los mercados de energía y los mercados de infraestructura de energía, pueden operar libremente, pero siempre estando sujetos a una supervisión reguladora cuando se vea que los mercados por sí solos no servirían al interés público.

Un marco regulatorio consistente y bien entendido conlleva a una estabilidad reglamentaria, lo cual

¹ PARKIN – ECONOMIA, Edit. PEARSON - Sexta Edición, México 2004. p. 390.

² Gaétan Caron, Presidente y Funcionario Ejecutivo en Jefe del Consejo Nacional de Energía, Canadá. Decimosegunda Reunión Anual de la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras de la Energía (ARIAE). San Luis Potosí, México. Del 13 al 16 de abril de 2008

es un atributo clave que muchos participantes del proceso reglamentario valoran en gran medida y que es parte del interés público. La estabilidad reglamentaria tiene dos componentes principales:

- *Estabilidad del proceso: esto significa que los participantes de un proceso saben de antemano cómo funciona el proceso, cuánto tiempo toma, y cuándo se está considerando aplicar un cambio en el proceso antes de su implementación.*
- *Estabilidad del contenido, la cual se crea por la legislación, los reglamentos, los principios afirmados por el ente regulador, y las decisiones y motivos que una entidad reguladora ha tomado durante varios años.*

Ambos componentes implican “claridad en las reglas de juego”, requisito esencial en la promoción de la prosperidad y el desarrollo de un país. Dejar que el mercado opere es consistente con el grado de integración creciente de las economías mundiales, para impulsar el desarrollo económico en un contexto global. De esta manera, promover la prosperidad económica debe venir de la mano con la prosperidad social y la excelencia ambiental; sentando la base del desarrollo sostenible. La experiencia de la crisis financiera global del 2008 y la reciente situación de la Unión Europea establecen la vigencia de la necesidad de regular las imperfecciones del mercado sin excepciones.

En América Latina, las Entidades Reguladoras cuentan con un historial relativamente reciente evidenciado en las últimas dos décadas; el papel de las Entidades Reguladoras fue posterior a las privatizaciones y no surgió como en el mundo desarrollado para proteger a los ciudadanos. Surgieron en la pugna por atraer inversión extranjera y fundamentalmente para darle garantías al inversor. En la región, con el avance de las privatizaciones en los años noventa, se dio primero una desregulación desde el Estado, pues este cedía partes importantes (y frecuentemente monopólicas) de su participación en la actividad económica de cada país. La liberación hacia el mercado de los Servicios Públicos supuso la creación de escenarios de libre competencia y la necesidad de una “neo regulación” por parte del Estado, regulación de carácter muy diferente a la aplicada en los años

setenta. Mientras la anterior apuntaba a que el Estado ocupara empresarialmente las áreas estratégicas de la economía, ahora el Estado creaba nuevas regulaciones sobre el mercado mediante entidades reguladoras, como forma de salvaguardar el interés general, garantizar la libre competencia, evitar monopolios, crear nuevos espacios abiertos al mercado, proteger los derechos del consumidor.

De esta manera, las reformas emprendidas en los países en desarrollo en las últimas dos décadas, como el caso peruano, han tenido un denominador común: la implementación de Organismos Reguladores como parte de las reformas en las economías, en la búsqueda de solucionar el retiro del estado de la función empresarial y así evitar las crisis originadas por la falta de infraestructura para los Servicios Públicos y la escasez de recursos estatales³.

El Estado, en el nuevo modelo, evolucionó de su papel empresario al de regulador, enfrentando nuevos retos y problemas. Un aspecto clave en este nuevo papel es la independencia de los Organismos Reguladores, cuestionada periódicamente y escasamente entendida en los países con limitada tradición de regulación mediante agencias autónomas. Los Organismos Reguladores deben de ser lo suficientemente fuertes para balancear las demandas de los distintos grupos de interés, y no parcializarse con ninguno de ellos, incluyendo el político; esto requiere usualmente de entidades autónomas que coadyuven a un desempeño óptimo de la industria o sector regulado.

En el rol descrito, el Estado y las Entidades Reguladoras no solo deben corregir las fallas del mercado para incentivar la competitividad, sino también estimular la inversión privada en la infraestructura de Servicios Públicos (cubierta históricamente por el Estado)⁴, en condiciones de credibilidad y de sostenibilidad en el mediano y largo plazo a fin de que los consumidores se beneficien de menores precios, mayor calidad y las empresas alcances mayores beneficios.

Finalmente, el adecuado diseño y funcionamiento de las Entidades Regulatorias permite la mejora de la institucionalidad del Estado, pero a la vez requiere de un entorno en el que requiere Poderes del Estado eficientes, institucionalidad jurídica y

³ QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. Autonomía Institucional de los Organismos Reguladores: Revisión de literatura. Documentos de Trabajo ESADE-ESAN. Noviembre 2004.

⁴ QUINTANILLA, Edwin. ESAN (Perú)/ESADE (España). Propuesta de Investigación Autonomía de los Organismos Reguladores en el Perú: un Estudio de Caso. II Coloquio Predoctoral Latinoamericano Puerto Plata, Santo Domingo XXXIX Asamblea Anual de CLADEA, Octubre 19 y 20 de 2004.

capacidad de gestión de los cuadros directivos para liderar de manera efectiva estos procesos.

En el caso peruano, las reformas estructurales permitieron al Estado evolucionar desde un rol empresario de los Servicios Públicos a un rol regulador encargado de la fijación administrativa de las tarifas y de la supervisión basado en las normas y estándares de la concesión, en el caso del sector eléctrico y gas natural por ductos, y de supervisión - fiscalización de las actividades derivadas de las inversiones en el sector de hidrocarburos líquidos y minería.

Una interpretación del rol de las entidades reguladoras, bosquejado por Quintanilla como el marco del quehacer de OSINERGMIN se presenta en el Gráfico N° 1, visualizándose la articulación y equilibrio de intereses entre el Gobierno, las Empresas Prestadoras de los Servicios Regulados y la población. La interacción entre el Gobierno y las empresas implica la necesidad de garantizar las inversiones, la relación entre el gobierno y la población se explicita en la protección de los intereses de la población y la interacción entre las empresas y la población en general requiere de promover la eficiencia económica, esto es el proporcionar un servicio eficiente, de calidad, oportuno y a tarifas adecuadas⁵.

Un objetivo subyacente es asegurar que los Servicios Públicos se brinden de conformidad con el principio de servicio costo/eficiencia; esto es, fijar las tarifas de manera que se contemplen

únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva a la empresa prestadora regulada y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad en términos de eficiencia y sostenibilidad. En este proceso los grupos de interés buscan alcanzar una asignación de recursos justa y eficiente.

La calidad de la regulación producto del accionar y gestión de las Entidades Reguladoras, de su poder, de su jerarquía institucional, de su capacidad técnica y de su autonomía, se expresa en la determinación de mejores precios, accesos y mejoras en la calidad de vida para el ciudadano en áreas centrales como el saneamiento, el agua, las comunicaciones, la energía y las obras de infraestructura, entre otros aspectos vitales en una sociedad.

III) Acerca de OSINERGMIN

El análisis a realizar se centra más en la perspectiva económica y de gestión relacionada al accionar de los Organismos Reguladores, y prioritariamente al caso de pudimos ver de cerca en los últimos años que es el de OSINERGMIN, creado el 31 de diciembre de 1996, mediante la Ley N° 26734, con el objetivo de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de las actividades que desarrollan las empresas en los sectores de electricidad e hidrocarburos. El 29 de junio de 2000, a través de la promulgación de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos,

**Gráfico N° 1:
Rol de las entidades reguladoras**



⁵ QUINTANILLA, Edwin. Modelo de Excelencia en la Gestión de OSINERGMIN. Presentación en la Semana de la calidad, 28 de septiembre 2009. Lima – Perú.

Ley N° 27332, se asigna al OSINERG la función de regulación, que desarrollaba hasta ese momento la Comisión de Tarifas de Energía (CTE). Adicionalmente, mediante dicha Ley, se le asignó las funciones: normativa, de solución de controversias y solución de reclamos.

En 2002, mediante la aprobación de la Ley N° 27699 - Ley de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, se ampliaron facultades de la Institución como el control de calidad y cantidad de combustibles y se otorga mayores prerrogativas dentro de su facultad sancionadora. En el año 2007, se transfirió al OSINERG las competencias de fiscalización minera, en los temas de seguridad e higiene minera y conservación y protección al medio ambiente, pasando a denominarse Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, OSINERGMIN; estas funciones se han venido ejerciendo hasta julio del 2010, donde se da inicio al proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental de la actividad minera de OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), conservándose la facultad de fiscalización y sanción en temas de seguridad minera a la mediana y gran empresa de esta rama proceso aún en marcha. Asimismo, a inicios de marzo de 2011 se trasladó a la OEFA las competencias de fiscalización y sanción ambiental en los ámbitos de electricidad, hidrocarburos líquidos y gas natural⁶.

OSINERGMIN tiene la responsabilidad de supervisar y fiscalizar sectores claves para la sociedad, como: electricidad y gas natural, hidrocarburos líquidos y minería; procurando que las entidades en estos sectores brinden al usuario servicios y/o productos en las mejores condiciones de calidad, seguridad, oportunidad y precio (éste último en términos de garantizar competitividad y no concertación); así mismo, normar y regular dentro del ámbito de su competencia el comportamiento de los mercados de electricidad y gas natural mediante la regulación tarifaria. Los servicios brindados son a nivel nacional, para ello cuenta con veinticuatro Oficinas Regionales, cinco Oficinas Delegadas en provincias y siete Oficinas Desconcentradas en Lima. OSINERGMIN ha venido descentralizando su accionar con el fin de atender “*in situ*” a la población del país, respecto a los servicios energéticos (electricidad/hidrocarburos), mediante acciones de orientación y capacitación a los usuarios en relación a los

reclamos y; así como, facilitando la supervisión del Servicio Público de electricidad e hidrocarburos.

a) OSINERGMIN como referente de Organismo Regulador

OSINERGMIN, como cualquier institución pública, cuenta con instrumentos de gestión, planificación y control establecidos por el marco legal vigente como son: ROF (Reglamento de Organización y Funciones), MOF (Manual de Organización y Funciones), Plan Estratégico, Plan Operativo y Presupuesto. Sin embargo, a pesar de contar con estos instrumentos de gestión, y la adecuada implementación de los mismos; en la búsqueda de lograr una gestión de excelencia que se refleje en resultados valorados por los usuarios, la Alta Dirección decide ir más allá de lo estrictamente exigido por Ley con una clara orientación a la mejora continua y conciencia de que la complejidad de los subsectores a su cargo, con problemáticas y nivel de madurez de la industria diferentes, hacían necesario el desarrollo de mayores iniciativas para lograr una gestión centrada en el servicio al ciudadano con resultados concretos y objetivos. Por ello, a partir del año 2003 comenzó a incorporar herramientas y modelos internacionales a fin de dinamizar y enfocar su gestión con enfoque a resultados que pudieran ser medidos y por ende mejorados en el tiempo. Dentro de estas herramientas incorpora en el 2003 un Sistema de Gestión basado en indicadores que le permite traducir las estrategias de mediano plazo definidas en el Plan Estratégico a metas e indicadores anuales de carácter estratégico; las cuales posteriormente se incorpora al Plan Operativo y Presupuesto con el fin de asignar recursos económicos y humanos para el desarrollo de las metas e indicadores del modelo. Va generándose, de esta manera, una clara orientación a la mejora continua a partir de la auto exigencia de cumplimiento de las metas a todo nivel de la organización.

En la misma perspectiva descrita se introducen sistemas de incentivos y reconocimientos al logro, más de carácter intrínseco que extrínseco, por las propias restricciones del sector público. Se impulsó, asimismo, el rediseño de los procesos de Supervisión, y a partir del 2005 se implementó en OSINERGMIN un Sistema de Gestión de la Calidad bajo la Norma ISO 9001:2000 con el fin de estandarizar los procesos claves del organismo, en tal sentido a partir del año 2005 se dio inicio a la implementación del sistema de gestión de la calidad ISO 9001:2000. Igualmente, en el

⁶ OSINERGMIN, página web oficial. Información institucional.

plano del recuso vital como son las personas, se introduce la Gestión por Competencias y fomenta la formación continua y la gestión del conocimiento.

La clara orientación al cliente en el proceso emprendido lleva a que en el 2007 se adopte el Modelo de Excelencia Malcolm Baldrige que es el que consta en las bases del Premio Nacional de la Calidad, promovido por el Centro de Desarrollo Industrial de la Sociedad Nacional de Industrias. En esta línea se obtuvo una mención honrosa en el 2008, la medalla de oro como empresa Líder en Calidad el año 2009, la medalla de oro y Premio Nacional a la Calidad 2010. Este proceso de mejora continua lleva a la Institución a la postulación al Premio Iberoamericano de la Calidad – FUNDIBEQ en el 2011, con la obtención de la medalla de Plata del Premio Iberoamericano de la calidad, siendo la primera institución pública peruana que obtiene tal distinción internacional.

b) Condiciones para la gestión de excelencia a partir de la experiencia de OSINERGMIN

Los logros obtenidos por OSINERGMIN, tanto al interior del país, en la mejora de los servicios regulados (que pueden evidenciarse por los indicadores que maneja la institución), como a nivel internacional, en la que se ha convertido en un referente para otras instituciones, no es resultado de ciertas condiciones excepcionales, menos del azar: es resultado de un proceso de construcción continua y perseverante que es necesario revelar como un conjunto de lecciones a tomar en cuenta y buenas prácticas a imitar, no solo en lo concerniente al campo de la regulación de los Servicios Públicos, sino como modelo de gestión en el sector público en general.

Las condiciones para esto permiten que la institución se desempeñe dentro de un marco de autonomía institucional, que se caracteriza por⁷:

1. Un mandato claro e independiente del poder político. Como organismo público descentralizado, está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Mandato que le confiere la atribución de realizar sus funciones de Supervisión, Supervisión

Específica y Fiscalización a través de Empresas Supervisoras independientes. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por OSINERGMIN. Estas Empresas son contratadas y solventadas por la institución, su contratación se realiza respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia⁸.

2. Criterios de designación considerando idoneidad profesional y moral. Desde la creación de la Institución, los requisitos para ser miembro del Consejo Directivo fijaban el ser un profesional con no menos de diez años de ejercicio y contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional.

El personal de OSINERGMIN está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, situación que posibilita atraer personal de alto nivel de profesionalidad. En cuanto a la cobertura de plazas vacantes, se realiza por concurso público externo; siguiendo un procedimiento metódico y transparente que se origina en una solicitud de requerimiento de personal, implica la elaboración de bases del concurso, previa determinación del perfil y los requisitos y documentos necesarios para participar, continuando con una evaluación rigurosa para seleccionar a los candidatos idóneos.

Sin embargo, por política institucional, se elige en forma prioritaria la promoción, ascenso o concurso interno como una manera de asegurar una línea de carrera y sucesión del personal mejor calificado y retener al talento o capital humano institucional.

3. Estabilidad del Consejo Directivo. Las reglas de juego establecen que los miembros del Consejo Directivo, se eligen de forma escalonada en proceso/concurso público dirigido por la Presidencia del Consejo de Ministros – PCM y cuentan con un período de cinco años desde su designación.

En el caso de OSINERGMIN, la estabilidad referida, le ha otorgado a la institución la continuidad necesaria para desarrollar y afirmar un camino hacia la excelencia en la gestión, a partir de la visión estratégica de sus directivos, el impulso sostenido a la acción y ejecución, el

⁷ QUINTANILLA, Edwin. "Autonomía del Organismo regulador de energía del Perú: un estudio de caso. ESAN 2006.

⁸ Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERG) – Ley N° 26734 y Ley N° 28964. (OSINERGMIN).

desarrollo de sistemas *Ad Hoc* para la calidad, la implementación de las mejores prácticas y el personal idóneo.

4. Personal calificado. El poder contar con personal calificado, competente y de alto desempeño, se fundamenta en el Modelo de Gestión de Recursos Humanos enfocado hacia el desarrollo y bienestar del personal, aspectos que inicialmente estaban desarticulados, y que bajo la perspectiva sistémica se alinea a la consecución de la misión y visión de OSINERGMIN.
5. Presupuesto autónomo. OSINERGMIN, como Organismo Regulador, recauda de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte, que no puede exceder del 1% del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito⁹. El aporte recibido tiene la naturaleza de contribución destinada al sostenimiento institucional de OSINERGMIN.
6. Responsabilidad. Rendición de cuentas de sus acciones. Los gerentes y jefes están sujetos al permanente escrutinio del Órgano de Control Institucional (Auditoría) dependiente de la Contraloría General de la República, así como a auditorías eventuales que suele hacer la Presidencia del Consejo de Ministros, Auditorías Contable - Financiero Externas, y a las denuncias que pueda efectuar la ciudadanía a través de los buzones en las oficinas de la institución bajo la nomenclatura "denuncia ciudadana"

El comportamiento ético de OSINERGMIN es fundamental para equilibrar los diferentes intereses con los que interactúa (Gobierno, empresas y usuarios), lo cual está integrado al planeamiento estratégico Institucional. Se cuenta con un código de ética y un "Comité de Ética" integrado por tres profesionales, se considera uno de los principales pilares de ética de la institución el ejemplo de actuación de los gerentes y Jefes. El código de ética ha sido difundido entre todo el personal y principales proveedores de servicio (supervisores).

7. Transparencia, acceso a la información por la población en general. Las normas que aprueba el Consejo Directivo, previamente son pre-publicadas, para obtener la opinión

de la ciudadanía, lo que representa una muestra de transparencia. Además, se cuenta con el Consejo de Usuarios, por medio del cual la sociedad organizada tiene un canal de comunicación con la institución.

La información que dispone la Institución es carácter público; sin embargo, protege la información declarada reservada por cliente o grupos de interés. La Alta Dirección se preocupa no solo de cumplir las Leyes, sino de informar a los usuarios sobre sus derechos y difundir la labor de OSINERGMIN, con la finalidad de reducir la asimetría de la información entre los grupos de interés.

8. Procedimientos de Apelación, mecanismo que permiten reconsiderar y apelar decisiones. OSINERGMIN cuenta con una Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios que toma conocimiento y resuelve en segunda y última instancia administrativa los reclamos de los usuarios de los Servicios Públicos bajo el ámbito de su competencia. Su conformación y funcionamiento, así como la creación de los organismos adicionales que sean necesarios para resolver, en segunda instancia, las controversias que se susciten, son aprobadas en la vía reglamentaria o por el Consejo Directivo de OSINERGMIN según Ley N° 27699.

El gráfico adjunto presenta las principales implicancias que se relacionan con la Autonomía Institucional y en caso de OSINERGMIN constituyen una fortaleza institucional¹⁰.

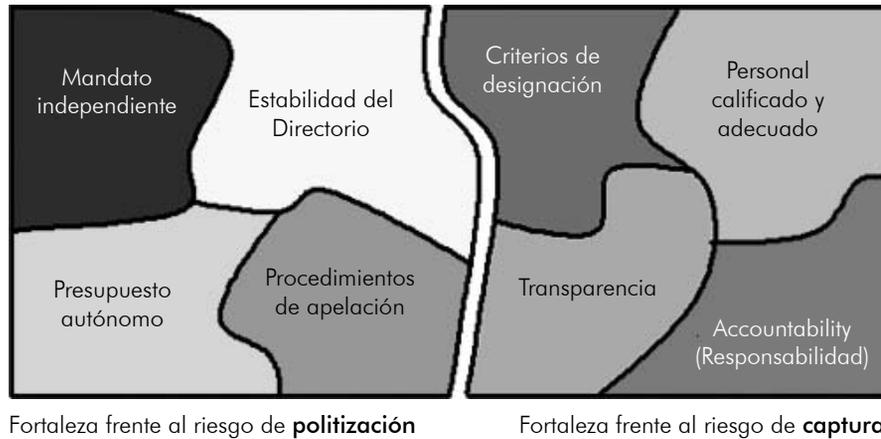
Esta fortaleza se expresa en dos dimensiones: Como una fortaleza frente al riesgo de politización del accionar y la gestión de la institución. Los elementos identificables son contar con un mandato independiente, la estabilidad y continuidad del grupo directivo, el contar con un presupuesto autónomo y disponer de procedimientos de apelación, para velar por la coherencia de sus disposiciones o sanciones.

La segunda dimensión se refiere a la fortaleza frente al riesgo de captura, por la pérdida de imparcialidad en su accionar. Los elementos identificables son contar con criterios de designación de sus cuadros directivos, personal calificado y competente, transparencia en su accionar con apertura en la comunicación y responsabilización (*accountability*).

⁹ Ley N° 27332. Ley Marco de los Organismo reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

¹⁰ QUINTANILLA, Edwin. Modelo de Gestión de OSINERGMIN. Presentación del 6 de junio de 2009.

Gráfico N° 2:
Autonomía institucional



Fuentes:

Smith (1997), Estache (2002), IEA (2001), Stern (2000), Pargal (2003), Spiller y Guash (1999)

A partir de las condiciones descritas, que deberían ser consideraciones no solo para otros organismos reguladores, sino en general para las instituciones públicas, debería añadirse en el camino de excelencia en la gestión pública, aspectos como los siguientes:

- Una gestión estratégica con un enfoque flexible y ciclo de mejora continua (orientado a satisfacer las necesidades de los clientes y grupos de interés).
- Uso de técnicas de prospectiva y estudios del entorno, a fin de formular estrategias apropiadas al contexto que viven nuestras instituciones en el sector público.
- Realización periódica de encuestas de opinión (a clientes y grupos de interés).
- Identificación de los atributos de calidad del servicio prestado consensuados (requisitos claros y transparentes).
- Desarrollo de mecanismos de participación ciudadana.
- Adopción de modelos de excelencia, integrales y holísticos.
- Implementación de sistemas de gestión normalizados (ISO 9001, ISO 14001 y OHSAS 18001).
- Compromiso de la calidad del servicio: plazos, estándares de calidad y participación ciudadana.
- Establecimiento de un marco normativo sencillo; mejora de la calidad de elaboración de normas, con análisis de impacto (Simplificación de los TUPA's).

¹¹ QUINTANILLA, Edwin. Modelo de Gestión de OSINERGMIN. Presentación del 6 de junio de 2009.

Potenciales riesgos en la capacidad de gestión del Sistema Regulatorio Peruano¹

Sergio Cifuentes Castañeda*

SUMILLA

Transcurridos más de quince años de experiencia regulatoria peruana, el presente artículo repasa brevemente los supuestos y resultados del modelo adoptado en el Perú, así como los principales riesgos que podrían afectar la capacidad de Gestión de los Reguladores. Para tales efectos, se hace énfasis en lo administrativo a las limitaciones de la autonomía presupuestal, y en lo técnico a los riesgos y desventajas del uso del sistema arbitral para la revisión de los desacuerdos entre el Estado y las empresas reguladas².

1. Reformas estructurales – marco institucional

A inicio de los noventa, junto con el proceso de pacificación, el Perú implementó un primer conjunto de reformas estructurales, considerando para dicho proceso las recomendaciones de política económica dictadas por el llamado “Consenso de Washington”, siendo la más importante en ámbito sectorial la privatización de las principales empresas públicas. Dicho proceso buscaba la asignación de recursos a través de una economía de mercado, siendo el sector privado el organizador del proceso productivo.

El proceso de privatizaciones generó importantes compromisos de inversión y fue una de las principales fuentes de financiamiento de la inversión pública y los déficits fiscales hasta 1996³. Para la implementación de estas reformas sectoriales se consideró el desarrollo de un marco normativo que garantice las inversiones y genere los incentivos correctos a la inversión privada, consolidando el modelo con

dos elementos relacionados: el establecimiento de contratos de concesión con categoría de contratos-ley y el diseño e implementación del sistema regulatorio.

Se entiende del proceso de reformas que las mejoras en los indicadores de desempeño de los diversos sectores deben ser el resultado de la labor que realiza, de un lado, el sector privado (procesos de inversión, desarrollo de estrategias comerciales) y del otro, el Estado con la definición e implementación del marco regulatorio⁴, el cual se centra en facilitar y salvaguardar las condiciones de competencia en los segmentos donde esta es posible, y regular aquellos mercados donde esta competencia no existe o es poco intensiva.

El Sistema Regulatorio se soporta sobre el marco institucional del país, estando los Organismos Reguladores adscritos a la estructura del gobierno. El régimen regulatorio se encuentra, a su vez, determinado por dos componentes de nivel general, el marco legislativo aplicado a cada uno de los

* Magíster en Economía con especialización en Regulación de los Servicios Públicos, Universidad de Barcelona, España. Subgerente de Regulación en OSIPTEL.

¹ Documento elaborado con el aporte de los economistas Jorge Trelles (Coordinador de Finanzas y Contabilidad Regulatoria del OSIPTEL) y Roxana Fernández (Estudiante de Doctorado en Economía en la Universidad de Tilburg).

² Para todos sus efectos, el presente artículo expresa únicamente la opinión personal del autor, no representando bajo ningún contexto opiniones institucionales.

³ En el periodo 1991-1996, se realizaron más de 130 privatizaciones por un valor de US\$ 7,000 millones (venta de acciones y activos de empresas), las mismas que aseguraron proyectos de inversión por US\$ 7,000 millones. Asimismo, el gobierno recibió en efectivo US\$ 5,000 millones y US\$ 343 millones en papeles. (Memoria anual del BCRP, 1996).

⁴ Una revisión de los objetivos de la intervención del Estado, en específico, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos, se encuentra en Cave y Baldwin (1999), documento que resalta las necesidades de intervención en industrias de servicios que se caracterizan por presentar características tecnológicas que determinan estructuras con altos niveles de concentración.

sectores (leyes de la Nación, Decretos Legislativos y Ministeriales) y lo establecido como obligaciones en los diversos contratos de concesión.

En el marco institucional existen dos aspectos relevantes a tomar en cuenta en materia de temas regulatorios:

- o **Favoritismo o captura de la regulación:** El uso del poder coercitivo del Estado a través de la regulación por parte de grupos de interés.
- o **Oportunismo:** La expropiación de cuasi rentas de empresas mediante un cambio en las reglas de juego. Falla de la regulación en crear la credibilidad necesaria para promover la inversión en estas industrias.

Estos temas configuran un escenario donde existe un riesgo de “captura” para el Regulador (Stigler; 1971, Laffont y Tirole; 1993), riesgo que se acentúa en la medida que la gestión regulatoria se aleja de un manejo técnico y se aproxima a un manejo político. En línea con STIGLER, la noción de “captura” hace referencia a la utilización de parte de cierto grupo de interés, del poder coercitivo que tiene una entidad para así conseguir rentas privadas a su favor. Complementariamente, MARTIMORT (1999) muestra el riesgo de captura como un problema temporal. Para el autor, el nivel de vulnerabilidad de una institución frente a la captura aumenta con el tiempo⁵.

Por ello, era claro que en el proceso de reformas sectoriales se requería de un marco regulatorio creíble, el mismo que debía especificar los mecanismos de fijación de precios, los mecanismos imparciales de resolución de conflictos y los mecanismos específicos para el desarrollo de incentivos en el marco del diseño e implementación de la institucionalidad regulatoria. Bajo dichas consideraciones, la principal estrategia para promover el cumplimiento de dichos requisitos en el proceso de reformas sectoriales implicó los siguientes elementos en el diseño e implementación de la institucionalidad regulatoria:

- o Especificación de las responsabilidades de la agencia reguladora.
- o Sistema de toma de decisiones basada en una estructura colegiada: conformación de consejos directivos especializados.
- o Especificación de criterios objetivos de remoción de directores.

⁵ El autor considera que al inicio, cuando el interés y la supervisión del poder legislativo y de los ciudadanos aún son fuertes, y la motivación de los agentes es alta, el riesgo de captura es pequeño y el encargado de la toma de decisiones suele actuar a favor del interés público. Sin embargo, una vez que disminuye el interés en el debate público, y el contacto entre los agentes involucrados se vuelve costumbre, el sistema institucional es más vulnerable a la captura de los intereses privados de la industria.

- o Profesionalización de cuadros.
- o Adecuada remuneración de sus cuadros.
- o Independencia funcional y operativa del Regulador.
- o Autonomía presupuestal.
- o Transparencia en los actuados e Información sobre las diversas decisiones regulatorias: procedimientos claramente difundidos.
- o Difusión de naturaleza de las actividades realizadas por el Regulador.
- o Usar la contraposición de intereses mediante mecanismos como las audiencias públicas.
- o Canales naturales de supervisión del Ejecutivo y del Congreso de la República: asistencia de consultas, opiniones, presentaciones ante Comisiones Parlamentarias, reportes, etc. Los procesos de rendición de cuentas reducen los comportamientos comprometidos con intereses del regulado.
- o Revisión judicial de resoluciones por parte de jueces adecuadamente calificados.

Luego de casi dos décadas de implementación del nuevo modelo sectorial, la prestación de los diversos Servicios Públicos en el Perú ha experimentado un desarrollo sustantivo. De la revisión de los diversos indicadores de desempeño se registra un incremento en los niveles de cobertura geográfica, incremento en los niveles de acceso a los diversos servicios, incremento de la gama de servicios ofrecidos, introducción de mejoras tecnológicas, incremento en niveles de calidad, reducciones tarifarias e incremento del consumo.

En términos generales, el nivel de inversión agregado en las industrias de Servicios Públicos (saneamiento, transportes, energía y telecomunicaciones) pasó de 1382 millones de dólares en el año 2000 a 3121 millones en el año 2009, registrándose con ello una tasa de crecimiento total del 126% en dicho período. De manera similar, el nivel de ingresos agregado en las industrias de Servicios Públicos creció de 3798 millones de dólares en el año 2000 a 8658 millones, en el año 2009, registrándose con ello una tasa de crecimiento total del 128% en dicho período.

No obstante lo avanzado, una omisión o mal funcionamiento de cualquiera de las variables o atributos exigidos en el diseño institucional descrito representa un riesgo que potencialmente afectaría la buena gestión y control en el diseño e implementación de las políticas de los organismos

reguladores, y con ello el adecuado desarrollo de sus indicadores de desempeño. En dicha línea, y optando por dos aristas, en el presente artículo se considera, en lo administrativo, a las limitaciones de la autonomía presupuestal y en lo técnico a los riesgos y desventajas del uso del sistema arbitral para la revisión de los desacuerdos entre el Estado y las empresas privadas.

2. Riesgo de la capacidad de gestión administrativa

Respecto del primer punto, es importante iniciar recordando que han transcurrido más de diez años de congelamiento en la estructura salarial aplicable a las agencias de regulación en el Perú, proceso sumado a varios años de implementación de constantes políticas anuales de austeridad y control presupuestal, regímenes que ponen en riesgo la capacidad de gestión de los reguladores, o en su defecto, generan el uso de esfuerzos y recursos importantes para minimizar sus efectos, por ejemplo, vía el desarrollo de gestiones y procesos para la realización de solicitudes de exoneración parcial o total a dichas normas.

Como un indicador global de la importancia de la capacidad de manejo presupuestal de un regulador, podemos señalar, a manera de ejemplo, que a la fecha, en el sector telecomunicaciones, una institución con un presupuesto no mayor a los 17 millones de dólares debe regular y supervisar una industria que ha pasado de una dimensión de 800 millones de dólares en valor de producción a un nivel aproximado de 4700 millones de dólares. Más específicamente, la relación entre el valor del sector y el presupuesto del regulador ha pasado de una relación de 80/1 a una relación aproximada de 256/1. En términos de número de suscripciones, se pasó de un mercado con menos de 2 millones de líneas de voz a un mercado con más de 30 millones, alternativamente, de un mercado de menos de 10 mil millones de minutos a uno de más de 30 mil millones de minutos de comunicación.

No obstante, los retos que han venido asumiendo los organismos reguladores como resultado de la evolución de dicha relación, son cada vez mayores. Los procesos que aproximan su funcionamiento presupuestal aplicable a las instituciones que operan bajo un régimen público, régimen aplicable a instituciones que basan su financiamiento en los fondos del tesoro. Una de las más claras muestras de reducción de la autonomía financiera se dio con la incorporación de los reguladores al

Sistema Integrado de Administración Financiera del Ministerio de Economía, lo que involucra que, para decidir en qué momento y cuánto gastar, los Reguladores requieren de una autorización externa, lo cual se traduce en una evidente pérdida de autonomía.

De esta manera, a pesar de que el presupuesto de las agencias de regulación se define como autónomo, los procesos de adquisiciones y contrataciones pasan por la totalidad de los procesos y filtros de control naturalmente diseñados para los gastos del Estado financiados por el tesoro, generándose lo siguiente:

- o Afectación de la oportunidad en la contratación de bienes y servicios debido a la mayor complejidad y duración de los procesos de adquisiciones y contrataciones del Estado. Es decir, ante imprevistos, los reguladores pueden no contar con diversas herramientas o soportes externos en los momentos más necesarios. Las fechas efectivas dependen mucho del proceso logístico y de las condiciones vigentes en las leyes de presupuestos y/o Decretos de austeridad emitidos por el Ejecutivo, los cuales, cuando son emitidos pueden paralizar lo planificado.
- o La demora y/o cancelación de los procesos de contratación de bienes y servicios contribuyen a su vez a la demora y/o imposibilidad de adopción de ciertos tipos de políticas. La imposibilidad de resolver determinados problemas sectoriales terminan afectando la imagen y credibilidad de la labor de los reguladores.
- o Las normas de austeridad, así como la mayor complejidad de los procesos de adquisiciones y contrataciones, pueden limitar en determinados momentos las capacidades de ejecución presupuestal. Bajo dicho contexto, se incrementa la probabilidad que las agencias de regulación generen excedentes económicos por los recursos que no se llegan a asignar. La existencia y acumulación de excedentes presupuestales (fondos no gastados) también afecta la imagen y credibilidad de la labor de los reguladores.

Complementariamente a lo relacionado con los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, la aplicación de las normas de austeridad extendidas a las agencias de regulación ha afectado la capacidad de mantener y promover mecanismos de incentivos laborales que garanticen el profesionalismo, previsto en el proceso de reformas estructurales.

- o Se ha reducido sustantivamente la capacitación en centros internacionales de alto nivel internacional.
- o La estructura de sueldos aplicables a las agencias de regulación se encuentra congeladas desde hace más de diez años.
- o Las remuneraciones del sector público han perdido importantes niveles de competitividad versus sus contrapartes del sector privado, manteniéndose además totalmente ajenos a la tendencia promedio de los ingresos en la economía.
- o Los bajos incentivos en capacitación y mejora salarial determina altos índices de rotación, jóvenes profesionales que adelantan su salida a estudios y funcionarios que migran a otros ámbitos laborales.
- o La afectación del régimen de incentivos laborales es ya conocida por los jóvenes profesionales, lo que desincentiva su decisión de participar en los concursos laborales, lo que incrementa el riesgo de un sesgo de selección negativo.
- o La afectación de los incentivos en los jóvenes con talento incrementa los costos de búsqueda del Regulador.
- o La estructura salarial constante afecta sustantivamente el ingreso real de los funcionarios, especialmente en épocas de crecimiento económico como la registrada en la economía peruana en los últimos diez años.

De otro lado, es importante resaltar que los reguladores, en paralelo a los procedimientos regulatorios que administran, son parte en diversos procesos que se desarrollan en la sede judicial o en los tribunales arbitrales. En el primer caso, los procesos se derivan por expedientes que pueden haber sido iniciados a solicitud de usuarios o empresas denunciadas, agentes que se consideran afectados por alguna de las decisiones del regulador, mientras que en el segundo caso los procesos se derivan por solicitudes de empresas concesionarias.

Además de lo sustantivamente costoso que puede resultar para los Reguladores su participación en los expedientes administrados en las sedes arbitrales, es importante considerar cuáles son los mecanismos de transmisión a través de los cuales las limitaciones presupuestales expuestas pueden afectar sus capacidades de participación:

- o Las normas de austeridad y control presupuestal reducen la flexibilidad para la disponibilidad de los recursos que se necesitarían para las contrataciones del *outsourcing* que ameritan, en los casos más complejos, la estrategia de

defensa, en especial en los procesos arbitrales. Al respecto. Considérese que en determinados casos los tribunales arbitrales solicitan la participación de peritos y/o expertos que contribuyan con las discusiones técnicas.

- o La rigidez de los plazos y etapas en los procesos administrativos dificultan la capacidad de respuesta del Regulador. Dado que, los Reguladores no controlan los plazos y etapas de los procesos arbitrales o judiciales, resulta sumamente difícil el poder calzar dicho proceso con los plazos y etapas que se requieren en las contrataciones del *outsourcing*. Bajo dicho contexto, los Reguladores asumen el alto riesgo de no contar, o contar de manera no oportuna, con el soporte que este tipo de procesos puede requerir para la defensa de sus posiciones.
- o La afectación de los incentivos laborales reduce las probabilidades de permanencia de los profesionales más calificados. Siendo que los procesos arbitrales exigen de profesionales con amplia experiencia y memoria institucional, la salida de profesionales incrementan la capacidad de respuesta y eleva los costos de armado de la estrategia de defensa.
- o La menor capacidad de mantener trabajadores altamente calificados incrementa la probabilidad que estos profesionales, en plazos breves, se encuentren laborando en las propias empresas o en los estudios y consultorías que estas contratan para el planteamiento de sus demandas.

3. Riesgo de la capacidad de gestión técnica

En los últimos meses se ha evidenciado un debate respecto de la conveniencia de emplear el sistema arbitral como mecanismo para la resolución de las disputas que existan entre los Organismos Reguladores y las empresas privadas que operan en sus respectivos sectores. Al respecto, el objetivo de la presente sección es el de exponer la problemática, desarrollando los principales argumentos a tener en cuenta para caracterizar los riesgos y desventajas de dicho mecanismo.

3.1 Cambio en las condiciones del país

Como ya se ha indicado, el nivel de inversiones esperado en el periodo de la reforma estuvo asociado al desarrollo de un marco normativo que garantice las inversiones y asegure la estabilidad de las "reglas de juego", generando los incentivos correctos a la inversión privada. Desde ese entonces, algunos contratos de concesión establecieron,

entre diversas cláusulas particulares, el derecho de la empresa de poder llevar a un arbitraje privado los puntos controvertidos vinculados con las decisiones del Regulador, ello con textos o redacciones iniciales que difieren de manera sustantiva con las experiencias contractuales más recientes.

No obstante, la situación económica, social y política del Perú de los años ochenta y principios de los noventa no resulta comparable con la existente en el Perú en la última década. Desde fines de los noventa el Perú ha registrado un crecimiento sostenido que se ve reflejado en buenos indicadores a nivel macroeconómico (PBI, demanda interna, inflación e inversión directa extranjera), en las constantes mejoras en las acreditaciones de grados de inversión (Moody's Investor, Standard & Poor's y Fitch Ratings), en la mejor clasificación de deuda, entre otros.

Asimismo, los índices de desempleo, analfabetismo y pobreza han disminuido considerablemente, lo cual evidencia una mejora en el bienestar de la población. Todo ello, sumado a una mejora en la institucionalidad del país, la autonomía de diversas organizaciones claves en la política económica y la estabilidad política fruto de gobiernos democráticos consecutivos, han generado un clima propicio para la inversión en el país.

En ese sentido, si bien las garantías a la inversión plasmadas en los contratos iniciales de estabilidad y algunos contratos con fuerza de ley constituyeron un importante instrumento, muchas de estas se pueden encontrar desfasadas y pueden incluso ser innecesarias en las condiciones actuales de la economía peruana. Peor aún, dado los cambios registrados en la estructura de los mercados, alguna de ellas puede representar más bien un serio problema para el desarrollo de la competencia si se toma en cuenta, como se menciona más adelante, las diferencias entre las empresas respecto de sus posibilidades de acción.

En ese sentido, es oportuno que el Estado realice una evaluación detallada de los diversos contratos de concesión con el objetivo de buscar mecanismos que garanticen un trato homogéneo o equivalente donde corresponda. En materia específica a las potestades de acceso al sistema de disputas arbitrales, es claro que no todos los contratos llevan el mismo tipo de contenido o redacción, lo que genera en términos prácticos interpretaciones distintas en el ámbito de los tribunales arbitrales respecto de su grado de alcance o intervención.

3.2 La regulación de servicios: asunto de interés público

Un tema importante a considerar en el análisis de los procesos de arbitraje es el tema de fondo que es motivo de litigio. Al respecto, el mecanismo de arbitraje se encuentra diseñado para conocer fundamentalmente controversias que involucran derechos de libre disposición de las partes, por tanto, no sería el mejor mecanismo para debatir temas de fondo asociados con políticas de Estado o decisiones de "ius imperium".

En primer lugar, los temas enmarcados en las relaciones de una empresa regulada y la autoridad regulatoria corresponden a asuntos de interés público y social y, de ninguna forma, pueden considerarse similares a los temas que se suelen tratar en el ámbito del derecho privado. Las decisiones regulatorias son definidas como políticas de interés nacional, las cuales reposan en la potestad del Regulador de controlar posibles abuso de posición de dominio de las firmas e incentivar la competencia, con lo que el objeto de arbitraje no se puede considerar un bien que el Estado posea y lo pueda transar, sino se define como aquella política que se ha realizado para un fin determinado.

En segundo lugar, es importante tomar en cuenta que la lógica detrás de las políticas de Estado o de la regulación sectorial se resume en la maximización del bienestar social, función objetivo que no es considerada por los organismos privados en sus decisiones de formulación de precios o producción.

En esa línea, esta lógica tampoco es considerada dentro de los procesos arbitrales, en donde la decisión del tribunal arbitral - en la mayoría de los casos - no toma en cuenta la diferencia de incentivos existente entre una entidad pública y una privada, siendo ambas partes tratadas como privados, otorgándole al contrato de concesión una visión netamente privatista y no de orden público. Ello ocurre, además, debido a que mayormente el *expertise* de los árbitros reposa en el conocimiento del derecho civil, es decir, en la solución de conflictos que se presentan entre empresas o privados.

En tercer lugar, en una disputa llevada a tribunales arbitrales, el fondo de los procesos se concentra en temas que no solo le competen a las partes litigantes sino que pueden tener repercusiones en otros actores, tales como empresas competidoras, usuarios y otras entidades del sector público. A

pesar de este hecho, los procesos de arbitraje solo consideran las posiciones de las partes litigantes, así como los efectos que tiene la medida en litigio y el laudo arbitral en las mismas, dejando de lado a todos los otros actores (a quienes en diversos casos no se les permite participar). Más aún, en la medida que estos procesos son de carácter confidencial, en muchos casos los demás actores del sector no se pueden enterar de los detalles de estos litigios, bajos ciertas condiciones incluso de la existencia del mismo o de su conclusión.

Por el contrario, procesos llevados a cabo dentro del marco del Poder Judicial permiten la participación de otros agentes que cuenten con legítimo interés en el caso. Es decir, otras empresas, los usuarios o cualquier representante de la sociedad civil pueden presentar sus posiciones y argumentos en el caso a tratar, brindando de esta manera nuevos e importantes elementos de juicio para los tribunales. Asimismo, los demás actores del sector se encuentran informados siempre del estado del juicio, en la medida que dicha información es de carácter público, con lo que pueden adaptar sus expectativas, operaciones y desarrollos a medida que este avance.

En cuarto lugar, es importante resaltar que el establecer garantías a ciertas inversiones llevadas al extremo de neutralizar la acción reguladora vías decisiones arbitrales resulta sumamente riesgoso en tanto las políticas regulatorias son necesarias para asegurar un entorno competitivo en la industria, más aún en industrias con altos niveles de concentración y necesidad de promover condiciones no discriminatorias entre los agentes. Las decisiones arbitrales suelen analizar disputar particulares, contexto bajo los cuales no existe la garantía de una debida internalización de las condiciones globales del sector y sus efectos competitivos.

Si bien la credibilidad del Estado en torno al cumplimiento de normas y contratos es indispensable para la atracción de inversiones, es importante preservar también la credibilidad del Sistema Regulatorio para establecer políticas acorde a las condiciones actuales del mercado. Dicha credibilidad depende de su independencia para la toma de decisiones y su efectividad en la implementación de las mismas. La credibilidad sectorial se rompe cuando las decisiones salen de un enfoque de análisis global para focalizarse en lógicas particulares.

El diseño de políticas del regulador se basa en un análisis acucioso sobre las condiciones de

competencia del mercado, el nivel de acceso a los servicios, el avance tecnológico, las barreras a la entrada y las prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas, entre otros. Si las políticas implementadas que resultan de este análisis son puestas en cuestión por un proceso ajeno, no solo no se garantiza la calidad regulatoria sino que la reputación del Regulador como encargado de velar por el desarrollo del mercado y el bienestar de los consumidores, se ve afectada, proceso que se agudiza debido a la confidencialidad de los procesos.

Precisamente, el poder de decisión que se otorga a los árbitros una vez que un proceso regulatorio entra al sistema de arbitraje afecta en cierta medida la autonomía del regulador, ya que las decisiones del Regulador son reemplazadas por las decisiones de los árbitros sin que éstas puedan someterse casi a ningún control o fiscalización. Por lo expuesto, es de alta importancia una clara especificación del ámbito de acción de los procesos arbitrales, evitando su participación en los temas que corresponden al campo de acción de los reguladores.

3.3 El riesgo de la captura

La existencia de altos niveles de concentración configura intereses muy grandes por parte de los operadores con mayor poder de mercado por mantener las rentas que se derivan de su posición. La existencia de dichas rentas, según la teoría económica, crea incentivos sobre la empresa a ejercer la "captura" de quienes tienen poder de decisión sobre la regulación de sus servicios. En línea con STIGLER (1971), la noción de "captura" hace referencia a la utilización de parte de cierto grupo de interés, del poder coercitivo que tiene una entidad para así conseguir rentas privadas a su favor.

MARTIMORT (1999) muestra el riesgo de captura como un problema temporal. Para el autor, el nivel de vulnerabilidad de una institución frente a la captura aumenta con el tiempo. Así, al inicio, cuando el interés y la supervisión del poder legislativo y de los ciudadanos aún son fuertes, y la motivación de los agentes es alta, el riesgo de captura es pequeño y el encargado de la toma de decisiones suele actuar a favor del interés público. Sin embargo, una vez que disminuye el interés en el debate público, y el contacto entre los agentes involucrados se vuelve costumbre, la institución es más vulnerable a la captura de los intereses privados de la industria.

En el caso del Arbitraje Local, los agentes involucrados solo son las partes litigantes pues todos aquellos que presentan legítimo interés son excluidos del proceso, como ya se mencionó anteriormente, lo que se traduciría en el contacto exclusivo entre la empresa litigante y el Tribunal, incrementando el nivel de vulnerabilidad del Tribunal frente a la captura. De la revisión de la literatura económica (STIGLER (1971), GUASH y SPILLER (1999), BOEHM (2005)), se puede listar una serie de factores que facilitan la captura en una industria regulada. A continuación, se analizará si dichos factores se cumplen en el sistema de arbitraje y en qué medida.

El sistema de arbitraje cumple parcialmente el primer punto. Ello debido a que, si bien dicho sistema posee reglas claras y transparentes en relación al proceso mismo, como la selección de árbitros y los pasos a seguir dentro del procedimiento, no existen condiciones claras sobre el proceso de toma de decisiones de los árbitros.

Más específicamente, se considera que no existen medios suficientes para discutir y analizar si las decisiones emitidas por los árbitros son debidamente sustentadas o si han pasado por un justo proceso de debate, pudiendo presentarse actuados finales o parciales –como las medidas cautelares– que bajo la óptica de los Reguladores no han tenido un debido proceso de debate y justificación, escenario que, dada las implicancias sectoriales, resulta sumamente riesgoso.

Sin reglas claras y transparentes que aseguren un debido sustento a la hora de la toma de decisiones, el riesgo de captura aumenta. Esto último está altamente relacionado a la total discreción que poseen los árbitros, segunda condición de la lista. Dado que los árbitros pueden emitir sus decisiones sin el sustento esperado, se hace más fácil decidir a favor de un agente sin tener que explicar las razones de su decisión. Al respecto, hay que tener en cuenta que las causales taxativas que la Ley prevé para la anulación de los Laudos Arbitrales ante el Poder Judicial no incluyen los casos en que tales Laudos se hayan emitido sin sustento o sin motivación alguna.

Si el alcance de intervención lo permite, el sistema de arbitraje presenta un alto margen de discreción en tanto la toma de decisiones regulatorias recaer por completo en los árbitros designados y se basa en el análisis del sector que ellos realicen, análisis que necesariamente requiere de conocimiento especializado así como de la experiencia jurídica necesaria en temas de derecho público como la regulación de los servicios públicos.

El alto grado de discreción facilita que los diversos tribunales arbitrales puedan decidir con amplios grados de libertad sobre la clasificación de los puntos en disputa como materia arbitral o materia no arbitral. Al respecto, si bien los Reguladores pueden defender su autonomía tratando de focalizar el desarrollo de los arbitrajes en lo referido al cumplimiento del debido proceso administrativo, lo cierto es que normalmente los tribunales descartan dicha propuesta de línea de división y aceptan como materia arbitral el análisis de temas que, bajo la experiencia de los reguladores, representan parte del marco de sus decisiones y que involucran un alto dominio de los temas técnicos.

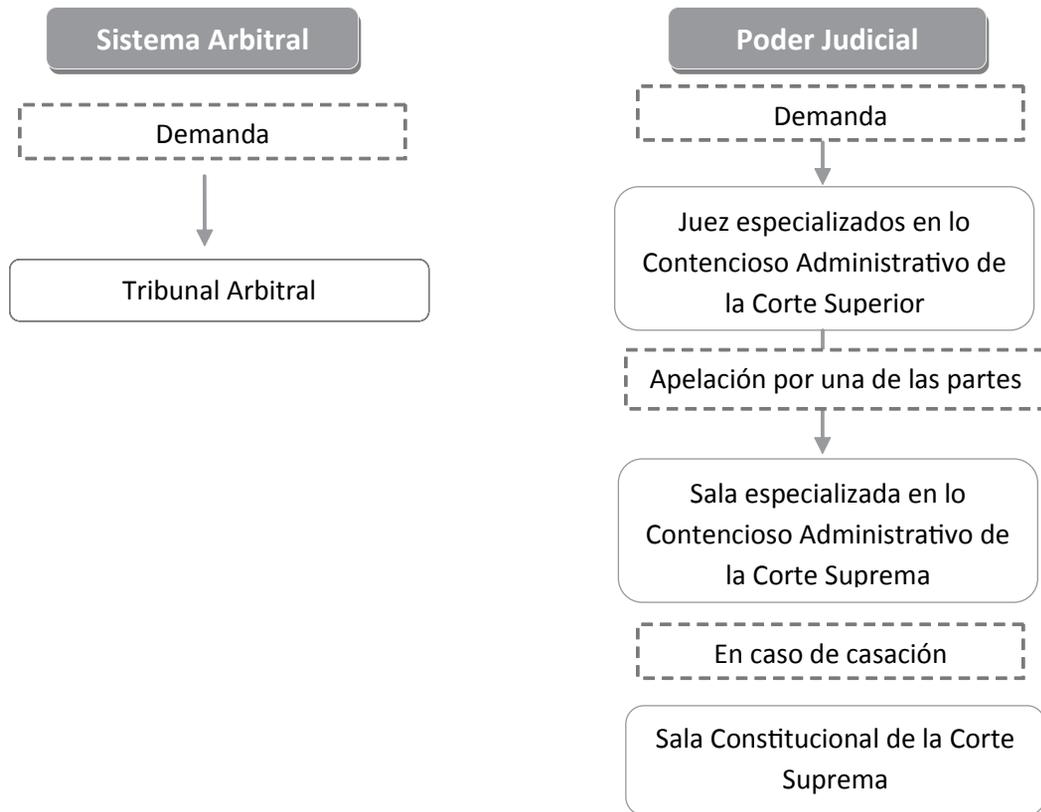
El alto grado de discreción se sustenta, además, en que el laudo emitido por el Tribunal Arbitral es considerado inapelable, es decir, una vez tomada la decisión, las partes involucradas deben someterse y cumplir lo que se ordene. Si bien ello podría resultar conveniente cuando se trata de resolver controversias entre privados, no resulta así cuando el objetivo es resolver una controversia entre el Estado y las empresas reguladas o supervisadas. A diferencia del proceso de arbitraje, el Poder Judicial tiene instancias superiores a las que se puede apelar.

Accountability La decisión tomada por el Tribunal Arbitral no se encuentra sujeta a ningún tipo de supervisión o alguna revisión que desincentive al árbitro a tomar una decisión a favor de una de las partes sin tener un debido sustento. Como ya se indicó, para los árbitros no existen instancias adicionales que hagan una revisión exhaustiva sobre el fondo del caso tratado, como sí sucede en el Poder Judicial. Si existiera un sistema de supervisión que genere costos a los árbitros, el riesgo sería mucho menor.

GASMI et al. (2006), mediante un trabajo empírico, analizan la conexión entre las características institucionales de un país y el gobierno de la regulación de telecomunicaciones. Los autores encuentran que entre mayor sea la rendición de cuentas políticas mejor será el desempeño de la regulación. Específicamente, muestran que para los países en desarrollo la rendición de cuentas local y global impacta positivamente en la penetración de líneas fijas y, en menor magnitud, de líneas móviles. Si ello aplica para el Regulador, habría que evaluar por qué no aplica para un proceso de arbitraje relacionado al establecimiento de políticas regulatorias de interés nacional.

Así, a diferencia del Regulador y el Poder Judicial, entidades en constante interacción con otros

Figura N° 1
Instancias de apelación del sistema de arbitraje y el Poder Judicial



poderes del Estado, con las asociaciones de usuarios, las asociaciones conformadas por las empresas y entidades internacionales; el Tribunal Arbitral mantiene sus procesos con absoluta exclusividad y reserva, lo cual, si bien podría sumar a favor de la celeridad del proceso, refleja la inexistencia de un sistema de *accountability*, entendida como el proceso a través del cual las instituciones se ven ante la exigencia de sustentar y validar sus decisiones frente a otros agentes que siguen de manera cercana el desarrollo de sus actividades.

Al ser la Cámara de Comercio de Lima prácticamente el único centro designado para la solución de controversias, habría que analizar si ello podría aumentar la probabilidad de que se designen árbitros bajo un vector de opciones reducido, lo que podría incrementar a su vez la probabilidad de captura. Según Guash y Spiller (1999), un contacto frecuente entre los agentes involucrados puede reducir los costos de transacción pero incrementaría el riesgo de captura.

En suma, como se observa, las condiciones que incrementan el riesgo de captura se presentan de manera total o parcial dentro del sistema

de arbitraje, por lo que esta problemática debe ser considerada al analizar la idoneidad de este sistema. Así, se reconoce que la captura puede ser un factor determinante de las resoluciones que se dan como resultado de procesos arbitrales, de manera que puede interferir con la tarea del regulador como entidad independiente y con los procesos regulatorios que son fundamentales en el desarrollo del país. Si bien en el Poder Judicial dicha posibilidad no se elimina, consideramos que el mayor entendimiento del rol del Estado en estos litigios y las mayores exigencias de *accountability* permitirían un mejor control de dichos riesgos.

3.4 Percepciones de trato discriminatorio

En los mercados regulados no todas las empresas tienen la facultad de llevar un proceso regulatorio a arbitraje, o más preciso aún, no todas las cláusulas son iguales, existiendo espacio para interpretaciones distintas respecto del alcance de los procesos. Así, mientras algunas empresas encierran espacio para interpretaciones amplias, muchas empresas encuentran que la cláusula arbitral no es aplicable a *“aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las autoridades gubernamentales”*.

Ello ha generado en la práctica un desbalance en el mercado y una percepción de trato discriminatorio en la medida que, aquellas medidas regulatorias establecidas por un Regulador para todas las empresas pueden ser apeladas en una instancia independiente al Poder Judicial únicamente por ciertas empresas, convirtiendo un proceso global en uno particular. La interpretación más extensa de la exclusividad que pueden encontrar algunas empresas sobre el uso del sistema arbitral puede generar un incentivo perverso para que éstas utilicen este proceso de manera frecuente, a tal punto que pueda representar en la práctica una estrategia esperada, un evento a ser internalizada con alta probabilidad en los procesos regulatorios.

3.5 Jurisprudencia no tratada y mecanismos de presión empresarial

El incremento de las experiencias arbitrales genera dos problemas adicionales:

- o Jurisprudencia en decisiones regulatorias fuera del ámbito de control del organismo regulador.
- o Incremento de los incentivos de las empresas para, dadas las desventajas antes descritas, intentar presionar al regulador en el sentido de adoptar las posiciones planteadas por la empresa a lo largo de los diversos procesos regulatorios frente a una posible amenaza o advertencia de arbitraje.

Respecto del primer punto, como ya se ha indicado, los árbitros tienen altos incentivos para que los temas planteados en una demanda arbitral sean efectivamente declarados como “materia arbitral”. En ese sentido, los tribunales arbitrales se atribuyen normalmente la potestad de administrar procesos que involucran temas que, desde el punto de vista de los Reguladores representan componentes absolutamente técnicos y propios de sus funciones y responsabilidades.

Este hecho determina entonces que un importante conjunto de decisiones de política regulatoria terminen configurando su jurisprudencia en un fuero que se encuentra absolutamente fuera del control del Regulador. Dicha jurisprudencia no controlada genera a su vez tres problemas:

- o La necesidad de, ante escenarios de duda sobre acontecimientos futuros, tener que recurrir al Tribunal Arbitral para la realización de consultas respecto de la “correcta” interpretación del contenido de sus laudos.

- o El incentivo de las empresas de extender el alcance de los laudos hacia nuevos escenarios, promoviendo con ello discusiones sobre su interpretación que conlleven a los procesos de consultas referidos.
- o Condicionamientos o restricciones en las futuras decisiones del Regulador. El Regulador debe evitar cualquier tipo de decisión contraria a lo establecido por los laudos. Esta situación representa una elevada restricción si se toma en cuenta la alta dinámica tecnológica y/o comercial que podría presentarse, hecho que mantiene en el tiempo el riesgo de que las decisiones regulatorias se vayan adecuando o enmarcando en un escenario de actualización de los laudos arbitrales vía la interpretación, muchas de las cuales podrían resultar altamente forzadas.

El segundo aspecto planteado es el relacionado con los incentivos que se generan en las empresas para utilizar la advertencia de arbitrajes como un argumento adicional en el debate de los procesos frente al Regulador; ello, bajo las suposiciones basadas en factores como el mayor costo relativo de un arbitraje para el regulador y la consideración optimista de sus posiciones sustentadas en la interpretación de sus éxitos en procesos pasados.

3.6 Práctica internacional

Los problemas descritos en los acápites anteriores tienen como resultado que los mecanismos de arbitraje para resolución de disputas entre los operadores y los Reguladores no sea una práctica extendida a nivel internacional. Es así que, mundialmente, podemos apreciar que la mayoría de países no hace uso de Tribunales Arbitrales locales ante controversias con el regulador. Si bien existen procesos de arbitraje entre empresas y países, como vemos a continuación, ellos no ocurren por motivos regulatorios.

En la mayoría de países inscritos en alguna organización internacional, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otros, el recurso de arbitraje internacional es usado como método de solución de las controversias existentes debido a desacuerdos entre las empresas y los gobiernos, dado un pronunciamiento previo de este último.

Ello ocurre debido a que dichas partes han suscrito diferentes tratados de inversión o de inversión bilateral. Sin embargo, en muchos casos no existen cláusulas contractuales que faculten a las empresas a resolver controversias con el Estado en un Tribunal Arbitral Nacional.

Los procesos de arbitraje internacional se encuentran respaldados por instituciones internacionales tales como la Corte Permanente de Arbitraje (PCA, por sus siglas en inglés) o el Centro Internacional de Acuerdo de Disputas de Inversión (ICSID, por sus siglas en inglés). Esta última es una institución autónoma relacionada con el Banco Mundial y comprende más de 140 países. Entre sus actividades se encuentran tanto la conciliación como el arbitraje entre Estados y grupos privados. Si bien existen procesos de arbitraje internacionales, estos generalmente ocurren debido a temas de renovación de contrato

u otorgamiento de licencias o autorizaciones⁶.

La experiencia indica que el arbitraje a nivel local en el caso de discrepancias entre el regulador y la empresa regulada no es una práctica generalizada. Tal como se indica en la siguiente tabla, en todos los casos de la muestra, a excepción de Brasil, los procesos de resolución de controversias entre el regulador y la empresa se dan a través de sistema judicial de cada país. En Brasil, a pesar de existir la posibilidad de arbitrajes para la solución de conflictos, hasta la fecha no ha sido usada y su ámbito de aplicación se encuentra acotado.

Figura N° 2
Mecanismos de solución de controversias entre el Estado y empresas operadoras a nivel internacional

País	Arbitraje		Procesos Judiciales		Comentarios
	Sí	No	Sí	No	
Argentina		x	x		La vía judicial es la única forma de resolver conflictos entre el regulador y las operadoras.
Australia		x	x		Los conflictos se dan ante el incumplimiento de normas impuestas por el regulador.
Brasil	X		x		Si bien en Brasil existe la posibilidad de arbitraje, <u>este proceso nunca ha sido puesto en práctica hasta la fecha</u> . Si se diera, puede responder únicamente a dos motivos: violación del derecho de la empresa a proteger su situación económica y revisión de tarifas de indemnización cuando caduque el contrato de concesión. El panel es escogido entre las partes de forma equitativa.
Chile		x	x		En la actualidad se evalúa la posibilidad de implementar un panel de expertos para la resolución de conflictos entre el operador y el regulador. La propuesta comprende un panel interdisciplinario de telecomunicaciones cuyas resoluciones sean inapelables.
Colombia		x	x		Solo se acude a arbitraje cuando se atenta contra algún contrato del operador. Sin embargo, en este caso, es el Estado colombiano el que acude al arbitraje no el regulador.
Costa Rica		x	x		No existe la posibilidad de que un operador y el regulador acudan a un Tribunal Arbitral.
España		x	x		Los procesos de resolución se dan dentro del ámbito judicial español.
México		x	x		No existe la posibilidad de que un operador y el regulador acudan a un Tribunal Arbitral.
Panamá		x	x		Existen decretos legislativos que obligan a las operadoras a someterse de ser necesario a arbitraje ante conflictos entre ellas.
Reino Unido		x	x		Ante situaciones de conflicto las operadoras pueden acudir al Tribunal de Competencia. Este opera con reglas independientes pero están sujetas a modificación por parte del congreso.
Uruguay		x	x		Las operadoras deben acudir al regulador ante discrepancias con este, si la disputa no es resuelta, este puede acudir ante el poder ejecutivo. Si la discrepancia persiste, acuden al Poder Judicial.

Elaboración propia

⁶ A manera de ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones tenemos:
- En Polonia la empresa Ameritech emitió un pedido de arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) alegando que el Gobierno Polaco incumplió el contrato al negarle una licencia GSM y ponerla en oferta en el mercado.

4. Conclusiones y recomendación

- Teniendo en cuenta el contexto actual de mercados liberalizados, una interpretación amplia del alcance de algunas cláusulas contractuales sobre garantías de acceso al fuero arbitral local podrían constituir serios obstáculos para el correcto desempeño de las autoridades regulatorias, impidiéndoles, de cara al rápido avance tecnológico, efectuar modificaciones de la normativa vigente para la mejora en los principales indicadores de desempeño.
- El sistema arbitral, al haber sido creado para solucionar disputas entre privados, es deficiente en el análisis de controversias entre las autoridades regulatorias y las empresas privadas. La problemática vinculada a estos procesos se acentúa en contextos de austeridad económica y mayores restricciones presupuestales para las entidades del Estado.
- Los temas enmarcados en las relaciones de una empresa regulada y la autoridad regulatoria corresponden a asuntos de interés público y social en los que no solo está involucrado el interés del Estado y la empresa concesionaria que inicia el arbitraje sino terceros (otras empresas concesionarias de telecomunicaciones, usuarios, etc.) y, de ninguna forma, pueden considerarse similares a los temas de derecho disponible.
- Los Tribunales Arbitrales no toman en cuenta la diferencia entre la lógica que guía el accionar de una empresa privada y un organismo estatal. En el primer caso, la empresa tiene como objetivo maximizar beneficios, mientras que en el segundo, las autoridades regulatorias buscan maximizar una función de bienestar social; hecho por el cual, están expuestas a conflictos permanentes al no tener el mismo fin.
- En una disputa llevada a Tribunales Arbitrales, el fondo de los procesos se concentra en temas que no solo le competen a las partes litigantes sino que pueden tener repercusiones en otros actores de la economía (otras empresas concesionarias de telecomunicaciones, usuarios, etc.).
- Los Tribunales Arbitrales tienen amplia discrecionalidad para seleccionar los temas como materia arbitral pudiendo desbordar con suma facilidad el campo de acción del Regulator.
- El riesgo de captura es un elemento importante a considerar al momento de analizar la idoneidad del sistema arbitral como mecanismo de solución de controversias entre el Estado y una empresa. Ello debido a que dicho sistema cumple con las condiciones que propician la captura:
 - Inexistencia de reglas claras sobre la toma de decisión de los árbitros.
 - Los árbitros adquieren gran discrecionalidad sobre un proceso regulatorio una vez que éste es llevado a arbitraje por la empresa.
 - No existen mecanismos de supervisión de cada caso, de hecho, los laudos arbitrales, a diferencia del Poder Judicial, son considerados inapelables.
 - Los Tribunales Arbitrales no muestran exigencias en *accountability* (rendición de cuentas) y los procesos se desarrollan con altos niveles de confidencialidad excluyéndose en muchos casos la participación de terceros afectados.
 - Si las empresas hacen un uso intensivo del sistema arbitral, el contacto entre ellas y los árbitros puede resultar frecuente, lo que incrementaría la probabilidad de captura.
- El sistema de arbitraje local como mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las empresas privadas no es una práctica común a nivel internacional.
- Por lo expuesto, la recomendación implicaría, de manera equivalente para todos los administrados, precisar y limitar el alcance del sistema arbitral, debiendo ser no aplicable a materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones propias de las autoridades gubernamentales, eliminado o modificando cláusulas que a la fecha permiten interpretaciones y prácticas más extensas.

- En Ghana, la empresa Telekom Malaysia (TM) tenía un contrato para poder gestionar la empresa Ghana Telecom (GT) por un periodo de cinco años. Luego de una serie de problemas financieros, el gobierno se negó a renovar el contrato. Luego de procesos de conciliación, TM emitió su pedido de arbitraje internacional alegando que había perdido el control de su inversión.

- France Telecom (FT) suscribió un contrato para tener una subsidiaria de telefonía móvil en Líbano en 1994. Para el 2002, FT emitió un pedido de arbitraje a la UNCITRAL alegando, entre otras cosas, expropiación y término prematuro de contrato.

Bibliografía

BOEHM, F. Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos. En: *Revista de Economía Institucional*, 2005. Vol. 7, Número 013, pp. 245-263.

CAVE M., BALDWIN R. "Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice", Oxford University Press. 1999. pp. 9-85.

Convenio ICSID, Reglamento y Reglas. Banco Mundial. www.worldbank.org/icsid.

GASMI F., P. NOUMBA y L. RECUERDO. Political Accountability and Regulatory Performance in Infrastructure Industries: An Empirical Analysis. En: *World Bank Policy Research. Working Paper 4101*. 2006.

GUASH J. LUIS y P. SPILLER. Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story. En: *World Bank Latin American and Caribbean Studies. The World Bank. Washington D.C., 1999*.

LAFFONT, Jean-Jacques y David MARTIMORT. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton University Press. 2002.

LEVY, B. y P. SPILLER. "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation". En: *Journal of Law, Economics and Organization*. 1994. Vol.10, N°2.

MARTIMORT D. The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs. En: *Review of Economic Studies* 66, 4. 1999. pp.929-947.

SPILLER, P. Politicians, Interests Groups and Regulators: A Multiple Principals Agency Theory of Regulation (o Let Them be Bribeed). En: *Journal of Law and Economics* 33 (1), 1999, pp.65-101.

SPILLER P. y C. SAMPSON. Regulations, Institutions and Commitment. The Jamaican Telecommunication Sector. En: *World Bank, PRD, Washington, D.C., 1993*.

STIGLER, G. J. *The Organization of Industry*. Chicago: University of Chicago Press. 1971.

¿Cómo se determina el costo de capital de las empresas sujetas a Regulación Tarifaria en el Perú?

Santiago Dávila Philippon*

SUMILLA

Este artículo muestra las principales metodologías para la estimación del costo de capital de negocios regulados y su aplicación reciente en la determinación de tarifas de empresas de servicios públicos e infraestructuras de transporte en el Perú. Una de las metodologías para la estimación del costo es el WACC, que es una medida del costo de financiamiento de una empresa, ya sea a través de aportes de capital de inversionistas o a través del endeudamiento. Por otro lado, se hace mención a la función que cumplen los reguladores de Telecomunicaciones (OSIPTEL), agua y saneamiento (SUNASS) e infraestructura de transporte de uso público (OSITRAN), de determinar el costo de capital aplicable a la regulación de empresas Telefónica del Perú, SEDAPAL y LAP, respectivamente; siendo que, en la práctica regulatoria peruana reciente, es posible identificar algunas similitudes cuanto a la forma en que los reguladores calculan el WACC de las empresas que regulan.

1. Introducción

El costo de capital se define como el retorno que espera un inversionista por comprometer capital y asumir los riesgos de un determinado negocio. La determinación del WACC resulta fundamental en el proceso de determinación de tarifas de negocios regulados, independientemente de la metodología que emplee el Regulador para establecer el nivel de las tarifas reguladas.

Si consideramos que los negocios sujetos a Regulación Tarifaria en el Perú (servicios públicos, como el agua, electricidad, gas, telecomunicaciones y otros servicios de infraestructura de transporte de uso público, como los prestados por puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras) requieren de significativas inversiones de carácter “hundido”, es claro que una ligera variación en la tasa de retorno permitida y calculado por los reguladores puede tener implicancias significativas sobre las tarifas que pagan los consumidores y sobre las

decisiones de inversión y financiamiento de las empresas reguladas.

Por un lado, la sub-estimación del costo de capital por parte del regulador puede llevar a que el inversionista no recupere o demore la recuperación de la inversión realizada, desincentivando o retrasando la realización de nuevas inversiones. Por otro lado, la sobre-estimación del costo de capital puede traducirse en mayores tarifas, perjudicando a los consumidores. No debe llamar la atención entonces que la determinación del costo de capital sea uno de los aspectos que mayores controversias genera entre los Reguladores y las empresas sujetas a regulación.

El objetivo del presente documento es exponer las principales metodologías para la estimación del costo de capital de negocios regulados y su aplicación reciente en la determinación de tarifas de empresas de servicios públicos e infraestructura de transporte en el Perú.

* Licenciado en Economía por la PUCP y MSc. Economics de la Universidad de Warwick (Inglaterra). Es Gerente de Estudios Económicos del INDECOPI y profesor de la Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y del programa de Derecho de la Universidad del Pacífico.

2. Revisión metodológica: ¿cómo se determina el WACC?

El WACC es una medida del costo de financiamiento de una empresa, ya sea a través del aporte de capital de los inversionistas o a través del endeudamiento (apalancamiento). El WACC representa también una medida del retorno esperado mínimo que demandaría un inversionista por comprometer fondos en un negocio. El WACC se estima como el promedio ponderado del costo de capital patrimonial (COC) y el costo de obtener deuda para la empresa, siendo los ponderadores determinados por la estructura de capital de la empresa regulada.

$$\text{WACC (antes de impuestos)} = g * r_d + \frac{1}{1-t} * r_e * (1-g) \quad (1)$$

Donde:

- r_d es el costo de la deuda para la empresa
- r_e es el costo de capital patrimonial (COC)
- g es la proporción de deuda de la empresa
- $1-g$ es la proporción de capital de la empresa
- t es la tasa de impuesto a la renta

Tratándose de un análisis prospectivo, la estimación del costo de capital patrimonial implica anticipar cuál es la expectativa de retorno que esperan recibir los socios que aportan capital en la empresa. En contraste con el COC, la estimación del costo de endeudamiento suele ser más observable, ya sea porque las tasas de endeudamiento futuro se establecen con antelación en los contratos de endeudamiento de la empresa regulada o porque las tasas de interés vigentes incorporan las expectativas de retorno para préstamos de distintas calidades. En consecuencia, la principal dificultad que enfrentan los reguladores en la estimación de la ecuación 1 radica en la determinación del COC, más que en la determinación del costo de endeudamiento.

En general, el COC puede ser estimado mediante distintos métodos de valoración de activos, como el modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM), los modelos multifactoriales, por ejemplo, el modelo de tres factores de Fama y French o el modelo de valoración por arbitraje (APM) y el modelo de crecimiento de dividendos (DGM)¹.

Un rasgo esencial de estos modelos es que la estimación del COC requiere la medición de los riesgos del negocio, porque son dichos

riesgos los que determinan el COC que el inversionista requerirá por comprometer fondos en un determinado activo, negocio o proyecto. En particular, en el caso del CAPM, el único tipo de riesgo que determina el COC es el llamado riesgo sistémico o no diversificable, mientras que, por el contrario, en los modelos multifactoriales se admite la posibilidad de que varios factores sean considerados en la determinación del COC del inversionista.

Si bien algunas contrastaciones empíricas sugieren que los modelos multifactoriales son más robustos estadísticamente que el modelo CAPM, debido principalmente a la incorporación de más factores de riesgo, no siempre es posible estimar modelos multifactoriales en el contexto de economías emergentes. Por ejemplo, no están disponibles en el Perú las fuentes de datos para la estimación de algunas de las variables del modelo de Fama y French, asociadas al tamaño y al nivel de estrés financiero de las empresas. Por otro lado, en el caso del DGM, su aplicación requiere realizar supuestos o estimaciones sobre parámetros claves, como la tasa de crecimiento de los dividendos o el valor actual de las acciones, que son tan o más difíciles de anticipar que el mismo COC.

Es por esta razón que en el contexto de regulación de tarifas a nivel mundial, incluyendo al Perú, el modelo CAPM es el que se aplica con mayor frecuencia para la determinación del COC de empresas reguladas. Incluso en el caso de mercados emergentes, donde se hace más evidente los problemas para la estimación de los parámetros del CAPM (no hay información disponible o no se cumplen los supuestos del modelo), se han aplicado y ensayado distintos enfoques que permiten su utilización.

Por ejemplo, es frecuente el uso de distintas medidas para corregir el CAPM incluyendo una medida del riesgo país o aplicar ajustes al cálculo del COC por tomar en cuenta el tamaño de la empresa. Igualmente, cuando la empresa no cotiza en una bolsa, o la bolsa de valores en la que cotiza no es líquida, se han desarrollado diversas técnicas para seleccionar y estimar el riesgo no diversificable sobre la base de empresas comparables que sí cotizan en bolsa.

La estimación de la ecuación 1 puede subdividirse en cinco etapas. La primera etapa consiste en estimar la **tasa libre de riesgo**. Esta tasa hace

¹ Ver el Anexo para una explicación de estos modelos alternativos de valoración de activos.

referencia a un activo para el que no existe riesgo de default, como por ejemplo, los bonos del tesoro de los Estados Unidos o del Reino Unido. Como el objetivo es estimar cual será la tasa libre de riesgo que estará disponible para la empresa regulada durante el periodo regulatorio, es importante que el regulador evalúe si tomará como referencia de la tasa de libre riesgo futura a la tasa libre de riesgo vigente (*tasa spot*) o si utilizará más bien el promedio histórico de la tasa libre de riesgo en el pasado.

La utilización de la primera alternativa (uso de la *tasa spot*) supone que esta tasa es el mejor predictor de lo que ocurrirá en el mercado del activo libre de riesgo en el futuro, en tanto que la utilización de la segunda opción es conveniente si se el regulador considera que, por alguna circunstancia, la tasa libre de riesgo *spot* es inusualmente alta o baja y su utilización podría no reflejar las condiciones normales del mercado en el futuro (por ejemplo, porque al momento del cálculo, el mercado viene atravesando una crisis financiera o una burbuja de crecimiento).

Adicionalmente debe evaluarse el periodo de maduración del bono cuyo interés se considera como referente libre de riesgo. En general, se suele utilizar un bono con maduración equivalente a la duración del periodo regulatorio para el cual se determinan las tarifas o un periodo equivalente a la vida económica de los activos regulados².

La segunda etapa consiste en estimar la **prima o premio por deuda**, específico de la empresa regulada, que demandan los prestamistas. Normalmente, esta información es pública para el caso de empresas cuya deuda se tranza en el mercado. Incluso en el caso en que esta información no esta disponible para la empresa regulada, es posible observar el premio por deuda a partir del costo de la deuda de empresas similares o comparables en términos operativos y financieros. En este ultimo caso debe analizarse previamente, al igual que para la estimación de la tasa libre de riesgo, la elección del dato (histórico o *spot*) y el plazo de maduración de la deuda. Además del premio por deuda, que esta asociado con los riesgos específicos del negocio regulado, el regulador debe evaluar también la

conveniencia o no de incluir dentro del cálculo del costo de endeudamiento a otros conceptos, como por ejemplo, el costo involucrado en la emisión de deuda. Estos costos de emisión no son despreciables, especialmente en el contexto de países emergentes que no cuentan con mercados de deuda desarrollados.

La suma de la tasa libre de riesgo y el premio por deuda (más los otros costos de endeudamiento) constituye el costo total de endeudamiento que enfrenta la empresa regulada.

La tercera etapa consiste en estimar la **prima o premio por riesgo de mercado** que esperan obtener los inversionistas. Usualmente el enfoque práctico que se emplea para estimar la prima por riesgo esperada de los inversionistas es tomar un promedio histórico de primas por riesgo obtenidas por los inversionistas en el pasado, considerando para ello, la mayor amplitud de datos posible³. DIMSON y otros, publican periódicamente promedios históricos de la primas por riesgo obtenidas por inversionistas en distintos países, las mismas que generalmente muestran una revisión a la baja⁴. Otra opción de cálculo consiste en emplear proyecciones de analistas o encuestas a inversionistas, tanto sobre el retorno de mercado esperado como sobre la tasa libre de riesgo esperada (enfoque *ex-ante*).

En general, existe consenso en afirmar que la prima o premio por riesgo esperada por los inversionistas en un mercado emergente es mayor que la obtenida en inversiones en países desarrollados. Esto ha llevado al desarrollo de distintos enfoques para estimar cuál es la prima o premio por riesgo de mercado en países en vías de desarrollo (ver sección 2.2).

El cuarto paso en la estimación del WACC consiste en determinar el **riesgo no diversificable** que enfrenta el negocio regulado. Bajo el contexto del modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM) ello involucra estimar el valor de coeficiente Beta (ver Anexo para una explicación gráfica del modelo CAPM). El Modelo CAPM permite determinar el retorno esperado de un activo financiero, en función al retorno de un activo libre de riesgo, el premio por riesgo del mercado y la cantidad

² Desde un punto de vista práctico, es frecuente el uso del retorno (income return) obtenido por bonos del Tesoro Americano a veinte años (US Treasury bonds). Ver L.R Giacchino y J.A.Lesser (2011). Principles of Utility Corporate Finance, Public Utilities Reports, Inc. Vienna, Virginia, pp. 232-236

³ Cuando se emplea este enfoque es frecuente utilizar el promedio aritmético del retorno obtenido por el índice S&P 500 desde el año 1926 (fecha desde donde se tiene registro de data).

⁴ JENKINSON, Tim (2006). Regulation and cost of capital. En: Crew, Michael y David Parker (2006), International Handbook of Economic Regulation. Edward Elgar. p. 148

de riesgo no diversificable que tiene el activo en cuestión, denominada beta (β).

$$E(R_a) = r_f + [E(R_m) - r_f] \frac{\sigma_{A,M}}{\sigma_M^2} \quad (2)$$

Donde:

- R_f = activo libre de riesgo
- $E(R_m) - R_f$ = prima (premio)
- $\beta_A = \frac{\sigma_{A,M}}{\sigma_M^2}$ es la covarianza del rendimiento del activo con riesgo A y el portafolio de mercado M, dividido por la varianza del retorno del mercado.

El beta se estima normalmente a partir de una regresión econométrica que tiene como variable dependiente, al retorno del activo bajo análisis con relación al activo libre de riesgo y, como variable explicativa, al premio por riesgo de mercado.

$$R_A = \alpha_A + \beta_A R_M + \varepsilon_A R_A = \alpha_A + \beta_A R_M + \varepsilon_A \quad (5)$$

Donde:

- $R_A = \frac{p_{A,t} + d_{A,t}}{p_{A,t-1}} - 1 - r_f$ es el retorno de la acción por sobre la tasa libre de riesgo. El retorno de la acción se calcula como la variación de los precios del acción (pA) en el periodo t y t-1, incluyendo los dividendos pagados en el periodo (dA,t).
- $R_M = r_M - r_f$ es la prima por riesgo de mercado.

La estimación del coeficiente beta es compleja en la práctica, especialmente en el contexto de la inversión en el activo de un país emergente. Para la estimación del coeficiente beta de un negocio regulado, es necesario en primer lugar evaluar y seleccionar la variable que será representativa del mercado en el que hace la inversión. Por ejemplo, es frecuente el uso el índice S&P 500, del índice del bolsa de Nueva York o el índice de la bolsa de Londres (FTSE).

En segundo lugar, es importante evaluar el periodo sobre el cual se llevará a cabo la regresión econométrica. En teoría, siempre es mejor emplear un periodo largo de datos, de forma que se promedien algunos eventos históricos, como las crisis internacionales, que pueden representar movimientos inusuales en las variables.

En tercer lugar, es preciso elegir la frecuencia de los datos sobre los cuales se estima el beta (por ejemplo, datos de frecuencia diaria, semanal o mensual). Sobre este punto en particular, diversos estudios han mostrado que el valor del beta estimado varía dependiendo de la frecuencia de los datos⁵. La práctica usual en estos casos es estimar los betas con todas las opciones de frecuencia de datos posible y obtener un promedio, o tomar el beta que resulta más "razonable" para la industria bajo análisis.

Finalmente, una vez estimado el beta, es frecuente la aplicación de ajustes adicionales. En particular, de acuerdo con BLUME (1971), los betas estimados con datos históricos (en adelante, betas históricos) revierten hacia el beta del mercado, que tiene un valor de 1. En consecuencia, empresas con valores de beta históricos mayores a la unidad sobreestiman los betas futuros, mientras que empresas con betas históricos menores que la unidad, sub-estiman los betas futuros⁶. Para corregir este sesgo, BLUME propuso corregir el beta histórico con la siguiente fórmula:

$$\beta_{Ajustado} = 0.33 + 0.67\beta_{estimado} \quad (6)$$

Cuando se estima el beta que enfrenta una inversión en un mercado emergente, la estimación del riesgo no diversificable se torna más compleja, ya sea porque no existe un índice representativo del mercado o porque la empresa regulada del país emergente no cotiza en bolsa, o si cotiza, el mercado bursátil del país en cuestión es ilíquido o poco profundo, por lo que las cotizaciones bursátiles del país emergente no reflejan los riesgos del negocio adecuadamente.

Calculado el beta y el resto de parámetros anteriores, es posible estimar el costo de capital patrimonial de la empresa (COC).

El quinto paso de la metodología consiste en promediar el costo de la deuda y el costo del capital patrimonial, para obtener el WACC. Tal como se indicó anteriormente, el ponderador que se emplea para el cálculo del WACC está determinado por la **estructura de capital** de la empresa. En particular, cuando más apalancada está la empresa, menor será el WACC estimado y cuanto mayor sea el aporte de capital patrimonial en la empresa (menor sea el endeudamiento como proporción del valor de la empresa) mayor será el WACC estimado. La elección de la estructura

⁵ Ver Smithers & Co. Study into certain aspects of the cost of capital for regulated utilities in the UK. February, 2003. Disponible en www.ofwat.gov.uk

⁶ BLUME, M. On the Assessment of Risk, Journal of Finance, 26: 1-10, Marzo, 1971.

de capital que el regulador utiliza para el cálculo del WACC no es trivial y tiene un efecto material sobre el WACC finalmente estimado (ver sección 2.2).

Para finalizar la estimación del WACC, el regulador debe elegir si estimar el WACC antes de impuestos (como en la ecuación 1) o después de impuestos. Además, debe considerar si la estimación del WACC se realizará en términos reales o en términos nominales.

Si el regulador estima el WACC antes de impuestos debe engrosar el COC de forma que la empresa obtenga un retorno esperado acorde con el nivel de riesgo que asume y además, pueda hacer frente al pago de impuestos. En el caso de la ecuación 1, el cálculo asume que los impuestos que efectivamente paga la empresa coinciden la tasa de impuesto a la renta. Si bien este es un supuesto correcto en el largo plazo, en el corto plazo la empresa puede pagar más o menos impuestos que la tasa impositiva legal.

Alternativamente, el regulador puede optar por no considerar las obligaciones tributarias en el cálculo del WACC y estimar el WACC con la siguiente ecuación:

$$\text{WACC (sin impuestos)} = g * r_d + r_e * (1 - g) \quad (7)$$

En caso el regulador opte por la aplicación de la ecuación de wacc anterior, debe estimar las obligaciones tributarias que efectivamente pagará la empresa a futuro y considerarlas como un gasto a ser recuperado a través de las tarifas reguladas.

Finalmente, el regulador también puede elegir estimar el WACC después de impuestos, para la cual buscará remover del WACC el beneficio tributario que obtiene la empresa con el endeudamiento:

$$\text{WACC (después de impuestos)} = g * r_d * (1 - t) + r_e * (1 - g) \quad (8)$$

Con esta breve introducción al cálculo del costo de capital en industrias reguladas, a continuación se analiza cómo los reguladores de telecomunicaciones (OSIPTEL), agua y saneamiento (SUNASS) e infraestructura de transporte de uso público (OSITRAN) han determinado el costo de capital aplicable a la regulación de las empresas Telefónica del Perú, SEDAPAL y LAP, respectivamente.

3. Determinación del costo de capital patrimonial en industria sujetas a regulación en el Perú

En el Perú, las estimaciones del WACC se han dado en el contexto de la Regulación Tarifaria de empresas de servicios público (gas natural, agua y saneamiento, telecomunicaciones) e infraestructura (puertos y aeropuertos). En todos los casos revisados, el WACC se estimó después de impuestos y el cálculo del costo de capital patrimonial se efectuó siguiendo el modelo CAPM. Sin embargo, de la revisión de los precedentes regulatorios sobre el cálculo de costo de capital efectuado por los reguladores peruanos, se desprende que no existe consenso en el cálculo de los parámetros del CAPM, en particular, con relación a la forma de cálculo del beta y del riesgo país.

El Cuadro 2.1 resume los valores de los parámetros del WACC que los reguladores peruanos han aplicado en procesos recientes de Regulación Tarifaria. En lo que resta del documento se presenta un detalle de las variables y fuentes de datos utilizadas por los reguladores peruanos para la determinación de los parámetros del CAPM.

3.1 Estimación de la tasa libre de riesgo

Del Cuadro N° 2.1 se desprende que la tasa libre de riesgo establecida para las fijaciones tarifarias de Telefónica y SEDAPAL, calculadas por OSIPTEL y SUNASS durante el 2009, aplicables desde el 2010, son inferiores a la tasa libre de riesgo consideradas en la fijación de tarifas de LAP, efectuada por OSITRAN en el año 2007 (aplicadas desde el 2008), lo que se explicaría por la crisis financiera internacional en dichos años, que tuvo como consecuencia un incremento de la demanda por bonos soberanos libres de riesgo, reduciendo su rendimiento.

Existen algunas similitudes y diferencias en la forma de cálculo de la tasa libre de riesgo efectuada por reguladores en el Perú. Por una parte, todos los reguladores utilizaron los bonos del Tesoro Americano como referencia de un activo libre de riesgo. Por otro lado, tanto OSIPTEL como OSITRAN utilizaron un bono con vencimiento a diez años, mientras que SUNASS optó por un bono a treinta años. Finalmente, mientras OSIPTEL utilizó el promedio anual del rendimiento del activo libre de riesgo, SUNASS empleó el promedio del rendimiento del activo libre de riesgo en el último mes previo al cierre del estudio tarifario, mientras que OSITRAN optó por tomar un promedio

Cuadro 2.1
Cálculo del WACC después de impuestos en precedentes regulatorios recientes (USD, nominal)

Parámetro del CAPM	OSITRAN LAP (2007)	OSIPTEL TELEFONICA (2010)	SUNASS SEDAPAL (2010)
Tasa libre de riesgo	5.26%	3.25%	3.41%
Beta	1.247	1.07	0.82
Prima por riesgo de mercado	6.42%	8.02%	6.57%
Riesgo país	1.380%	2.92%	2.16%
Costo del capital patrimonial	14.65%	11.81%	10.96%
Tasa de interés de endeudamiento	6.880%	7.37%	2.81%
Tasa impositiva	25.90%	37%	33.5%
Costo de endeudamiento (después de impuestos)	5.11%	4.28%	1.87%
D/(D+E)	40.5%	25%	61%
E/(D+E)	59.5%	75%	39%
WACC (después de impuestos)	8.97%	9.49%	7.42%

Fuente: OSITRAN, OSIPTEL, SUNASS. Elaboración: propia.

histórico del rendimiento anual del activo libre de riesgo durante el periodo 1928-2007.

3.2. Estimación del costo de endeudamiento y la estructura de capital

Todos los reguladores estimaron el costo de endeudamiento con base en la deuda mantenida por la empresa en el año del cálculo. Así, el costo de endeudamiento de LAP fue estimado por OSITRAN como el promedio ponderado de las tasas de interés para los distintos tipos de deuda de largo plazo de la empresa⁷. Igual procedimiento utilizó SUNASS para la determinación del costo de endeudamiento de SEDAPAL⁸. En el caso de Telefónica del Perú, OSIPTEL utilizó la tasa de interés efectiva anual de las emisiones por oferta privada de notas de la empresa⁹.

⁷ Op.Cit. p.11

⁸ SUNASS (2010). Informe Tarifario de SEDAPAL. p. 118

⁹ Informe N° 388-GPR/2010. p. 247

¹⁰ Ver Macroconsulting (2008). Asesoramiento a LAP en la Estimación del Costo de Capital en el Marco de la Propuesta de Revisión Tarifaria por Medio del Factor de Productividad. Informe Final. Disponible en: [http://www.lap.com.pe/lap_portal/pdf/Anexo%203-Macroconsulting%20\(estimación%20costo%20del%20capital_WACC\).pdf](http://www.lap.com.pe/lap_portal/pdf/Anexo%203-Macroconsulting%20(estimación%20costo%20del%20capital_WACC).pdf)

¹¹ F. MODIGLIANI y M. MILLER. "The cost of capital, corporation finance and the theory of investments", American Economic Review, 48 (1958), 1997, p. 261.

¹² JENKINSON, 2006. Op. cit. p. 157-158

Igualmente todos los reguladores utilizaron la estructura de capital vigente en la empresa al momento del cálculo del WACC. En general, este enfoque no ha generado cuestionamientos por parte de las empresas reguladas, salvo en el caso de LAP, que cuestionó el uso de esta metodología debido a su impacto material en los resultados del factor de productividad de la empresa. En este último caso, LAP argumentó que debería emplearse una estructura de capital óptima u objetivo, toda vez que el uso de la estructura de capital vigente en cada año era altamente variable, lo que tenía un impacto material en el WACC anual de la empresa¹⁰.

Utilizar la estructura de capital vigente en las empresas, en vez de, por ejemplo, una estructura de capital óptima u objetivo, es consistente con el teorema de MODIGLIANI-MILLER que establece que, en un escenario sin impuestos a la renta, el WACC de una empresa es independiente de su estructura de capital¹¹. Algunos autores, como JENKINSON, aunque recomiendan este enfoque, llaman la atención respecto a que a la necesidad de complementarlo con reglas claras para anticipar situaciones de estrés financiero, provocadas por un incremento substantivo del endeudamiento de las empresas reguladas¹².

3.3. Estimación del premio por riesgo de mercado y del premio por riesgo país

El modelo CAPM asume que los mercados financieros de los que se extrae la información sobre betas, premio por riesgo de mercado y tasa libre de riesgo, son mercados líquidos y profundos. Así las cosas, el premio por riesgo de mercado suele estimarse como la diferencia entre el promedio histórico de un índice representativo del mercado (por ejemplo, el índice S&P 500) y el rendimiento del activo libre de riesgo.

Este supuesto contrasta con la realidad de mercados emergentes, como el Perú, cuyo mercado de capitales no tiene la profundidad y liquidez que se observa en países desarrollados. Cuando se calcula el costo de capital de un activo en un país emergente es necesario efectuar algunos ajustes al modelo CAPM para recoger el riesgo

adicional que representa para un inversionista comprometer capital en un país emergente. Este ajuste normalmente se estima a partir del cálculo del denominado premio por riesgo país.

No existe una única forma de estimar la prima por riesgo que requerirá un inversionista por invertir en un país emergente¹³. En la práctica se suele emplear como medida del riesgo país el spread entre los bonos soberanos de un país emergente (nominados en dólares) y los bonos del Tesoro de los Estados Unidos. En el caso de países latinoamericanos, es frecuente la utilización de un índice denominando EMBI+ publicado por la firma JP Morgan, que registra los spreads para varios países latinoamericanos, incluido el Perú.

En el contexto peruano, para la estimación de la prima o premio por riesgo del mercado, todos los reguladores emplearon promedios históricos de la diferencia entre el rendimiento de un índice de mercado como el S&P 500 y el rendimiento del activo libre de riesgo. Sin embargo, a pesar de utilizar la misma metodología, existen diferencias en el valor de la prima por riesgo de mercado estimada por los reguladores, que se explicaría por la elección de un horizonte temporal distinto para el cálculo del promedio histórico del rendimiento del activo libre de riesgo (ver sección 2.1).

En cuanto al cálculo del riesgo país, existe consenso entre los reguladores en el empleo del índice EMBI+ Perú, con la particularidad de que OSIPTEL efectuó un ajuste a dicho índice con el objetivo de obtener una medida del riesgo país no diversificable. El ajuste aplicado consistió en multiplicar el riesgo país calculado por el índice EMBI+ por la ratio entre las volatilidades del NYSE y la Bolsa de Valores de Lima, en aplicación de la metodología propuesta por DAMODARAN (2003).

3.4. Estimación del riesgo no-diversificable (beta)

De acuerdo con la teoría financiera, solo el riesgo no diversificable requiere un retorno adicional, que en modelo CAPM es capturado por el beta de la empresa. Este es sin embargo un parámetro

sumamente complejo de estimar para los reguladores, con consecuencias materiales sobre el retorno permitido a la empresa regulada¹⁴.

Tal como se indicó previamente, en el contexto de una empresa regulada de un país emergente, la estimación del beta se torna compleja, entre otros factores, por la elección del índice representativo del mercado. Si bien lo común en este caso es elegir un índice representativo de una bolsa mundial, esto solo tiene sentido si el inversionista tiene acceso a dichos mercados, pero no si el inversionista es solo local.

Aunque cada vez menos, en algunos países en vías de desarrollo, las economías todavía están parcial o totalmente cerradas al movimiento de capitales, por lo que los inversionistas locales no siempre tienen acceso a mercados de capitales mundiales.

Aun si se tratara de un inversionista que tiene acceso a los mercados mundiales, y en consecuencia, resulta correcto utilizar un índice representativo de mercados de países desarrollados (por ejemplo, podría tratarse del caso de un inversionista extranjero que opera en el país emergente), un problema práctico es que el beta estimado de regresiones entre un índice mundial y el retorno de una acción en el mercado emergente no son necesariamente robustos, desde un punto de vista estadístico.

Cuando no es posible estimar el beta con datos de mercado, lo que es relativamente frecuente en el caso de negocios regulados en países emergentes, se utilizan los betas de empresas comparables que sí operan en mercados de capitales líquidos.

Sin embargo, la estimación del beta a partir de empresas comparables, también acarrea complicaciones adicionales. Una primera complicación es la elección misma de empresas comparables. Aunque existen técnicas estadísticas, como el análisis de conglomerados que permiten seleccionar a las empresas más comparables sobre la base de indicadores financieros y de mercado, suele darse el caso que no existan empresas comparables o que no existan datos que permitan seleccionar a las empresas comparables, de manera adecuada¹⁵.

¹³ HARVEY, C. (2005), "12 ways to calculate the international cost of capital", National Bureau of Economic Research y A. Damodaran (2003), "Country Risk and Company Exposure: Theory and Practice", *Journal of Applied Finance* 13 (Fall 2003), pp. 65-76

¹⁴ Por ejemplo, con un premio por riesgo del mercado de 4% un incremento del beta en 0.25 cambia el costo de capital en 1%. Ver JENKINSON, 2006. Op. cit. p. 152

¹⁵ Por ejemplo, la información financiera y contable de las empresas no suele ser comparable, especialmente cuando estas operan en jurisdicciones distintas.

Asumiendo que sí es posible obtener información para empresas comparables, una segunda complicación ocurre porque los betas estimados de las empresas comparables son betas apalancados, es decir, reflejan tanto el riesgo no diversificable del negocio como el riesgo financiero relacionado con el nivel de apalancamiento de las empresas. Para obtener el beta de la empresa regulada es preciso entonces des-aplancar el beta de la muestra de las empresas comparables y posteriormente re-apalancarlos utilizando la estructura de capital de la empresa bajo análisis. Este último cálculo también introduce una complicación adicional, toda vez que requiere que el regulador decida si va utilizar la estructura de capital actual de la empresa regulada o emplear una estructura de capital distinta a la estructura de capital vigente en la empresa.

En el contexto peruano, OSIPTEL y OSITRAN han empleado empresas comparables para la determinación del beta de las empresas Telefónica y LAP.

Para el caso del cálculo del costo de capital de Telefónica, OSIPTEL utilizó una muestra de seis empresas de telefonía de los Estados Unidos. Si bien OSIPTEL indicó que la muestra de empresas presentaba características similares a Telefónica, no es claro cómo se seleccionó la muestra de empresas y en particular, porque dicha muestra solo incluye empresas de telecomunicaciones de los Estados Unidos. Tampoco se realizó un análisis de *clustering*, lo que hubiera permitido comparar variables económicas y financieras de las empresas de la muestra con Telefónica, facilitando la selección de una muestra de empresas con características más cercanas a la empresa regulada.

Una vez estimado el beta de la muestra de empresas comparables, dicho parámetro fue des-apalancado, para corregir el efecto del apalancamiento de las empresas de la muestra y posteriormente re-apalancado con la estructura de capital de Telefónica (ver sección 2.2) y la tasa impositiva vigente, obteniéndose un valor de 0.82. A este valor se le aplicó un ajuste final que consideraba tanto la relación entre la volatilidad del índice de mercado de los Estados Unidos (S&P 500) y el índice de mercado local (IGBVL), como la relación entre el premio o prima por riesgo país y la prima por riesgo de mercado, obteniéndose

un valor final del beta para Movistar de 1.07. El ajuste aplicado por OSIPTEL fue el siguiente:

$$\beta_{\text{ajustado por riesgo país}} = \beta_{\text{comparables}} + \frac{\lambda \text{PRP}}{E[r_M - r_f]} \quad (9)$$

Donde:

λ PRP es una medida del premio por riesgo país que no es diversificable y λ se obtiene de las siguiente regresión:

$$R_{IGBVL,t} = \beta_0 + \beta_1 R_{S\&P500} + \varepsilon_t$$

$$\lambda = \beta_1^2 \left(\frac{\sigma_{S\&P500}}{\sigma_{IGBVL}} \right)^2$$

Un aspecto adicional que no se consideró en la estimación del beta de Telefónica, es que el beta estimado a través empresas comparables refleja el riesgo de un negocio integrado de telefonía, no solo de la parte correspondiente a la telefonía fija. En efecto, al igual que Telefónica, las empresas de la muestra ofrecían servicios de telefonía fija alámbrica e inalámbrica, móvil, datos, internet, televisión por suscripción, etc.¹⁶. Sin embargo, las tarifas reguladas bajo análisis se determinan para un conjunto de servicios regulados que se prestan en el mercado de telefonía fija, por lo que el beta debió reflejar solo los riesgos de este negocio en particular.

Una alternativa para estimar el beta específico del negocio de telefonía fija podría haber consistido en desagregar el beta (o en su defecto el costo de capital estimado), entre sus componentes referidos a la telefonía fija y a otros negocios no regulados, de forma que refleje más específicamente los riesgos no-diversificables del negocio regulado para el cual se calculan las tarifas¹⁷.

Para el cálculo del beta de LAP, OSITRAN utilizó una muestra de seis aeropuertos (cuatro de Europa, uno de México y uno de Australia). Esta muestra incluyó aeropuertos que tienen la misma estructura de propiedad (son operados por el sector privado), están sujetos a un sistema tarifario de precios tope y mantienen información de cotizaciones bursátiles disponibles. El beta des-apalancado de la muestra de aeropuertos (0.597) fue re-apalancado considerando la estructura de capital de LAP y la tasa impositiva vigente para la fecha de cálculo, obteniéndose

¹⁶ OSIPTEL (2010). Informe N° 388-GPR/2010. pp. 235-237.

¹⁷ Ver por ejemplo el comentario del profesor Dieter Helm sobre la posibilidad de "partir" el costo de capital para cada una de las funciones que realiza una empresa regulada. Helm, Dieter (2008), "Tradeable RABs and the Split cost of capital". Disponible en: www.dieterhelm.co.uk/sites/default/files/tradeable_rabs_Jan_08.pdf

un valor de beta de 1.247. Cabe precisar que, a diferencia de OSIPTEL, OSITRAN no aplicó el ajuste indicado en la ecuación 9. En contraste con lo anterior, en el caso de la empresa de agua y saneamiento de la Lima (SEDAPAL), el beta no se estimó específicamente dentro del procedimiento de fijación tarifaria de dicha empresa, sino que este parámetro se fijó en la resolución del Consejo Directivo del ente regulador (SUNASS). El parámetro beta de SEDAPAL, en este caso, fue fijado en 0.82¹⁸.

4. Conclusiones

El cálculo del WACC es un aspecto crucial en la determinación de tarifas de empresas reguladas. La determinación de un WACC muy bajo con relación a lo esperado por las empresas reguladas puede impactar negativamente sobre la inversión, mientras que el establecimiento de un WACC elevado puede perjudicar a los consumidores o usuarios del servicio regulado toda vez que implica un incremento de las tarifas.

El WACC se calcula como el promedio del costo de capital patrimonial (COC) y el costo de endeudamiento para la empresa, siendo los ponderados determinados por la estructura de capital de la empresa.

Aunque existen distintas alternativas para el cálculo del COC, el modelo que más se emplea, tanto a nivel internacional como a nivel local, es el modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM). Otros modelos como el modelo de tres factores de Fama y French, el modelo de valorización por arbitraje (APM) y el modelo de crecimiento de dividendos (DGM), no son empleados en parte por ser intensivos en información y data financiera que no siempre se encuentra disponible. Incluso en los casos de economías emergentes, como el caso Peruano, en donde se hacen más evidentes las dificultades de estimación del modelo CAPM, se han desarrollado e implementado distintas metodologías para la aplicación del CAPM a cálculo del COC de negocios reguladas.

En la práctica regulatoria peruana reciente, es posible identificar algunas similitudes cuanto a la forma en que los reguladores calculan el WACC de las empresas que regulan.

En primer lugar, todos los reguladores estimaron el WACC después de impuestos, lo que implica que removieron el efecto del endeudamiento sobre

el pago de impuestos del cálculo del retorno esperado de la empresa.

En segundo lugar, todos los reguladores estimaron el costo de capital con base en la información de las tasas de interés del endeudamiento vigente de las empresas al momento de cálculo. Igualmente, la estructura de capital utilizada, fue la vigente al momento del cálculo, es decir no emplearon una tasa objetiva u óptima de endeudamiento.

En tercer lugar, todos los reguladores emplearon el modelo CAPM para la estimación del COC. Sobre este punto, existen coincidencias en cuanto a la elección del activo representativo de un activo libre de riesgo (bono del Tesoro Americano), el activo representativo del mercado (índice S&P 500) y la forma de cálculo de la prima por riesgo de mercado.

Para el cálculo del parámetro beta todos los reguladores debieron utilizar empresas comparables ante la imposibilidad de estimar directamente dicho parámetro con datos bursátiles de las empresas. En el caso de OSIPTEL además se aplicó un ajuste para reflejar la diferencia en las volatilidades del índice S&P 500 y el índice de la bolsa local.

Finalmente, todos los reguladores utilizaron la misma medida del riesgo país, el índice EMBI Perú, que mide la diferencia en la tasa de interés que pagan los bonos peruanos y los bonos del Tesoro Americano. En el caso de OSIPTEL además se ajustó dicho parámetro para obtener una medida del riesgo país no diversificable.

5. Anexo

Modelos de valoración de activos

A1. El modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM)

La formulación del modelo CAPM considera una economía en donde los inversionistas son todos racionales y no existen costos de transacción significativos. Específicamente, el CAPM considera los siguientes supuestos:

Los inversionistas solo están preocupados por el nivel y la incertidumbre de su riqueza futura. En el CAPM la riqueza obtenible por un inversionista esta correlacionada con la rentabilidad de la cartera del mercado, mientras que la demanda por acciones

¹⁸ Resolución del Consejo Directivo N° 033-2005-SUNASS-CD.

y otros activos riesgosos está determinada por su relación con el riesgo de la cartera del mercado¹⁹.

Ningún inversionista puede influir en el precio de los activos (es decir, que todos los inversionistas son tomadores de precios y ninguno tiene poder de mercado).

Aunque los inversionistas pueden tener distintas preferencias por riesgo, todos tienen las mismas expectativas acerca del retorno esperado y de las desviaciones estándar de los activos, que además siguen una distribución normal.

Existe un activo libre de riesgo con una tasa de retorno conocida por todos los inversionistas. Además los inversionistas pueden prestar y prestarse a la tasa libre de riesgo.

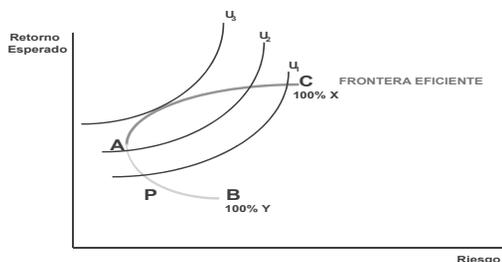
El número de activos financieros disponible es fijo y cada activo es infinitamente divisible.

Existe información perfecta en el mercado. Además, comprar y vender los activos financieros no tiene costo.

Los mercados funcionan perfectamente. No hay regulaciones, impuestos u otro tipo de limitante a las decisiones de los inversionistas.

Para derivar el precio de un activo bajo el CAPM es útil empezar considerando el caso de un portafolio que contiene solo dos activos riesgosos. Las combinaciones de proporciones distintas de estos dos activos afectan el riesgo y el retorno esperado del portafolio, lo que puede representarse en la Figura N° 1.

Figura N° 1:
Retorno y riesgo en el caso de 2 activos



En la Figura N° 1, la curva que representa combinaciones del activo X e Y tiene forma de parábola. El portafolio de menor riesgo se da en el

punto A de la Figura 1. A medida que la cantidad del activo Y se incrementa, el inversionista se mueve a lo largo del segmento AB de la curva de riesgo-rentabilidad. A medida que la cantidad del activo X se incrementa desde el punto de riesgo mínimo el inversionista se mueve a lo largo del segmento AC de la curva.

En este gráfico las curvas de pendiente positiva denominadas U1, U2 y U3 representan las curvas de indiferencia del inversionista entre combinaciones de riesgo y rentabilidad. Se denominan curvas de indiferencia porque cada curva representa combinaciones distintas de riesgo y rentabilidad que dejan indiferente al inversionista, es decir que le brindan el mismo nivel de utilidad. El inversionista obtiene mayor utilidad si logra portafolios que le otorguen menor riesgo y mayor rentabilidad. Gráficamente esto implica que, siempre que sea posible, el inversionista preferirá portafolios que estén sobre la curva U3.

Así las cosas, ningún inversionista racional mantendrá un portafolio de acciones X e Y sobre el segmento AB (como por ejemplo, el portafolio P) porque siempre será factible obtener un rendimiento mayor para el mismo nivel de riesgo en algún punto sobre el segmento AC. Sobre el segmento AC, las combinaciones de acciones X e Y involucran un entre riesgo y rentabilidad (es decir, que no se puede seguir obteniendo más rentabilidad sin exponerse más al riesgo). Por ejemplo, moverse del portafolio A, que involucra el menor riesgo hasta el portafolio C que solo contiene el activo X, implica un mayor retorno esperado, pero también un mayor riesgo. Por esta razón, el segmento AC se denomina frontera eficiente porque no es posible obtener un portafolio de acciones X e Y que ofrezca un mayor retorno esperado y un menor riesgo.

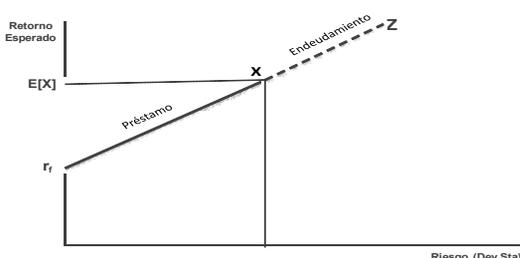
Si en vez de dos activos riesgosos, se considera que uno de los activos está libre de riesgo, las combinaciones entre el activo libre de riesgo y el otro activo con riesgo darán lugar a combinaciones de riesgo y rentabilidad que pueden ser representados como en la Figura N° 2.

Como se indicó anteriormente, un importante supuesto del modelo CAPM es que los inversionistas pueden prestarse y prestar a la tasa libre de riesgo. Cuando el inversionista presta parte de su riqueza a la tasa libre de riesgo y el resto la invierte en el activo X, la rentabilidad y el riesgo esperado

¹⁹ En el CAPM la razón de la inversión es la riqueza. Una crítica a este supuesto es que nadie invierte como un fin en sí mismo, sino como un medio para realizar consumo futuro. Breeden propone un modelo alternativo en el que el riesgo sobre la rentabilidad de la acciones está conectada con la incertidumbre del consumo. Ver D.T.Breeden (1979), An Intertemporal Asset Pricing Model with Stochastic Consumption and Investment Opportunities, Journal of Financial Economics, 7: 265-296, Septiembre.

que puede obtener se encuentra en el segmento comprendido entre una cartera que solo contiene el activo libre de riesgo (100% el activo libre de riesgo) y la cartera X (100% del activo con riesgo). Si en cambio el inversionista toma prestado a la tasa libre de riesgo, puede invertir más que su riqueza en el activo con riesgo X, obteniendo exposiciones mayores de riesgo y de rentabilidad, por ejemplo hasta el punto Z (tramo que hemos denominado endeudamiento en la Figura N° 2).

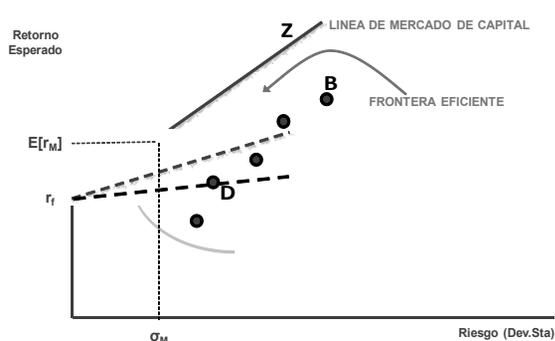
Figura N° 2:
Retorno y riesgo en el caso de un activo libre de riesgo y un activo con riesgo



Si en vez de solo dos activos con riesgo, se tiene, como ocurre en realidad, una diversidad de activos riesgosos, es posible derivar también una frontera eficiente de carteras de activos, similar a la que se estableció en la Figura N° 1. Si además introducimos el activo libre de riesgo, se obtiene una combinación de varios activos con riesgo y el activo libre de riesgo, como en la Figura N° 3.

Como en la Figura N° 1, en la Figura N° 3 el portafolio A representa la cartera de menor riesgo y el segmento AB la frontera eficiente de activos. Se ha graficado además la Línea de Mercado de Capitales, que refleja la relación entre la tasa libre de riesgo y un portafolio sobre la frontera eficiente (portafolio M).

Figura N° 3:
Retorno y riesgo en el caso de un activo libre de riesgo y varios activos con riesgo



En la Figura N° 3, nótese que el inversionista no combinará el activo libre de riesgo con una cartera como A ni como D, porque puede obtener una mayor rentabilidad esperada combinando la cartera M y el préstamo o el endeudamiento a la tasa libre de riesgo. En consecuencia, el portafolio M es muy importante. Esta cartera se determina en el punto de tangencia entre la línea de mercado de capitales y la frontera eficiente de carteras y es la que ofrece la mayor prima por riesgo esperada ($r_m - r_f$) por unidad de desviación estándar. Todos los inversionistas entonces, independientemente de su preferencia por riesgo, mantendrán combinaciones del activo libre de riesgo y la cartera M. Lo anterior significa que es posible separar el plan de acción del inversionista en dos etapas: primero, seleccionar la cartera M y segundo, combinar esta cartera con endeudamiento o préstamos a la tasa libre de riesgo para obtener una exposición al riesgo que se corresponda con las preferencias individuales de cada inversionista.²⁰ La cartera M es también denominada cartera del mercado y para efectos de estimación, tal como se verá más adelante, se asimila a un índice de mercado bursátil como el S&P500, el NYSE o el FTSE.

Tomando en cuenta lo anterior, la rentabilidad esperada de un portafolio P sobre la línea de mercado de capitales, se puede estimar con la siguiente ecuación:

$$E(R_p) = r_f + \frac{[E(R_m) - r_f]}{\sigma_M} \delta \quad (A1)$$

Donde, δ es el porcentaje de la cartera de mercado que el inversionista mantiene.

Para estimar la rentabilidad esperada de un activo en particular (no de una cartera de activos sobre la línea de mercado de capitales) se requiere conocer además como se “relaciona” el riesgo de este activo específico con la cartera de mercado M. A este riesgo se le denomina “beta” y se estima como la covarianza de la rentabilidad del activo en cuestión y la rentabilidad de la cartera de mercado M, dividido por la varianza de la rentabilidad de la cartera de mercado. El Beta es una medida del riesgo del activo que depende de su relación con los riesgos del mercado, por lo que es un riesgo que no es posible de eliminar con la diversificación de sus inversiones.

$$\beta_A = \frac{\text{cov}(R_A, R_M)}{\text{var}(R_M)} \quad (A2)$$

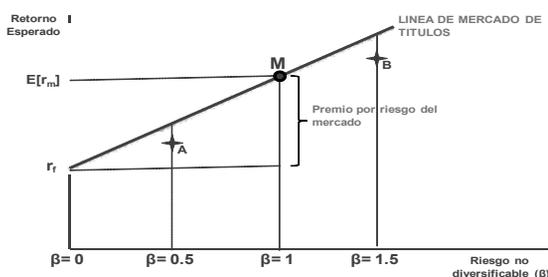
²⁰ El “teorema de la separación” fue propuesto por J.Tobin (1958), Liquidity Preference as Behavior toward Risk. Review of Economic Studies N° 25, Febrero, pp. 65-86.

La Figura 4 es la principal conclusión del modelo CAPM, representada por la Línea de Mercado de Títulos, que describe la relación entre el riesgo (medido por el beta) y los retornos esperados de un activo. En equilibrio, todos y cada una de los activos deben estar en la Línea de Mercado de Títulos y ofrecer una prima por riesgo esperada equivalente a la prima por riesgo de mercado, ajustada por el riesgo no diversificable o beta:

$$r - r_f = \beta(r_M - r_f) \quad (A3)$$

En efecto, ninguna acción puede estar bajo la Línea de Mercado de Títulos. Si hubiera un acción como A con un beta de 0.5, el inversionista podría obtener una rentabilidad mayor invirtiendo la mitad de su dinero en el activo libre de riesgo y la otra mitad en la cartera de mercado. Igualmente, si hubiera una acción como B con un beta de 1.5, podría conseguir una rentabilidad esperada mayor, endeudándose a la tasa libre de riesgo e invirtiendo en la cartera del mercado. En equilibrio entonces, los precios de estas acciones se ajustarían hasta que su rentabilidad se aliene con la Línea de Mercado de Títulos. Tampoco es posible que existan, en equilibrio, acciones que ofrezcan rentabilidades por encima de la Línea de Mercado de Títulos. Si se toman todas las acciones del mercado en conjunto se obtiene la cartera de mercado. Como en promedio las acciones están en la línea de mercado y, tal como se explicó, no puede haber acciones por debajo de la línea de mercado, entonces se concluye que tampoco pueden haber acciones encima de la línea de mercado.

Figura N° 4:
El modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM)



A2. El modelo de tres factores de Fama-French

Han sido numerosas las contrastaciones empíricas del modelo CAPM, siendo una de sus críticas

que el beta no es único factor que en la realidad explica el performance futuro de un activo²¹. Fama y French (1992) extendieron el modelo CAPM incorporando dos términos explicativos adicionales al modelo:

$$E(R_A) = r_f + \beta_M PRM + \beta_S SMB + \beta_D HML \quad (A4)$$

Donde:

- SMB ("small minus big" por sus siglas en inglés) es un factor que busca recoger el riesgo financiero asociado con el tamaño de las empresas.
- HML ("high minus low" por sus siglas en inglés) es un factor que busca medir el estrés financiero de las empresas.

Para la estimación de la variable SMB, Fama y French, distribuyen a las empresas en dos grupos:

- un primer grupo conformado por el 50% de empresas con mayor capitalización bursátil que listan en las bolsas NYSE, AMEX y NASDAQ (en adelante LMC) y;
- un segundo grupo conformado por el 50% de empresas con menor capitalización bursátil que listan en las bolsas mencionadas (en adelante SMC).

Para la estimación de la variable HML, las empresas se agrupan en tres grupos:

- un primer grupo compuesto por el 30% de las empresas que exhiben mayor valor en el índice valor en libros sobre valor de mercado o "book-to-market ratio" (en adelante, HBMC).
- un grupo intermedio compuesto por el 40% de las empresas de la muestra (en adelante MBMC) y;
- y un tercer grupo compuesto por el 30% de las empresas que exhiben un menor valor en el ratio book-to-market (LBMC).

En total se forman seis grupos de empresas y se estiman seis diferentes series de rendimientos (ver Cuadro A1).

²¹ Ver por ejemplo: E.F.Fama y J.D. MacBeth (1973), Risk, Return and Equilibrium: Empirical Test, Journal of Political Economy N° 81, pp. 607-636.
F. BLACK, M.C. JENSEN y M. SCHOLLES (1972) The Capital Asset Pricing Model: Some Empirical Tests, en M.C.Jensen (ed): Studies in the Theory of Capital Markets, Frederik A. Praeger, Inc. Nueva York
M.R. GIBBONS (1982) Multivariate Test of Financial Models, Journal of Financial Economics N° 10, Marzo, pp. 3-27.

Cuadro A1:
Agrupamiento de empresas según el modelo de tres factores de Fama-French

	Grupo del 30% de empresas con menor valor en el ratio "book-to-market" (LBMC)	Grupo del 40% de empresas con valor intermedio en el ratio "book-to-market" (MBMC)	Grupo del 30% de empresas con mayor valor en el ratio "book-to-market" (HBMC)
Grupo de empresas con menor capitalización (SMC)	X	X	X
Grupo de empresas con mayor capitalización (LMC)	X	X	X

Fuente: Giacchino y Lesser (2011), p. 241

Con estos datos, es posible obtener el retorno promedio de los tres grupos de empresas con menor capitalización y de los tres grupos de empresas con mayor capitalización y estimar la variable SMB como la diferencia entre E(SMC) y E(LMC):

$$E(SMC) = \frac{1}{2} R(SMC\&LBMC) + \frac{1}{2} R(SMC\&MBMC) + \frac{1}{2} R(SMC\&HBMC) \quad (A5)$$

$$E(LMC) = \frac{1}{2} R(LMC\&LBMC) + \frac{1}{2} R(LMC\&MBMC) + \frac{1}{2} R(LMC\&HBMC) \quad (A6)$$

Igualmente, es posible obtener el retorno promedio del grupo de empresas con menor valor en el ratio book-to-market (LBMC) y el retorno promedio del grupo de empresas con mayor valor en dicho ratio (HBMC) y estimar la variable HML como la diferencia entre E(HBMC) y E(LBMC):

$$E(LBMC) = \frac{1}{2} R(LBMC\&SMC) + \frac{1}{2} R(LBMC\&LMC) \quad (A7)$$

$$E(HBMC) = \frac{1}{2} R(HBMC\&SMC) + \frac{1}{2} R(HBMC\&LMC) \quad (A8)$$

A3. El modelo de valoración por arbitraje (arbitraje pricing model)

Otro modelo para estimar el retorno esperado de un activo es el modelo de valoración por arbitraje (APM). Mientras el CAPM es un modelo que considera un solo factor (el beta) y el modelo de Fama-French usa tres factores, el APM es un modelo multifactorial, es decir, que considera una variedad de factores de riesgo que pueden afectar el rendimiento esperado de un activo²². El APM puede representarse de la siguiente forma:

$$E(R_A) = r_f + \sum_{n=1}^N \beta_n \text{Factor}_n \quad (A8)$$

El APM puede admitir varios tipos de riesgos macroeconómicos, como riesgos inflacionarios, riesgos cambiarios e incluso factores que recogen la confianza o expectativa de los inversionistas sobre el futuro. El problema de los modelos multifactoriales es que no existe una teoría detrás de la elección de los factores que deben incluirse o no en el modelo, dejando en manos del investigador la identificación de las variables a incluir y su relación causal con el retorno esperado del activo.

A4. El modelo de crecimiento de dividendos (dividend growth model)

El modelo de crecimiento de dividendos (DGM) se basa en la premisa que el precio actual de las acciones de una empresa es igual al valor presente descontado de los flujos de caja futuros de la empresa. En su forma más simple, el DGM asume que los dividendos crecen a una misma tasa a perpetuidad y que los accionistas mantienen sus acciones por T periodos²³.

De acuerdo con este modelo, el precio actual de una acción (P₀) es igual al valor presente de los dividendos esperados. Si se asume, adicionalmente, que los dividendos son pagados de forma anual, que el activo se mantiene a perpetuidad (lo que implica que no se recibe un pago final por el activo) y que el pago de dividendos crece a una tasa constante g%, es posible establecer la siguiente ecuación:

$$P_0 = \frac{D_0(1+g)}{(1+R)} + \frac{D_0(1+g)^2}{(1+R)^2} + \dots + \frac{D_0(1+g)^T}{(1+R)^T} + \dots = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{D_0(1+g)^t}{(1+R)^t} \quad (A8)$$

²² El APM fue desarrollado por S.Ross. Ver S.Ross "The Arbitrage Theory of Capital Asset Pricing", Journal of Economic Theory 13, 1976, pp. 341-360.

²³ A este modelo se le denomina también Gordon Growth Model. Ver M.Gordon. "The Cost of Capital to a Public Utility", 1974. East Lansing: MI: Michigan State University.

La ecuación 12 puede reescribirse de forma que el precio de la acción hoy equivale al dividendo esperado el próximo año, dividido por la diferencias entre la tasa de descuento y la tasa de crecimiento de los dividendos:

$$P_0 = \frac{D_0(1+g)}{(1+r)} \frac{(1+r)}{(r-g)} = \frac{D_0(1+g)}{r-g} = \frac{D_1}{r-g} \quad (A9)$$

Se puede reordenar la ecuación anterior para obtener que el COC (la tasa de descuento) es equivalente a la ratio entre el dividendo esperado del próximo año y el precio actual de la acción, más la tasa de crecimiento de los dividendos:

$$r = \frac{D_0(1+g)}{(1+R)} + g = \frac{D_1}{P_0} + g \quad (A10)$$

Existen dos problemas de índole práctico en la estimación del COC con el DGM:

En primer lugar, se debe determinar el precio actual de la acción, el mismo que puede llegar a ser altamente volátil, reflejando otros factores distintos al riesgo del negocio. Una alternativa de solución a este problema es tomar el promedio del precio de la acción en el último mes, lo que puede ayudar a reducir la volatilidad diaria de la acción.

En segundo lugar, se debe determinar cuál es la tasa de crecimiento de los dividendos. Aunque la tasa histórica de crecimiento de dividendos puede dar alguna luz sobre la tasa de crecimiento futuro de los dividendos, esto no es necesariamente así. Una opción es inferir la tasa de crecimiento de dividendos a partir de la proyección de las ganancias de la empresa, toda vez que el pago de dividendos es, en última instancia, una función de las ganancias de la empresa a futuro. Finalmente, otro problema relacionado es que las tasas de crecimiento no suelen ser constantes en el tiempo, como asume el DGM, sino que varían periódicamente. Para este último problema se han desarrollado algunas variaciones que admiten la posibilidad de distintas tasas crecimiento de los dividendos en el DGM.

Las secciones previas han efectuado una revisión de los modelos teóricos, metodologías prácticas y fuentes disponibles para la estimación del costo de capital patrimonial o COC de un inversionista. Así, se han revisado los fundamentos del modelo de equilibrio de activos financieros (CAPM), el modelo de tres factores de Fama y French (1982), el modelo de valorización por arbitraje (APM) y el modelo de crecimiento de dividendos.

Un rasgo esencial de estos modelos es que la estimación del COC requiere la medición (directa

o indirecta) de los riesgos del negocio, porque son los riesgos los que determinan el COC que el inversionista requeriría por comprometer fondos en un determinado negocio. En particular, para el caso del CAPM, el único tipo de riesgo que determina el COC es el riesgo sistémico o no diversificable. Los modelos multifactoriales y el modelo de tres factores de Fama y French, difieren del CAPM en que admiten la posibilidad que otros riesgos o factores afecten el COC esperado del inversionista.

Los modelos alternativos al CAPM, si bien corrigen algunas de las deficiencias del modelo CAPM, contienen algunas debilidades de índole teórico y práctico. En el caso de los modelos multifactoriales por ejemplo, no existe una teoría detrás que determine el número y los factores de riesgo a incluir como determinantes del COC. Si bien el modelo de Fama-French solo propone tres factores y muestra un alto grado de ajuste, no existen fuentes de datos disponibles en el Perú para la estimación de las variables asociadas con el tamaño de las empresas (variable SMB) y con el estrés financiero de la empresas (variable HMC). Igualmente, la aplicación práctica del DGM requiere realizar supuestos o estimaciones sobre parámetros claves de dicho modelo, como la tasa de crecimiento de los dividendos o el valor actual de las acciones.

A pesar de sus limitaciones, la literatura empírica sugiere que el modelo CAPM se comporta relativamente bien, en especial cuando se aplica en el contexto y con información de países con mercados de capital maduros y líquidos. Independientemente de su comprobación empírica, en el contexto regulatorio mundial, incluyendo los casos revisado la siguiente sección referido al contexto regulatorio peruano, el modelo CAPM es que se aplica siempre para la determinación del COC.

Incluso en el caso de mercado emergentes, donde se hacen más evidentes los problemas del CAPM (no hay información disponible o no se cumplen los supuestos del modelo), se han aplicado y ensayado distintos enfoques para solucionar los problemas identificados. Por ejemplo, es frecuente el uso de distintas medidas para corregir el CAPM incluyendo una medida del riesgo país o aplicar ajustes al cálculo del COC por el tamaño de la empresa. Igualmente, cuando la empresa no cotiza en una bolsa, se han desarrollado diversas técnicas para seleccionar y estimar el beta con base a empresas o activos comparables. Sin embargo, como se indicará a continuación no existe un consenso respecto al mejor cálculo de estos ajustes al modelo CAPM, tal como ha sido evidenciado por la aplicación del

modelo en el caso de procedimientos regulatorios recientes en el Perú.

6. Bibliografía

BANZ, R. The relationship between returns and market value of common stock, *Journal of Financial Economics*, 9:3-18

BLUME, M. (1971), On the Assessment of Risk, *Journal of Finance*, 26:1-10

BREALEY, Richard A. y STEWAR C. MYERS. (1993). *Principios de Finanzas Corporativas*. McGraw-Hill, Madrid.

BREEDEN, D.T (1979). An intertemporal Asset Pricing Model with Stochastic Consumption and Investment Opportunities. *Journal of Financial Economics*, 7: 265-296

FAMA, E.F y J.D MACBETH (1973), Risk, Return and Equilibrium: Empirical Tests, *Journal of Political Economy*, 81: 607-636

FAMA, E. Y K. FRENCH, (1992). The Cross-Section of Expected Stock Returns, *Journal of Finance* 47:427-465

FAMA, E y K.FRENCH (1993). Common Risk Factors in the Returns of Stock and Bonds, *Journal of Financial Economics*, 33:3-56

FAMA, E y K.FRENCH (1993). Industry Cost of Equity, *Journal of Financial Economics*, 43:153-193

GORDON, M (1974). *The Cost of Capital to a Public Utility*, East Lansing, MI: Michigan State University Press

JENKINSON, Tim (2006). Regulation and the cost of capital. En: En: Crew, Michael y David Parker (2006), *International Handbook of Economic Regulation*, Edward Elgar, UK.

LEONARDO R. Giacchino y Jonathan A. LESSER. (2011). *Principles of Utility Corporate Finance*. Public Utilities Reports, Inc.

LINTNER, J (1965), The Valuation of Risk Assets and the Selection of Risky Investments in Stock Portfolios and Capital Budgets, *Review of Economics and Statistics*, 47: 13-37

MARKOWITZ, Harry M. (1952), Portfolio Selection, *Journal of Finance*, 7:77-91

Office of Fair Trading (2003). *Assessing Profitability in competition policy analysis*. Economic Discussion Paper 6, July. A report prepared for the Office of Fair Trading by OXERA

OSIPTEL (2010). Informe No 388-GPR/2010. Fijación del Factor de Productividad aplicable al periodo septiembre 2010 – agosto 2013

OSITRAN (2009). *Calculo del Costo Promedio Ponderado del Capital*. Apéndice 1 al informe de Regulación Tarifaria de LAP.

R. ROLL (1977), A critique of the Asset Pricing Theory's Test. Part 1: On past and potential testability of the theory. *Journal of Financial Economics*, 4: 129-176

ROSS, S.A (1976), The Arbitrage Theory of Capital Asset Pricing, *Journal of Economic Theory*, 13: 341-360

SMITHERS & Co (2003). Study into certain aspects of the cost of capital for regulated utilities in the UK. February. Disponible en www.ofwat.gov.uk

SHARPE, W.F (1964), Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risks, *Journal of Finance*, 19: 425-442

SUNASS (2010). *Estudio Tarifario*. Determinación de la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión aplicables a la SEDAPAL.

SANTIVÁÑEZ |
ABOGADOS desde 1964

Los Actos Administrativos en el régimen de las Personas Jurídicas del régimen privado

Richard Martín Tirado*

SUMILLA

El autor retorna a la doctrina y teoría administrativa, para responder la siguiente interrogante: ¿son las actuaciones o decisiones de las personas jurídicas de derecho privado, que prestan Servicios Públicos o ejercen función administrativa - en virtud de una concesión, delegación o autorización, actos administrativos- actos administrativos? Realiza un análisis a la luz de la Ley del Procedimiento Administrativo, lo cual permitirá reconocer si este régimen por extensión o ficción jurídica es aplicable a personas jurídicas de régimen privado que ejercen funciones públicas.

1. Introducción

Si hubiera que remontarse a la década de los setenta, el tema de este trabajo no estaría en discusión, dado que el Estado abarcaba casi la totalidad de los Servicios Públicos y el desarrollo de la actividad empresarial estaba íntimamente ligada a la economía nacional¹. No obstante ello, y luego del colapso económico de la década de los ochenta, se estableció principio de subsidiariedad de la iniciativa pública y la necesidad de privatizar, en un primer momento, empresas estatales y en un segundo momento, actividades económicas que no involucraban un interés público tal que justifique el desarrollo de dicha actividad por el Estado².

Estas reformas en materia económica, indudablemente afectaron la estructura del Estado peruano. La transformación de un Estado

Intervencionista a un Estado Regulador y Garantista, redujo considerablemente el tamaño del aparato estatal; sin embargo, una de las razones de considerar como “parte de la administración pública” a personas jurídicas bajo el régimen privado, para efectos de la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, fue tal como lo indica MORÓN, el interés del Estado en proteger las relaciones de dichas personas jurídicas con sus usuarios³.

En este sentido, el presente artículo busca analizar el régimen de los actos administrativos regulado en la LPAG en lo que les resulta aplicable a las Personas Jurídicas bajo el régimen privado pues, en la medida que se trata de entidades que en principio no tienen potestades administrativas, se debe analizar qué aspectos de la mencionada Ley, les son aplicables y cuáles no. Asimismo, es de

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

¹ Sobre este tema debemos entender el trasfondo histórico de la norma que estamos analizando, el cual ha sido descrito por KRESALJA y OCHOA:

(...)Para entender la constitucionalización del principio de subsidiariedad, de aplicación preferente en la mayoría de democracias capitalistas occidentales, debemos señalar que surge como una reacción a la expansión de la iniciativa pública durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), en el cual el Estado asumió una participación directa en la propiedad de sectores vinculados a la explotación de recursos naturales –petróleo, minería, pesca- industria básica – aceros, metales no ferrosos, química, fertilizantes, cemento, papel-, servicios públicos, finanzas y la comercialización de los principales productos de exportación e internamente de los productos agropecuarios. La participación de las empresas estatales llegó a superar la quinta parte del PBI en los años siguientes a 1975. El primer censo de empresas estatales realizado en 1977 reveló que existían 174 empresas. (KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 361)

² KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit., p. 362

³ Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

vital importancia determinar si estas decisiones tienen o no carácter de acto administrativo.

Por ello, será necesario definir la naturaleza jurídica de estas empresas en el ordenamiento jurídico peruano, en función de las normas aplicables en cada caso y estudiar la relevancia práctica de este análisis. A partir de ello, se podrá delimitar criterios para definir el régimen de los actos que emiten.

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, el panorama no es claro en el Perú. Los pocos pronunciamientos respecto de la aplicación de la LPAG a los actos de las personas jurídicas bajo el régimen privado son sentencias del Tribunal Constitucional en materia de acceso a la información pública; sin embargo, en un proceso de hábeas data no se puede esperar que se resuelva el problema de fondo y tampoco que se logre analizar los motivos por los cuales las disposiciones de la LPAG son aplicables, no obstante será de importancia analizar dichas sentencias con la finalidad de extraer ciertos criterios que serán de suma importancia para construir nuestro razonamiento.

2. Las entidades públicas en el ordenamiento jurídico peruano: el caso de las Empresas que prestan Servicios Públicos y las Empresas Estatales

El análisis sobre el concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano ya ha sido desarrollado en un trabajo anterior, tomando como punto de partida la organización del Estado Peruano, dentro del cual existen distintas instituciones denominadas *entidades públicas* con funciones y regímenes distintos⁴.

Existen entidades públicas, calificadas como tales por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, cuya organización, funciones y características son

detalladas independientemente de su personalidad jurídica⁵. Sin embargo, es fácil advertir que el Estado peruano no es el Poder Ejecutivo y que por ende, existen más entidades públicas, que no ostentan una Ley de creación ni funciones o características fácilmente identificables.

Una parte importante del problema, es la referida a la dispersión de regímenes de entidades públicas y a la dificultad de entender todas ellas en un solo concepto. La propia dispersión del Derecho Administrativo y la Administración Pública en el Perú agrava esta situación. Por ello, sería de gran ayuda contar con una Ley de Bases de la Administración Pública⁶ que permita identificar de manera uniforme las entidades de la Administración Pública y que a su vez, establezca un marco jurídico claro, guiado por principios del derecho administrativo.

Mientras este problema no quede resuelto, seguirán existiendo normas como la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, aprobada por Resolución N° 734-2010-PCM, que establece en el ordenamiento jurídico peruano el concepto de entidad pública⁷, lo cual no es malo; sin embargo, al ser una norma de inferior rango a la Ley, puede ser fácilmente modificada o derogada.

La mencionada Directiva, con buenas intenciones pretende uniformar el concepto de Entidad Pública en el ordenamiento jurídico peruano, para su fácil identificación y aplicación de las normas de Derecho Público correspondientes; no obstante, establece una noción incompleta que excluye a todas aquellas entidades que no tienen personalidad jurídica y que fueron previamente calificadas como tales por la Ley N° 28159, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como los programas, comisiones y proyectos.

Por tal motivo, también hemos advertido en trabajos anteriores la necesidad de incorporar

⁴ Ver: MARTIN TIRADO, Richard. Foro iberoamericano.

⁵ *Ibidem*.

⁶ MARTIN TIRADO, Richard. La Administración Pública en el Perú.

El Anteproyecto de la Ley de Bases de la Administración Pública, tal como explica su exposición de motivos, busca establecer definiciones claras sobre las principales instituciones jurídicas que forman parte de la Administración Pública. De este modo, este proyecto de Ley, en caso de aprobarse, aportaría sin duda, un marco legal a la Administración Pública, que evite la dispersión normativa y garantice con parámetros claros, quienes son y quienes no son Administración Pública.

⁷ VI. De la jerarquía normativa y la definición de entidad

La presente definición de Entidad Pública se rige con sujeción a la jerarquía y disposiciones de su marco normativo superior que se encuentra contenido en:

1. Constitución Política del Perú

2. Leyes Orgánicas

3. Otras Leyes que complementen las funciones, competencias y atribuciones de las entidades.

Se considera Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, con Personería Jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.

dos elementos adicionales al concepto de Entidad Pública, como la posibilidad de incluir a entidades sin personalidad jurídica como los programas y proyectos; así como, también una característica determinante, como es el ejercicio de funciones administrativas.

Hasta este punto, la noción puede parecer clara; no obstante, es oportuno indicar que el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG⁸ plantea el problema de considerar para efectos de la aplicación de la mencionada Ley, como entidades de la administración pública a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Este problema, se debe a la “eterna” interrelación entre el Derecho Público y el Derecho Privado por el cual, mientras uno apuesta por la huída del Derecho Administrativo, el otro se expande u ocurren ambas situaciones a la vez, lo cual hace confusas las categorías jurídicas propias de cada uno de dichos sistemas. Al respecto, LISA señala:

Tal condición se agudiza frente a la conocida y profunda interpenetración que actualmente se predica de lo público y lo privado, la que –entre otras manifestaciones- puede traducirse en un proceso de constitucionalización del derecho privado, en una huída o apostasía del derecho administrativo, en ambos fenómenos a la vez o en una expansión del derecho administrativo a sectores en los que no actúa la Administración Pública en sentido subjetivo.

Esta mudadiza condición del ordenamiento jurídico administrativo, y esta interrelación entre lo público y lo privado, naturalmente impide en muchos casos ver con claridad la naturaleza jurídica de las

*normas aplicables, la de los sujetos que actúan en función de ella, la de los bienes que se sirven, la de sus actos, la de sus contratos, etc.*⁹.

Por tal motivo, tal como indica ABRUÑA, no es ocioso preguntarse si ¿puede ser parte de la Administración Pública las personas jurídicas bajo el régimen privado?¹⁰, pues, si sabemos que las Entidades de la Administración Pública conforman la organización del Estado peruano y ejercen funciones administrativas, entonces ¿cómo es posible que una persona jurídica bajo el régimen privado ejerza tales funciones?

Si bien es cierto que la LPAG responde la interrogante, indicando que *las empresas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia*, no es menos cierto que al hablar de concesiones, delegaciones o autorizaciones necesitamos precisar lo siguiente:

2.1. Concesión

En el denominado régimen general, establecido por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, la concesión tiene una triple dimensión, donde puede entenderse como un acto, un procedimiento y contrato administrativo. En el caso materia de análisis, debe entenderse que el término concesión está referido al contrato de concesión, toda vez que el numeral 8 del artículo I de la LPAG se refiere a las personas jurídicas que prestan Servicios Públicos en virtud de concesión.

No obstante, se debe analizar si es correcto el siguiente supuesto de la norma, el cual se refiere a las personas jurídicas que ejercen función administrativa en virtud a una concesión. Al respecto, resulta oportuno preguntarnos ¿si está

⁸ Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

2. El Poder Legislativo;

3. El Poder Judicial;

4. Los Gobiernos Regionales;

5. Los Gobiernos Locales;

6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

⁹ LISA, Federico J. La presunción de legitimidad de los “actos administrativos” emanados de particulares. En: Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento oras fuentes de Derecho Administrativo. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 462.

¹⁰ ABRUÑA, Antonio. ¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? p. 131

en la calidad de concesionarios el ejercicio de poder público característico de toda entidad de la administración pública?¹¹

Evidentemente, una persona jurídica que no está contemplada en la organización del Estado, cuyas funciones no provienen de la Constitución o la Ley y que no pertenece al régimen del Derecho Público, no pueden ser consideradas como entidades de la Administración Pública.

La LPAG es clara al establecer que para sus fines, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública: (...) a las empresas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión (...); por ello, lo que la norma quiere decir es que el ejercicio de poder público no radica en la calidad de concesionario, toda vez la mencionada Ley es aplicable a empresas concesionarias por ficción y sobre todo con la finalidad de garantizar la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios.

Ahora bien, en la medida que la concesión es un título habilitante por el cual la empresa concesionaria presta un Servicio Público cuya titularidad la tenía reservada el Estado, estamos de acuerdo con ABRUÑA en aceptar que es un título razonable y adecuado¹² para hacer extensiva la aplicación de la LPAG y admitir la ficción por la cual, se considera a estas empresas como entidades de la Administración Pública.

2.2. Delegación

En el caso de la delegación, estamos aludiendo directamente al ámbito de la competencia de las entidades de la Administración Pública. La competencia es en términos sencillos un deber facultad de la autoridad administrativa, cuyas características según CASSAGNE¹³ son las siguientes:

- a) Objetiva, pues surge de una norma que determina la aptitud legal del órgano sobre la base de un principio de especialidad.
- b) Obligatoria, pues el órgano se ve obligado a actuar sobre la base de un mandato legal encomendado, salvo tenga un margen de libertad para decidir.
- c) Improrrogable, puesto que su fundamento se encuentra en el interés público.
- d) Irrenunciable, pues pertenece al órgano y no a la persona física que lo representa.

A partir de estas características de la competencia es posible en determinadas circunstancias admitir supuestos de delegación, encargo de gestión, avocación y desconcentración, supuestos que se encuentran regulados en la LPAG.

De acuerdo con el artículo 67° de la LPAG, la delegación es una facultad de las entidades de la Administración Pública, por la cual se admite delegar el ejercicio de la competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

Una de las características de la delegación es que mediante esta figura no se podría delegar atribuciones esenciales del órgano delegante, entendiendo por tales a las siguientes¹⁴:

- a) Las que justifican su existencia,
- b) Las atribuciones para emitir normas legales,
- c) Las atribuciones para resolver recursos administrativos, y
- d) Las que fueron a su vez recibidas en delegación

Asimismo, la citada norma precisa que la delegación es temporal, dado que se extingue por revocación o avocación y por el cumplimiento del plazo o la condición prevista en el acto de delegación.

¹¹ ABRUÑA, Antonio. Op cit. p. 131.

¹² Loc. cit., p. 132

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra. Tomo I, p. 272

¹⁴ Artículo 67°.- Delegación de competencia

67.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2 Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

67.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5 La delegación se extingue:

a) Por revocación o avocación.

b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación.

Tal como puede advertirse este es un caso donde lo que se delega, bajo ciertas reglas es la competencia de la autoridad administrativa a una entidad que, temporalmente, será competente para ejercer la función administrativa delegada. Por tanto, coincidimos con ABRUÑA con que esta sería una técnica válida para considerar a una persona jurídica bajo el régimen privado como entidad de la Administración Pública. Sin embargo, resulta oportuno también estudiar los demás supuestos regulados en la LPAG, donde la autoridad administrativa puede disponer de su competencia.

2.3. Avocación

Según CASSAGNE, la avocación es una técnica opuesta a la delegación que dinamiza toda organización administrativa; por tanto, tiene carácter transitorio para el conocimiento de determinadas actuaciones. En sus palabras, la avocación consiste:

En la asunción por parte del órgano superior de la competencia para conocer y decidir en un acto o asunto que correspondía a las facultades atribuidas al órgano inferior¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, la avocación de competencia está regulada en el artículo 69º de la LPAG¹⁶ como un supuesto excepcional por el cual la Ley admite que los “superiores” puedan avocarse conocimiento en razón de materia o de la particular estructura de cada entidad.

Tal como se puede advertir, este no sería un supuesto válido para que una persona jurídica del régimen público pueda asumir funciones administrativas, en la medida que se establece en nuestro ordenamiento jurídico que dicha atribución sería privativa de las entidades de la Administración

Pública, cuyas funciones, la Ley haya dispuesto que pueden ser materia de avocación.

2.4. Encargo de gestión

El encargo de gestión en nuestro ordenamiento jurídico está regulado en el artículo 71º de la LPAG¹⁷ y presupone la realización de actividades materiales, técnicas o de servicios, de competencia por parte de un órgano o entidad distinta, por razones de eficiencia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

En nuestro ordenamiento, el encargo se formaliza mediante un convenio, donde debe constar expresamente la actividad o actividades encargadas, el tiempo del encargo, la naturaleza y el alcance. Asimismo, esta modalidad no presupone transferencia de competencia, pues el órgano encargante continúa con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, por tanto debe supervisar el encargo.

Un aspecto que llama la atención de esta modalidad es que mediante Ley se podría encargar la gestión de ciertas actividades a *personas jurídicas no estatales* cuando por razones de índole técnico y presupuestado sea aconsejable. Asimismo, la norma precisa que dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

En tal sentido, este último supuesto facultaría a entidades del régimen privado el ejercicio de funciones administrativas, mediante el encargo de función, sin embargo ello debe estar previamente calificado en una Ley; por lo que resultaría controvertido admitir que el encargo de gestión haría presumir a una entidad del régimen privado como entidad de la Administración Pública.

El encargo de gestión según SANTAMARÍA PASTOR¹⁸, es una modalidad limitada de traslación

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op cit. 279

¹⁶ Artículo 69º.- Avocación de competencia

69.1 Con carácter general, la ley puede considerar casos excepcionales de avocación de conocimiento, por parte de los superiores, en razón de la materia, o de la particular estructura de cada entidad.

69.2 La entidad delegante podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda decidir a otra, en virtud de delegación.

¹⁷ Artículo 71º.- Encargo de gestión

71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, p. 427.

competencial, por la que se traslada de un órgano a otro el ejercicio de una potestad en su sentido material y no jurídico, por tanto, si consideramos este criterio en nuestro ordenamiento jurídico, el encargo de gestión no sería una figura adecuada para el ejercicio de funciones administrativas en un sentido material y jurídico; por tanto, la figura de la delegación, como se ha venido estudiando anteriormente es la técnica más adecuada para el ejercicio de potestades administrativas por parte de entidades del régimen privado.

2.5. Autorización

Según ABRUÑA, esta técnica no sería adecuada para que una entidad del régimen privado pueda ejercer funciones administrativas, puesto que en sus palabras:

Es una técnica de control en virtud de la cual se levanta a un sujeto la prohibición inicial e instrumental del ejercicio de un derecho tras verificarse que se cumplan con las condiciones legales o reglamentarias establecidas, por lo que no es una técnica adecuada para otorgar la prestación de servicios públicos o el ejercicio de función administrativa, que comportan efectos constitutivos y no meramente declarativos.

De acuerdo con lo expuesto, estamos de acuerdo que no es una técnica para el ejercicio de función administrativa, no obstante, si hablamos del Servicio Público en sentido amplio, donde podemos admitir cualquier servicio de interés general como la educación, sanidad¹⁹, entre otros, la autorización es una técnica adecuada para admitir la prestación de estos servicios.

Tal como se puede advertir, los títulos en mérito de los cuales las referidas empresas “ejercerían función administrativa”, implican a un sinnúmero de personas jurídicas bajo el régimen privado, que se verán obligadas a aplicar una Ley que en principio está dirigida a las entidades de la administración pública y a los administrados.

Por ello, el único factor que permitiría admitir considerar a las referidas empresas como Administración Pública es la necesidad de garantizar a los ciudadanos la tutela y protección de sus derechos, que inevitablemente se ven involucrados, en la medida que los títulos habilitantes en mérito de los cuales dichas empresas ejercerían “funciones públicas”, son de un alto interés público.

En el ordenamiento jurídico argentino sucede una situación similar, que es descrita por LISA del siguiente modo:

Por ende, siendo que donde hay derecho administrativo – como régimen exorbitante en su formulación actual – hay no solo “prerrogativas” administrativas sino control y garantías para los particulares destinatarios de la actividad, consideramos que la expansión del derecho administrativo a ciertas actividades de particulares se justificaría principalmente en la necesidad de exaltar los controles y las garantías de los particulares destinatarios de esa actividad²⁰.

3. Las personas jurídicas del régimen privado en la jurisprudencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

No obstante ello, a nivel jurisprudencial surgió la confusión de considerar a todo este amplio abanico de empresas como Administración Pública, dado que, contra sus actos que agoten la vía administrativa, es posible recurrir al proceso contencioso administrativo y otros procesos constitucionales como el amparo o el hábeas data.

Un caso de estos es la Casación Previsional N° 2123-2005-SAN MARTÍN, la cual establece lo siguiente:

Que, en tal virtud la demandada ha ejercido función administrativa, particularmente al ampararse en la Ley [sic.] veintiséis mil novecientos tres para realizar proceso de evaluación de personal, en tanto el supuesto de hecho de la norma se refería a la actividad pública, que la demandada efectivamente desarrolla como empresa municipal; Quinto: Que, de acuerdo con el artículo cuatro inciso seis de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro son impugnables en el proceso contencioso administrativo, las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública, de manera que en concordancia con el citado artículo primero inciso ocho del Título Preliminar de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, la vía procedimental aplicada en el presente proceso es adecuada;

La mencionada sentencia de la Corte Suprema señala que una empresa estatal forma parte de

¹⁹ ABRUÑA, Antonio. Op. cit., p. 132

²⁰ LISA, Federico. Op. cit., p. 465.

la Administración Pública y que, por ello, sus actuaciones pueden ser impugnadas a través del proceso contencioso administrativo. Esta afirmación puede llevar a confundir ciertos la verdadera intención del numeral 8 del artículo I de la LPAG.

Por tal motivo, no es correcto afirmar que las empresas estatales que presten servicios públicos o ejerzan funciones administrativas califiquen como entidades de la Administración Pública y no como privadas²¹, pues tal como indica ABRUÑA, en rigor no ejercen funciones públicas²².

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el marco de procesos de hábeas data, por vulneraciones al derecho de acceso a la información pública se ha pronunciado respecto de estas empresas indicando lo siguiente:

3. (...) las personas jurídicas privadas que brinden servicios públicos o efectúen funciones administrativas, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan, sobre sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen. Lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos, y no a otros, siendo este el ámbito de información que puede solicitarse a una persona jurídica de derecho privado²³.

Lo que hace el Tribunal es indicar, de acuerdo con el artículo 9º del Texto Único Ordenado (T.U.O) de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁴, que los aspectos que exceden a esos tres indicados no podrán ser solicitados a una persona jurídica de derecho privado.

No obstante, tal como indica ABRUÑA, contrariamente una interpretación ideal del numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG, la interpretación amplia, admite el sentido amplio del Servicio Público, que incluye cualquier servicio esencial o de interés general como los servicios educativos y de sanidad, los cuales pueden ser ejercidos mediante la técnica de la autorización.

Esta interpretación es la utilizada por el Tribunal Constitucional:

5. Respecto de la actividad realizada por la entidad demandada, cabe señalar que ésta se circunscribe al ámbito de la educación. En ese sentido, y como ya lo ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad (Expediente N° 4232-2004-AA/TC), "la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones – fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal".

Así las cosas, al considerarse a la educación como un servicio de naturaleza pública, la información que se encuentre estrechamente vinculada con el referido servicio debe ser brindada a cualquier ciudadano que así lo solicite, pues de lo contrario dichos actos se configurarían como lesivos al derecho fundamental de acceso a la información²⁵.

¿Qué se debe entender por información estrechamente vinculada? ¿Debemos entender por aquella indicada en el artículo 9º del T.U.O de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública o la sentencia está ampliando el alcance de dicha disposición legal?

En primer lugar, no podríamos hablar de tarifas propiamente dichas y menos aún del ejercicio de funciones administrativas. Asimismo, la información estrechamente vinculada al servicio de educación puede ser amplísima por tanto, es necesario un pronunciamiento que ayude a delimitar estos márgenes, pues al parecer el citado artículo 9º está dirigido a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos reconocidos por el ordenamiento.

A pesar de que el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el carácter de estas empresas, afirma que estas ejercen funciones administrativas, con lo cual estaría asumiendo, al igual que la Corte Suprema que son entidades de la administración pública, cuando ello no debería ser así.

²¹ HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto. Las personas jurídicas privadas que ejercen funciones administrativas como entidades públicas. El Proceso Contencioso Administrativo. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2444/2395>, p. 6.

²² ABRUÑA, Antonio. Op cit. p. 132.

²³ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03156-2009-HD.html>

²⁴ Artículo 9º.- Personas jurídicas sujetas al régimen privado que prestan servicios públicos Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

²⁵ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02892-2009-HD.html>

La LPAG crea una suerte de ficción jurídica para considerar a estas empresas que pertenecen al régimen privado “como” entidades de la administración pública, solo para efectos de la aplicación de la LPAG. Ello indica que no se trata de entidades de la Administración Pública, sino empresas a las que extensivamente se les aplica la mencionada Ley, en virtud de *concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia*.

Este criterio, luego de un detenido análisis puede ser claro, pero no podría comprenderse inicialmente ni considerarse como Administración Pública a empresas privadas que no lo son, tal es el caso de Instituciones Educativas, Clínicas y las demás Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

4. El régimen de los actos o decisiones emitidas por las personas jurídicas del régimen privado

Hablar de actos administrativos emitidos por personas jurídicas del régimen privado según MARIENHOFF, citado por LISA, sería un absurdo:

La posición de Marienhoff es, en este sentido, paradigmática: “Todo acto administrativo requiere, esencialmente, la intervención de la Administración pública. De ahí que no sea concebible un acto administrativo exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos nunca podrá ser acto administrativo. En el acto administrativo siempre debe estar presente la Administración pública obrando como tal²⁶.”

Para autores como BIELSA, DIEZ, MARIENHOFF, SAYAGUÉS LASO entre otros, un elemento fundamental en la definición del acto administrativo es el carácter estatal del sujeto emisor, es decir, la Administración Pública siempre debe estar presente; por lo que, no sería admisible un acto administrativo emitido por particulares²⁷.

Por otro lado, autores como GORDILLO, SANTAMARÍA PASTOR, ALTAMIRA GIGENA, entre otros, afirman que la posibilidad que privados emitan actos administrativos radica en la necesidad de *garantizar el control y los derechos de los particulares destinatarios de esos actos*²⁸.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano, habiendo definido que las entidades a las que se refiere el numeral 8 del artículo I de la LPAG **no son Administración Pública**, corresponde preguntarse si son actos administrativos los que estas emiten o qué tipo de actos son.

Esta interrogante surge a partir que la mencionada Ley les aplicable por extensión o ficción jurídica, tomando en consideración que estas entidades no ejercen potestades ni funciones administrativas dado que este es un poder privativo del Estado. Coincidimos con ABRUÑA, quien sostiene lo siguiente:

En conclusión, los concesionarios de servicios públicos, por el hecho del contrato de concesión no ejercen poder administrativo. En consecuencia aunque en ciertos casos pudieran aplicárseles las normas generales administrativas, ni son Administraciones públicas ni se constituyen como tales por el mero hecho de ocuparse de la gestión de un servicio público²⁹.

Esta afirmación genera un sustancial problema en la aplicación de la LPAG. El régimen de los actos administrativos está diseñado para entidades de la Administración Pública, de modo tal que al realizar la ficción y aplicar extensivamente la Ley se generan problemas los cuales expondremos a continuación.

4.1. En la definición del acto administrativo

En relación con la definición del acto administrativo, tal como señala la LPAG existe un gran problema, dado que es una definición clara que se puede adoptar al caso de las personas jurídicas del régimen privado

Artículo 1º. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

(...)

Nuestra LPAG establece como requisito subjetivo que sea una entidad de la Administración Pública

²⁶ LISA, Federico J. Op. cit., p. 473.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ LISA, Federico J. Op. cit., p. 474.

²⁹ ABRUÑA, Antonio. Op. cit., pp. 138-139.

la que emita el acto administrativo, pues al referirse a la categoría de *entidad*, se entiende que esta categoría comprende a las entidades administrativas propiamente dichas, lo cual excluye a las entidades del régimen privado, las cuales en principio no pueden ejercer función administrativa.

Este problema se puede verificar, cuando analizamos los demás requisitos de validez establecidos en el artículo 3° de la LPAG, que son los siguientes:

A) Competencia

Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

En derecho administrativo, la competencia es tal como precisa CASSAGNE, *la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales*³⁰.

Si hacemos extensiva la aplicación del requisito de la competencia a las personas jurídicas del régimen privado esta noción de competencia, probablemente les estaríamos exigiendo conocer quiénes son los funcionarios que dirigen dicha empresa y conocer también cuáles son sus funciones.

Ello no es posible, dado que en principio su organización empresarial, muchas veces es un valor que la empresa prefiere mantener en reserva. Por tanto, surge la pregunta ¿cómo saber si un acto emitido por una de estas empresas cumple con el requisito de validez de la competencia?

Por tal motivo, podemos corroborar que el requisito de la competencia no siempre podrá ajustarse a las exigencias de la LPAG en el caso materia de análisis; sin embargo, es preciso indicar que independientemente de la exigencia de este requisito, la competencia en términos muy generales, estaría otorgada por el propio numeral 8 del artículo I de la LPAG.

B) Objeto o contenido

Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

El objeto del acto, como requisito de validez, según MORÓN es aquello que se obtiene con la decisión adoptada, sea que se certifique o declare. Es el sentido de la materia determinada por la autoridad dentro de sus competencias³¹.

Esta noción de objeto o contenido del acto administrativo es compatible con los actos de las personas jurídicas del régimen privado, toda vez que sí se les puede exigir que sus actos expresen inequívocamente sus efectos jurídicos, que su objeto se ajuste al ordenamiento jurídico, que certifiquen o declaren una situación jurídica. Este requisito de validez, no representa mayor problema al momento de asimilarlo al régimen que estamos estudiando.

C) Finalidad pública

Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la Ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

Según CASSAGNE, la finalidad pública del acto está estrechamente relacionada con la función administrativa y el ordenamiento jurídico, sea que se trate de un acto reglado o discrecional, pues el acto administrativo siempre debe perseguir una finalidad pública³².

Este requisito de validez, tampoco puede ser extensible al caso de las personas jurídicas del régimen privado, pues solo al ser estas empresas cuya finalidad es lucrar o competir en un mercado determinado, tienen *per se* un interés privado que

³⁰ Ver: CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 2.

³¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 144.

³² CASSAGNE, Juan Carlos. Op cit, p. 216.

prevalece al interés general y es difícil intentar que protejan un interés público que no es y no debe ser de su competencia.

En este sentido, al momento de cuestionar un "acto administrativo" emitido por una de estas empresas, va ser cuestionable si la finalidad pública en mérito del cual fue emitida, es realmente una finalidad pública o una finalidad empresarial privada.

Consideramos que en este extremo el "acto administrativo" difícilmente va poder argumentar un interés público para poder ser válido conforme a LPAG.

D) Motivación

El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

La motivación, según CASSAGNE es la exigencia del ordenamiento jurídico por la protección de los derechos individuales, con la finalidad que el administrado conozca de manera efectiva y expresa las razones que justifican la emisión del referido acto³³.

Este es un requisito de validez del acto administrativo que muchas veces es ignorado por los servidores públicos, toda vez que la motivación insuficiente o parcial es un supuesto de conservación del acto que no cumple con este requisito³⁴.

No obstante, esta no debe ser la regla, por ello la exigencia de motivar adecuadamente es un límite también a la arbitrariedad de servidores encargados de aplicar esta norma. Por tanto, en el caso que estamos analizando este requisito debe ser observado antes de emitir un acto que afecte a un particular.

E) Procedimiento regular

Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

El procedimiento regular, presupone un procedimiento previamente establecido por una Ley o norma legal, lo cual tal como indica MORÓN es

un elemento medular para la generación de un acto administrativo, dado que la falta de procedimiento determina la invalidez del acto emitido en armonía con el debido procedimiento³⁵.

Este podría ser un requisito que si bien va acorde al ordenamiento jurídico en el caso de las personas jurídicas del régimen privado reguladas, como las Empresas Prestadoras de un Servicio Público, no podría ser igualmente aplicable al otro gran rubro de empresas que no están reguladas, como es el caso de las instituciones educativas y las de servicios de salud.

En el caso de los servicios públicos regulados, los organismos reguladores han emitido los denominados "Reglamentos para la atención de reclamos de usuarios" (que difieren en denominación, pero en rigor buscan la misma finalidad), los cuales establecen el procedimiento que se debe seguir ante una empresa regulada y cuándo proceden los recursos administrativos.

Por ejemplo en el caso de OSITRAN, el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, establece que en primera instancia los reclamos proceden ante la empresa concesionaria y en segunda instancia ante el Tribunal de Solución de Controversias.

Asimismo, tal como se puede observar en el siguiente flujograma³⁶, existen empresas concesionarias que publican el procedimiento que deben seguir los administrados, con la finalidad de otorgar publicidad a este tipo de procedimientos.

En este caso, no hay duda que existe un procedimiento regular, el cual es conocido por los particulares y es exigible un como un requisito de validez, sin embargo, ¿qué pasa en el otro rubro de empresas que prestan servicios públicos en sentido amplio y no es posible conocer "el procedimiento regular"?

Probablemente, salvo en los casos del procedimiento de acceso a la información pública se vulnere el debido procedimiento o este el procedimiento regular, nunca pueda ser conocido por el administrado, pues la exigencia legal de publicidad de estos procedimientos que involucran a los particulares no siempre es cumplida.

³³ Loc. cit. p. 208

³⁴ Artículo 14°.- Conservación del acto

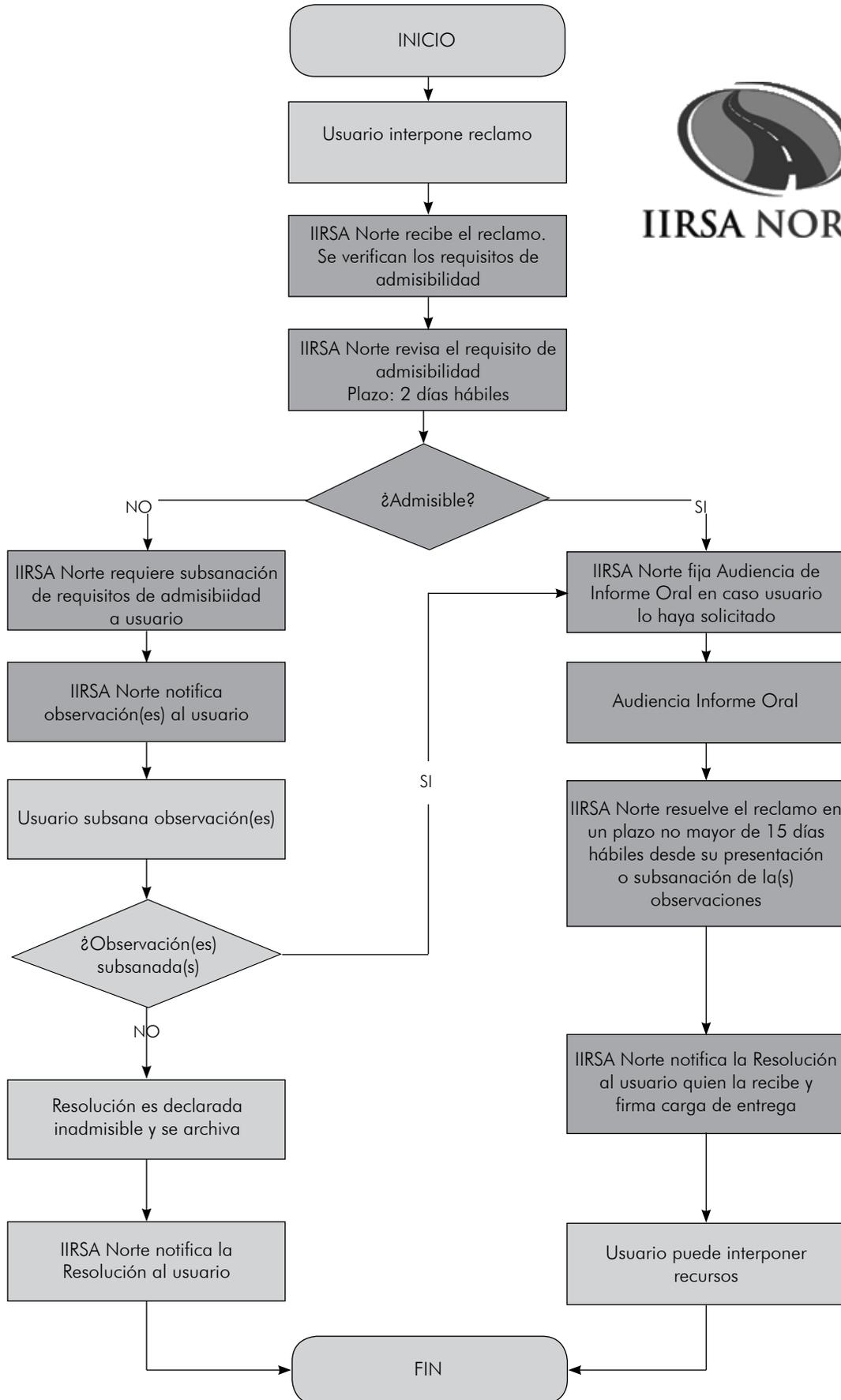
14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

³⁵ Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

³⁶ <http://es.iirsanorte.com.pe/flujograma-de-reclamos>



Ello nos lleva a la siguiente pregunta, ¿aún en el caso que se identifique un procedimiento irregular? ¿Dicha empresa tendría la facultad para declarar la nulidad de los actos que emite?

4.2. En la presunción de validez

De acuerdo con el artículo 9° de la LPAG, todo acto administrativo desde su emisión se presume válido, salvo su nulidad no sea declarada por la autoridad administrativa competente:

Artículo 9°.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

Esta presunción le otorga una legitimidad al acto administrativo que no poseen otras actuaciones de los privados. Al respecto, LISA ha señalado lo siguiente:

(...) para algunos, la presunción de legitimidad de los actos administrativos radica en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, con lo que toda ley se considera constitucional, toda sentencia se considera válida y todo acto administrativo se presume legítimo, lo que es así “porque tanto la ley, como la sentencia o el acto constituyen una expresión del poder soberano del Estado”.

En el ordenamiento jurídico argentino, según LISA, esta presunción no podría ser extensible a los actos emanados por las personas jurídicas del régimen privado y en particular por los concesionarios de servicios públicos, no podrán gozar de tal presunción, en tanto la relación que tienen con sus usuarios es básicamente una “relación de consumo”, donde la presunción siempre es a favor del consumidor³⁷.

No obstante ello, en el ordenamiento jurídico peruano, no existen normas que le otorguen esta calidad a los actos emitidos por las empresas privadas. Por tanto, la presunción de veracidad se extiende también a estos actos.

4.3. En la nulidad del acto administrativo y la nulidad de oficio

De acuerdo con el artículo 10° de la LPAG, las causales de nulidad son las siguientes:

Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Tal como se ha indicado en los párrafos anteriores, este panorama es meridianamente claro, en la medida que existen normas y reglamentos que regulan el procedimiento para que el administrado pueda pedir la declaración de nulidad de los “actos administrativos” que emitan las personas jurídicas de derecho privado. No obstante, ¿qué pasa con los procedimientos internos de estas empresas que afectan a los particulares y no hayan sido regulados?

Antes de analizar esta interrogante es preciso indicar que las causales de nulidad establecidas por la LPAG son los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para que cualquier acto alcance la categoría de acto jurídico reconocible, de modo tal que, cuando estos requisitos no concurren, la voluntad expresada resulta inválida³⁸.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico peruano se requiere de una declaración de nulidad para invalidar el acto administrativo viciado con una de las causales antes indicadas, a fin de retirar sus efectos del ordenamiento jurídico.

Por su parte, los administrados pueden pedir a la administración la revisión de sus actos a través de los recursos administrativos establecidos en la LPAG, los cuales son la reconsideración, apelación y revisión³⁹.

Ahora bien, con la finalidad de absolver la interrogante anteriormente planteada, se debe

³⁷ LISA, Federico J. Op. Cit.

³⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op cit., p. 168.

³⁹ Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

tener en consideración que, a diferencia de lo que ocurre en las entidades de la Administración Pública, las personas jurídicas del régimen público, no podrían invocar ni alegar la afectación de un interés público para declarar una nulidad, toda vez que no tienen competencia para ello.

No obstante, luego de verificar el cumplimiento de los demás requisitos de validez, el cumplimiento de Constitución, la Ley y normas reglamentarias y las demás causales de nulidad, se podría declarar la nulidad de un acto, en ejercicio de sus funciones.

Con relación a la nulidad de oficio, DANÓS señala que es la potestad revisora de los propios actos de la Administración, que constituye, a su vez, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo viciado. Es así, que según el mencionado autor, se trata de un *poder-deber* otorgado a la Administración para que adecúe sus actos al ordenamiento jurídico⁴⁰.

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0884-2004-AA/TC indicó lo siguiente:

4. Finalmente, la resolución cuestionada adolece también de falta de motivación, al no acreditar el agravio al interés público, tal como lo exige el artículo 202° numeral 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Efectivamente, "(...) no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agravar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar" (Danós Ordóñez, Jorge. "Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la nueva Ley N° 27444". En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda parte. Ara Editores. Lima, 2003, pág. 258)⁴¹.

Si bien, optamos por no atribuir potestades públicas a las personas jurídicas de derecho privado, en este caso se puede aplicar la ficción jurídica por la cual, la propia Ley establece que es aplicable a las empresas que estamos analizando. Por tal motivo, estos actos podrán ser revisados a través del proceso contencioso administrativo, una vez que hayan quedado firmes.

4.4. En la eficacia del acto administrativo

La eficacia del acto administrativo es una atribución por la cual el acto produce efectos en la esfera de los administrados desde el momento de su notificación. El artículo 16° de la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 16°.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Hasta este punto el panorama tanto para las empresas reguladas como para aquellas que no cuenta con regulación es claro. No obstante, ¿qué pasa con la ejecutoriedad establecida en el artículo 192° de la LPAG del acto administrativo?

Artículo 192°.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

La distinción entre ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, tal como apunta TIRADO BARRERA, radica en que mientras la ejecutividad es característica de todo acto administrativo, la *ejecutoriedad* alude, a una característica que solo es admisible para aquellos actos que impongan una obligación de dar, hacer o no hacer a un

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

⁴⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Nueva Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores. 2003. p. 257.

⁴¹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00884-2004-AA.html>

administrado y que, dependiendo de su contenido y la negativa del administrado, podría permitir su ejecución forzosa⁴².

Este supuesto, ni por ficción jurídica podría ser aplicable a las empresas prestadoras de Servicios Públicos, reguladas o no, dado que consiste en *una especial manifestación su eficacia, por lo cual, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aún contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin necesidad de declaración previa de los órganos jurisdiccionales*⁴³.

Esta especial manifestación del acto administrativo es manifestación de la auto tutela de la Administración Pública, que no es otra cosa que una atribución propia e indelegable de poder público. Por tal motivo, esta característica de la ejecutoriedad del acto administrativo no podría ser aplicable a los actos que emiten las empresas bajo el régimen privado.

No obstante lo indicado, existe un caso excepcional en el ordenamiento jurídico peruano. El caso de la empresa estatal SEDAPAL, que por mandato legal, tiene la facultad de cobrar coactivamente por el uso y/o extracción de agua subterránea dentro de la jurisdicción de la Provincia de Lima y Constitucional del Callao, el cual tiene vigencia desde el día de su notificación, contra el cual procede interponer Recurso de Reclamación⁴⁴.

Aparentemente, la aplicación de la LPAG no tendría mayor inconveniente en el caso que estamos estudiando; sin embargo, hemos encontrado a lo largo de este artículo, numerosas manifestaciones de poder público y potestades administrativas que no pueden ser ejercidas en igual forma por las personas jurídicas del régimen privado, por tal motivo, esta breve reflexión merece aún mayores análisis a fin de otorgar publicidad a los procedimientos que merecen ser conocidos por los particulares.

5. Conclusiones

5.1. Las entidades que forman parte de la Administración Pública no tienen un tratamiento uniforme en el ordenamiento jurídico peruano, tal es el caso de las personas jurídicas del régimen privado a las que se

refiere el numeral 8 del artículo I de la LPAG, las cuales no son propiamente entidades de la Administración Pública, puesto que no ejercen potestades administrativas y tampoco están incluidas en la organización del Estado peruano.

No obstante, les son aplicables algunas disposiciones de la LPAG realizando una ficción jurídica que las permite asimilar como tales entidades solo para efectos de las relaciones de estas empresas con los particulares.

- 5.2.** No todos los requisitos de validez son posibles de ser aplicados a las personas jurídicas del régimen privado, pues en la medida que no son Administración Pública, no pueden alegar una finalidad pública en sus actos y tampoco se puede verificar en todos los casos la existencia de un procedimiento regular, dado que los procedimientos administrativos deben estar previamente establecidos por una norma legal para poder ser exigibles a los administrados.
- 5.3.** En relación con el régimen de la nulidad en el acto administrativo, es posible afirmar que se puede aplicar la misma ficción jurídica por la cual la LPAG es aplicable a las personas jurídicas del régimen privado, toda vez que podrían evaluar de oficio la validez de sus actos, los cuales una vez declarados nulos, pueden ser controlados a través del proceso contencioso administrativo.
- 5.4.** En relación con el régimen de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo llegamos a la conclusión de que la característica de la ejecutividad puede ser argumentada con facilidad; no obstante, el carácter de la ejecutoriedad no puede ser aplicable en todos los casos, toda vez que impone obligaciones de dar, hacer o no hacer a los particulares y eventualmente puede llegar a una ejecución forzosa.

Esto se debe a la potestad de autotutela que tienen las entidades de la Administración frente a las personas jurídicas del régimen privado que no ostentan estas atribuciones, salvo en el caso de SEDAPAL, como indicamos, esta

⁴² TIRADO BARRERA, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos. En: La Ley del procedimiento administrativo general. Diez años después. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 160

⁴³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op cit., p. 550

⁴⁴ http://www.sedapal.com.pe/c/document_library/get_file?uuid=461b8cb0-ac66-4354-827f-bb874c985246&groupId=10154

Empresa Estatal por mandato legal puede cobrar coactivamente el uso de aguas subterráneas.

6. Bibliografía

ABRUÑA, Antonio. ¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? En: Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 131

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra, Tomo 2.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Nueva Ley N° 27444. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores. 2003. p. 257.

HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto. Las personas jurídicas privadas que ejercen funciones administrativas como entidades públicas. El Proceso Contencioso Administrativo. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2444/2395>

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 361

LISA, Federico J. La presunción de legitimidad de los "actos administrativos" emanados de particulares.

En: Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento oras fuentes de Derecho Administrativo. Buenos Aires: RAP, 2009, pp. 461-488.

MARTIN TIRADO, Richard. Foro iberoamericano.

MARTIN TIRADO, Richard. La Administración Pública en el Perú.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

TIRADO BARRERA, José Antonio. La ejecución forzosa de los actos administrativos. En: La Ley del procedimiento administrativo general. Diez años después. Lima: Palestra Editores, 2011, p 160

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Tomo I. 2000.

SEDAPAL. http://www.sedapal.com.pe/c/document_library/get_file?uuid=461b8cb0-ac66-4354-827f-bb874c985246&groupId=10154

7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00884-2004-AA.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03156-2009-HD.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02892-2009-HD.html>



Círculo de
Derecho
Administrativo

Oficina CDA: Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel - Lima
Teléfono: 626-2000 Anexo 5692
Dirección electrónica: <http://www.cda.org.pe>

Conceptos de la Gestión de Infraestructura: incentivos para las buenas prácticas

Carlos Giesecke Sara-Lafosse*

SUMILLA

El autor nos explica la vinculación entre la gestión de infraestructura y su impacto en el desarrollo. Se podría concluir que mientras más alejado del concepto, adecuado, de Servicio Público; así como, de la valoración de su utilidad final, la solución de Gestión de Infraestructura que se aplique será menos efectiva, e inducirá a gastos excesivos. En otras palabras, una visión inadecuada proporcionará soluciones insatisfactorias, que quedan lejos del objetivo deseado y que, muchas veces, terminan apartándose del propósito para los que se idearon.

1. Contenido visión de la gestión: una visión primaria

A la luz de la historia reciente es posible interpretar que la definición de la Gestión de Infraestructura es lograr construir tanta como sea posible dentro del periodo de gobierno. Queda implícito que esta visión se apoya en el valor social y económico que tiene la infraestructura y, por lo tanto, justifica los costos. La evaluación del proyecto lleva implícito una declaratoria de viabilidad.

¿Por qué es posible convencer a la ciudadanía sobre la utilidad del proyecto? Esta pregunta es importante pues es importante comprender que esta y otras muchas decisiones de política tienen un sustento de opinión pública. Hasta el día de hoy no he conocido gobierno que actúe a sabiendas de estar en contra de la opinión pública. Es importante la equivalencia aceptada que la construcción equivale a bienestar¹. Infraestructura es un concepto muy concreto, habla de material físico, la construcción conlleva materiales muy sólidos que se presentan como los cimientos para llevar el desarrollo económico y social del país. Se puede concluir que es necesario orientar al país hacia la construcción de infraestructura; por ejemplo, se pueden construir carreteras, puentes, redes eléctricas, redes de agua potable, redes de

desagües, hospitales, postas, estadios, canchas de fútbol, teatros, aeropuertos, etc.

En todos estos casos es posible ver las edificaciones, incrementos en la actividad económica de la construcción, impacto en el empleo. Es posible ver monumentos y monumentalidad. El indicador de éxito de la gestión se mide en valor del dinero gastado, o tamaño y cantidad de la obra pública inaugurada. Los aspectos monumentales apelan a crear una sensación de bienestar social.

Los indicadores que orientan esta fórmula de acción son todos físicos. Se conoce cuánta gente entra al recinto, cuánta distancia recorre la carretera, se sabe el tamaño, la cantidad de camas que tendrá el hospital. Se conoce la cantidad de colegios y la cantidad de postas, cuántas hectáreas se irrigarán, cuántos agricultores se beneficiarán. Es curioso que en los temas más sociales el indicador sea de población.

Se menciona cuánta gente va a tener agua, desagüe, cuántos poblados tendrán acceso a la electricidad. Todos estos indicadores se afectan por una agresiva campaña de inversión pública, tanto con inversión directa del Estado como el método de las Asociaciones Público Privadas (APP). Finalmente, un indicador muy importante es

* Asesor del Sistema Nacional de Inversión Pública. Profesor del curso de Sistemas Nacionales de Inversión Pública en la Maestría de Gestión Pública en la Universidad Nacional de Ingeniería. Ha sido miembro del directorio de SERPOST, ELECTROPERÚ y Generación Eléctrica San Gabán, y representante en varias instancias del MEF, entre las que destacan su labor como jefe del comité técnico del Fondo Ítalo Peruano y del Fondo Perú España.

¹ Algo así como "Construyamos que el bienestar llega solo".

el costo de dichas obras, que es como finalmente se les identifica el valor de las mismas. Cuesta tanto, vale tanto.

Éste es un estilo que es posible observar en todos los niveles de gobierno, el nivel nacional y en los niveles sub-nacionales. Es notable que las grandes inauguraciones se realicen al final de período. Esta visión de la gestión de infraestructura la calificaré como primaria, la cual no demanda mucho orden institucional, ni mucho cumplimiento con procedimientos. Solo demanda cuidado en el manejo del dinero y celeridad.

Finalmente, tampoco exige una institucionalidad de largo plazo, ni planificación alguna, o evaluación de resultados. Estos últimos conceptos son los que garantizan que no habrá un aprendizaje adecuado sobre las acciones tomadas y se repetirán los errores, y no se aprovecharán los éxitos, en futuras expansiones de infraestructura.

En virtud de la vinculación con el período de Gobierno que hemos hecho, podemos concluir esta parte diciendo que esta visión está fuertemente asentado en la mecánica de traslado de responsabilidades al siguiente gobierno. Es curioso, pero el impedimento de reelegirse provee la cobertura perfecta para alejarse del mal manejo de la obra inaugurada².

2. El mantenimiento, un paso evolutivo: una visión secundaria

También podríamos definir la gestión de infraestructura como aquella en la que se plantea la necesidad de mantenerla en orden operativo, en buen estado, además de, por supuesto, crearla. Esta óptica aumenta la responsabilidad, la prolonga en el tiempo. Esta visión responde a necesidades sectoriales, al tipo de servicio que se provee. Para poder cumplir con esta meta es necesario tener una institucionalidad que se encargue de manera continua y efectiva de prevenir daños, y repararlos cuando ocurren mediante un plan de acción rutinario y ocasional según requerimiento. Estas acciones deberán ser permanentes y en el largo plazo. Esta tarea demanda continuidad en el incentivo institucional y político, lo que garantizará continuidad en los fondos, y de la tarea de operación y mantenimiento.

En este caso, los indicadores serían específicos al sector, pero se puede resumir en el estado en que se encuentra la infraestructura. Por ejemplo,

kilómetros de carretera en buen estado, número de colegios en estado operativo razonable, o aquellos en situación ruinosos, por poner dos extremos de la escala. También podemos hablar del estado de las tuberías (saneamiento), canales (agricultura), horas de servicio de una posta de salud. Esta visión de la gestión de infraestructura la calificaré como secundaria.

El detalle sobre las peculiaridades sectoriales de esta visión sirve para ilustrar mejor lo que significa tener esta visión secundaria. Tomemos el caso del sector transportes. Este sector tiene a su cargo no menos del 50% de los gastos de inversión en proyectos, casi en cualquier año desde hace varias décadas. Ha recibido particular atención de los bancos multilaterales de desarrollo, así como apoyo financiero bilateral en grandes cantidades.

A comienzos de la década del 2000 era evidente para todos los profesionales técnicos de dicho ministerios, del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y de los Bancos multilaterales que era necesario ser muy insistentes con el mantenimiento, y que el modelo actual no estaba funcionando, pues nos encontrábamos ante la necesidad de rehabilitar carreteras que hace menos de una década se habían rehabilitado. Las acciones que siguieron lograron calar conciencia que había que reformar el sistema de mantenimiento en el ministerio, y que este era un gran tema. Se logró un apoyo político, por lo menos dentro del ministerio. Sin embargo, los resultados no fueron tan auspiciosos como hubiéramos deseado. Se logró incluir en los contratos de concesión el compromiso de la operación y mantenimiento. Eso fue fácil de entender, porque era una forma de exigir calidad en las obras construidas por el concesionario. Sin embargo, el aumento logrado en los peajes y las asignaciones presupuestales en mantenimiento fueron muy bajas todavía.

En el sector cultura el concepto de operación y mantenimiento es extraño, y aun los propios operadores no tienen una visión clara de cómo calcular el monto ideal. No tienen el indicador que tiene transporte (kilómetros en buen estado), por ejemplo. Esta pobreza de precisión no significa que no se haga patente la evidencia de insuficiencia. El archivo general de la Nación lleva años con un presupuesto casi de las mismas dimensiones. Por simple matemática se puede ver que algo no anda bien y las historias de la precariedad con la que opera también. Educación no maneja bien los costos operativos, sobre todo

² Las ventajas de estar alejado del poder y jugar el papel de perseguido político.

los de mantenimiento, mientras que salud tiene mayor conciencia de los mismos en su sector. Pero en todos los casos conocer no significa necesariamente haber alcanzado una solución.

3. Evolución histórica final: atención a los servicios, la visión terciaria

Adicionalmente, podemos agregar una visión complementaria cuando hablamos de los servicios. Aquellos servicios que deben proveer la infraestructura construida y mantenida, y deben brindar un servicio adecuado y oportuno. Aporta esta visión de la gestión de infraestructura un par de conceptos adicionales. Se observa la calidad y cantidad del servicio propuesto, y se observan los costos globales de estos servicios. Por ejemplo, iríamos más allá de construir la carretera, también más allá de lograr su mantenimiento adecuado; nos situaremos en la utilización de la misma, y en la provisión integral del servicio. Los indicadores medirán horas de servicio, condiciones del mismo, y costos de gestión. En este caso nos interesarían indicadores como horas de interrupción de la carretera, calidad de las señales de circulación, controles de velocidad, número de accidentes. En un colegio mediríamos calidad de la enseñanza, asistencia, aprendizaje, niños que no asisten.

En las universidades mediríamos calidad de los profesionales, calidad y velocidad con la que consiguen trabajos, innovaciones científicas o empresariales llevadas adelante. En agua potable quisiéramos medir calidad del agua en términos de limpieza y presión y horarios de servicios. Más importante, se medirá la utilización del agua limpia. A esta última la llamaré una visión de gestión de la infraestructura terciaria.

En esta última visión estaremos preguntándonos sobre la sostenibilidad de los servicios que ofrecemos, su alcance, su calidad. Estas preguntas deben encontrar respuesta en una visión de largo, mediano y corto plazo.

Como esto de los plazos suele ser confuso por que cada quien tiene una definición diferente. Las particularidades de la maduración de proyectos en cada sector podría ser una guía para definir estos plazos. En este artículo, el tema es gestión pública; por lo tanto, los plazos están más vinculados a los años de gestión pública. Es así que, corto plazo llama a resultados dentro del año siguiente, el mediano plazo será dentro de los siguientes tres años, y largo plazo seis años. Existen también el muy corto plazo cuando hablamos de meses, y el muy largo plazo cuando hablamos de décadas.

4. Casos prácticos de aplicar diferentes visiones de Gestión de Infraestructura

Ejemplos arquetípicos de una visión primaria de la infraestructura hay muchos, pero mencionaremos algunos que nos parecen ilustrativos, y de los cuales tenemos alguna información:

- a. El Estadio Nacional.
- b. La losa deportiva.
- c. Carreteras. Caso IIRSA.
- d. Carreteras regionales. Contrato Perú.
- e. Computadoras para los colegios. Caso genérico.

a) El Estadio Nacional: una visión primaria

El caso del Estadio Nacional es muy interesante. No conozco el nuevo estadio, ni tengo la experiencia de un asistente al espectáculo, ni he sido debidamente impresionado por sus estructuras, su ambiente y sus luces. Se presume que la experiencia hubiera sido muy buena, y que lo fue para quienes fueron. Todos estuvieron contentos, y no importa la tienda política, está claro que a todos gusta tener un gran Estadio Nacional. Me toca ahora plantear algunos aspectos que considero relevantes para ver si se aplicó una doctrina de gestión de infraestructura adecuada.

Cuando se entregó este estadio un detalle que fue pasado por alto fue el hecho que había dejado de ser un Estadio Olímpico, por lo menos en lo que respecta a todas las pruebas de pista. La pista atlética es ahora de seis carriles y, por lo tanto, no califica para pruebas atléticas formales. Personalmente, me apena, pues recuerdo haber acompañado a mi padre al Estadio Nacional a ver un encuentro atlético, donde los eventos de velocidad y de media distancia como los más comentados. La relevancia de este comentario apunta al propósito del estadio. Se puede presumir que hubo direccionalidad política, ya que el estadio estuvo bajo la responsabilidad del Instituto Peruano del Deporte, organismo rector de la actividad física recreativa del Perú. ¿Cuál fue el propósito público de este estadio?

Como no hubo un estudio de preinversión conocido para el estadio, no es posible conocer qué se quiso lograr cuando se planeó la reforma del Estadio Nacional. Solo queda analizar el propósito del estadio sobre la base de los resultados. Ciertamente podemos descartar que la intención haya sido mantener el estadio multipropósito.

Ahora lo podemos definir como un estadio de fútbol en cuanto a espectáculos se refiere. Especulando

un poco se puede pensar que otros deportes de cancha pueden llevarse adelante como *football* americano, *rugby* y *lacrosse*, pero ninguno de estos deportes se practica en Perú como para que hagan uso del Estadio Nacional.

Podemos también ver que los palcos funcionaron muy bien en cuanto a su venta y, por lo tanto, podemos agregar el propósito inmobiliario a la lista de objetivos del estadio. Se ha provisto de un espacio cómodo y aislado a quienes pueden pagarlo y se ha hecho algo de ingreso con estos aportes. Pero esto es confundir los medios con los fines. Veamos qué otras cosas sucedieron. Luego del cambio de gobierno se ha terminado las oficinas que operaban dentro del estadio, lo que demuestra que la operación institucional de las distintas federaciones es segundo plano dentro de los planes del estadio. Un último detalle que mencionaré es que los laureles deportivos están ahora en un segundo piso, y son ilegibles a distancia por el poco contraste en las letras. Está claro que se abandonó el reconocimiento de los individuos que le dan su dedicación con éxito internacional a las distintas disciplinas del deporte. No es más un estadio multifuncional, y no pretende serlo, pero tiene claro que es un estadio futbolero, a pesar de su llama olímpica.

Preguntémonos para quién sirve el estadio. Siendo un estadio de fútbol debiera servir para el fútbol. Sí lo sirve, pero en una proporción minoritaria al total de partidos de primera división. Se puede afirmar que sirve al 100% de las necesidades de la selección peruana, pero eso sería todo. El estadio tiene un impacto de representación, los extranjeros verán que si bien no tenemos calidad en el ejercicio del fútbol, si lo tenemos en cuanto a escenario. Esto impacta en el orgullo ciudadano. Por lo menos, de los que viven en Lima, y de los que van al estadio: una proporción muy minoritaria de la población nacional.

Podríamos proponer un beneficio importante, que esta edificación llevará a mejorar los estándares deportivos nacionales, los clubes serán mejores formadores de deportistas, se impulsará una práctica masiva del deporte y se captarán los mejores jugadores. Será un país motivado a ser mejor futbolísticamente hablando. Esta línea de pensamiento no es correcta y no tendrá impacto directo en el deporte. Podemos darnos cuenta finalmente que este estadio es una expresión política y en el mejor de los casos de negocio futbolístico. La atención al usuario asistente se concentró en el escenario y no en el espectáculo.

Finalmente, si nos preguntamos acerca del papel que cumple esta obra en el plan de desarrollo deportivo del país, nos veremos forzados a adivinar, o a proponer acciones de mitigación. No tuvo una propuesta deportiva, y ahora toca lograr que su mantenimiento y operación ocasione el mínimo daño económico por pérdidas operativas o por deterioro acelerado de las instalaciones.

Un propósito deportivo significaría que tenemos mayor cantidad de deportistas entre la población, y que tenemos mayor calidad entre ellos y entre los mejores, los seleccionados, los representativos. El deporte tiene un propósito social de primer orden al proveer al joven un medio de expresión de valor personal a una edad en la que escasean, o donde la alternativa es dedicarse a las bandas y la violencia. Esto es comprendido en todos los países donde el deporte es un tema en sí mismo de política de desarrollo e inclusión social. Este propósito no está en este estadio.

b) La losa deportiva: visión primaria

Veamos ahora la humilde losa deportiva. Antes los alcaldes construían losas deportivas con la expectativa de promover el deporte. De forma primaria, se medían el número de losas que se construían, y su sola presencia se valoraba como una contribución para sacar a los chicos de la calle. Esta losa podría estar equipada con arcos, lo cual pronto se hizo de forma usual. En forma secundaria se podría pensar en el mantenimiento de las losas, pero eso no se plantea como un dilema, pues no hay gran cosa que mantener. Pero desde el punto de vista del propósito es un verdadero desperdicio de oportunidades.

La losa deportiva también debe tener claro los propósitos deportivos. Si usamos la definición mencionada arriba de participación y difusión deportiva, tenemos una pista de lo que se trata. Para la sociedad, el ejercicio del deporte mismo es el beneficio, y la forma de hacerlo socialmente es con clubes, asociaciones, campeonatos, entrenamientos, cotizaciones, preparación, capacitación, mejoramiento, competencia.

Todas las palabras que apuntan a que una losa es un medio dentro del cual se da la expresión social de los que juegan de manera organizada, y de los que los apoyan. Jugadores novatos se lesionan, adquieren malos hábitos deportivos, carecen de oportunidades. La losa debe ser una expresión institucional para solucionar estas carencias. Sacar de la calle, de la pista, al deportista espontáneo

no es solo llevarlo a la losa, es llevarlo a la institucionalidad.

La gestión de la losa debe llevar a la gestión de los clubes, árbitros, entrenadores, médicos, cuidadores, limpiadores. Debe ser un ejercicio regular que se practique la mayor parte del año y no ocasionalmente durante tres meses al año. La losa no es tan barata como uno pensaría. Es un activo dentro de un esquema con propósitos sociales claros.

c) Carreteras: Visión secundaria

Las carreteras tienen una historia curiosa en Perú. Se puede decir que lo hemos hecho todo y seguimos innovando, a veces para bien y otras para no tanto. En una mirada primaria, las carreteras deben construirse en todas las direcciones y de todos los tamaños. Al aplicarse estas políticas de espaldas a las buenas prácticas (conocidas en el Perú) no se formula adecuadamente el análisis por tramos, ni los criterios de proporcionalidad al tamaño. Los grandes proyectos son donde abundan las prisas, escasean los análisis.

Cuando se plantearon las carreteras IIRSA³, se asumió también un pensamiento autárquico. Pensamos en vincularnos con Brasil, pero sin depender de Bolivia para ese propósito. Es por ello que se ubicó el punto más practicable de una comunicación terrestre con Brasil, y este punto era Iñapari, en el departamento de Madre de Dios. Se rechazaron los análisis de tramos y se estableció un solo estándar de construcción de carretera para toda la vía. Este proyecto, no tuvo estudio de preinversión, y estableció un método de contratación por precios unitarios. Se paga según el esfuerzo físico requerido para lograr el estándar y metas. Para contratar con estos parámetros es muy fácil, pero el resultado es conmensurablemente muy riesgoso. Se pide un origen, un destino, y luego se da una carga y más importante, una velocidad. Esto resulta en inclinaciones, curvas y anchos, que acarrearán movimientos de tierra, construcción de bases y sub bases, superficies, taludes, puentes, obras de arte de acuerdo al estándar elegido. Todos los tramos se califican de igual importancia y capacidad porque se supone que es para el tráfico de frontera a costa. Los mismos vehículos recorren toda la carretera. Además, es internacional, el estándar elevado se supone lo justificaba.

Una visión terciaria del problema habría propuesto un análisis real del tráfico por esta carretera en

las diversas dimensiones según los tramos. Desde el punto de vista local, el tráfico es mayor en las cercanías de las ciudades, desde el punto de vista regional, se evalúan un incremento de demanda por mejores condiciones de comunicación, desde el punto de vista nacional es la vinculación con Lima y los puertos de exportación el que interesaría, y, finalmente, desde el punto de vista de Brasil, la pregunta es quién realmente encontrará interesante utilizar esa carretera. Concentrémonos en esta última fuente de tráfico. El gran utilizador de esta carretera, se argumentó, serían los exportadores de soya de Brasil. Irían por tierra al puerto del océano Pacífico que les ofrezca Perú y de ahí embarcarían hacia China. Esta sola suposición sustentó una inversión de US\$890 millones de dólares. Lo interesante fue que como había poca información física sobre el terreno y el diseño que se utilizaría, se usó un seguro. Se utilizaron precios unitarios, dejándose la decisión del esfuerzo constructivo básicamente en manos del constructor. El resultado es que hicieron falta otros US\$800 millones de dólares para terminar la obra. La operación y mantenimiento está resuelta porque el contrato encarga al constructor a este trabajo. Una cantidad fija contra mantenimiento de la calidad de la carretera.

Lo que se está aplicando es un concepto secundario de la gestión de infraestructura. Se construye y se implanta un modelo para lograr mantenimiento por la vida útil de la carretera. El gran ausente de esta consideración es el usuario. No cabe duda que quien use la carretera se beneficia por las calidades técnicas de la misma. La pregunta es si se logró darle el uso de diseño físico. Volvamos a la cuestión del tráfico internacional, aquel que se generaría por la soya que Brasil exporta a China.

Prácticamente, cuando ya estaba terminada la IIRSA sur llegó la información oficial de los resultados del estudio de demanda potencial del uso de la carretera de parte de los exportadores de soya. Un dato me parece suficiente para ilustrar el error de cálculo.

El estudio demostró que, para el exportador de soya, el flete de transporte era similar a llegar con su soya a la frontera con Perú que al Puerto de Sao Paulo en Brasil. En caso de llegar a Sao Paulo, la mercadería está lista para ser embarcada rumbo a China, en el caso de llegar a Iñapari, la mercadería todavía tienen que atravesar los andes y llegar a puerto peruano, para luego embarcarse rumbo a China vía marítima. El análisis final muestra que

³ Iniciativa de Infraestructura Regional para Sur América. Acuerdo regional para promover infraestructura de integración económica regional. Es en virtud de este propósito de integración que se construyeron las carreteras.

un buque de grandes proporciones es más barato que continuar por tierra, por una buena carretera, hasta el puerto.

¿Qué importancia tiene para Brasil la transoceánica? Con una mirada al mapa de Brasil se puede ver que el acceso a mercados y productos de Perú es importante desde el punto de vista de la región más occidental de Brasil. Es difícil y costoso abastecer esta zona de logística, energía, y productos diversos que podrían provenir de Perú. Este mercado tiene otra dimensión y hubiera obligado a pensar en otra carretera, otros servicios complementarios a la región sur del país, otra aproximación al cuidado medio ambiental y de asentamiento humano. Otra gestión de la infraestructura, una gestión terciaria.

d) IIRSA Centro e IIRSA Norte: visión secundaria

Cabe hacer un comentario de cierre sobre estas carreteras para hacerse algunas preguntas sobre la forma en que Perú gestiona su infraestructura, y, por ende, su desarrollo. IIRSA Norte también fue concesionada, aunque en este caso no hubo un encargo de construcción de carreteras tan extenso como en el sur. Para empezar, la ruta estaba más definida, los tramos se ajustaron un poco más a lo que dictan la demanda, pero solo un poco más. En el tramo Tarapoto-Yurimaguas nuevamente la solución fue al menos dos veces más cara de lo necesaria. Hecha la concesión hace más de un lustro, recién en el año pasado se procedió a concesionar al puerto de Yurimaguas.

Queda pendiente conocer quien se encargará del control del tráfico por los ríos hasta llegar a Iquitos, y de ahí a la frontera. Tratándose de IIRSA, se tendrá que tomar decisiones sobre el puerto de Iquitos.

Una visión integral de desarrollo demanda una infraestructura acorde a esos objetivos. Si queremos interconectarnos con Brasil, debemos hacerlo de manera coherente y reconociendo nuestras dimensiones, y las del país en términos territoriales, económicos y demográficos. Al igual que en el sur, la interconexión con Brasil se puede mejorar, entendiendo la solución intermodal de la misma. Esto nos lleva a la conclusión que no habría otra forma de plantear que estamos haciendo infraestructura de transporte puerto del pacífico - frontera con Brasil si no miramos todos los pedazos de esta conexión. Avanzar desde Paita hasta Yurimaguas es un primer paso, pero es el paso terrestre. Sin la fase fluvial con sus puntos de embarque no hay una propuesta de transporte

integral. La otra visión que debe entenderse es que nuestra conexión no es con todo Brasil, por este extremo nuestra conexión es con Manaus, y el área de influencia de esta ciudad. Nuevamente, tenemos que tener una clara visión regional de las potencialidades de la IIRSA. Tenemos que manejar una visión terciaria de la gestión de esta infraestructura.

IIRSA Centro es un caso especial respecto de las otras dos. Esta versión de la interconexión aún no ha sido concesionada y conlleva el menor volumen de inversiones de las tres. Es más, las inversiones son puntuales y la propuesta es básicamente de mantenimiento. Esta es la única de las tres que sale directamente de la capital del Perú, y en su ruta es crucial para la actividad económica de al menos cuatro departamentos del Perú y provincias de otros dos más. Sin embargo si no hay concesión, no hay propuesta en marcha. Las velocidades medias son las más bajas entre las carreteras principales, y el costo de este mal servicio dificulta el desarrollo que necesitan estar conectados como son Huánuco, Pasco, Ucayali, Huancavelica, y por supuesto, Junín. Nuevamente, el plan de infraestructura tiene que tener una visión de demanda y servicio, no únicamente constructivo. La gestión de la infraestructura vigente en el centro es deficitario en este extremo al no poner atención en la gestión del servicio de transporte.

e) Construcción de carreteras con mantenimiento: visión secundaria

Hace unos años el Ministerio de Transporte y Comunicaciones desarrolló un interesante modelo con muchas cualidades de orden primario y secundario. Debo remarcar en este momento que estas soluciones si bien dan servicio a los usuarios, lo que se resalta es que no está orientado a este servicio el concepto de desarrollo y mantenimiento de la infraestructura.

El caso en cuestión estaba lleno de virtudes. Se proponía un contrato de mantenimiento donde se harían trabajos menores de recapeo, y luego de mantenimiento. La estrategia pedía resultados antes que ofrecer indicaciones técnicas detalladas con respecto al acabado de la carretera. Algunas de las cualidades de este modelo eran acciones inmediatas de transitabilidad. De esta forma, el servicio se provee al más corto plazo. Luego, se efectúa el plan de mantenimiento, o rehabilitaciones menores, a un nivel tal que el propio ministerio calificaba como actividad, y no como proyecto. De esta manera, las intervenciones iniciales de transitabilidad lograban un nivel de

durabilidad mayor. Finalmente, tenía la virtud que el contratista se convertía en un concesionario, ya que daba mantenimiento de la carretera durante los siguientes cinco años. De esta manera, se evitaba el deterioro acelerado de la carretera y se le hacía responsable de la calidad de su propio trabajo de mantenimiento.

Estas virtudes estaban contrabalanceadas por algunos defectos de forma y de fondo. De forma, porque en realidad estas intervenciones eran en efecto inversiones y no recibían el adecuado análisis de costo beneficio. En segundo término, teníamos una concesión, pero vía un contrato de mantenimiento mediante el cual se pagaba el servicio de disponibilidad de carretera. Esta solución dissociaba el esfuerzo económico, el mantenimiento, del beneficio económico, los usuarios de las carreteras. Podrían pasar muchos autos o pocos autos, se pagaba por el estado de la carretera. No cuesta trabajo imaginarse que el riesgo de que pasasen muchos autos y trajese como consecuencia un desgaste mayor de la carretera, y por ende, un gasto mayor de mantenimiento lo correría el contratista. Esto quiere decir que tenían que tener una garantía contra este evento y lo lograban con un mayor cobro por el mantenimiento.

El último punto problemático es que, al ser consideradas de gasto corriente, estas intervenciones no podían ser mayores, no cambiaban geometrías, no intervenían pesadamente en control de taludes, reforzamientos fuertes de puentes o reconstrucciones de los mismos, ampliaciones donde fuera necesario. No tenían un estudio de factibilidad, o no hacían uso del mismo. Se perdía así la oportunidad de mejorar sustancialmente la carretera que lo necesitase. El último tema a mencionar, es que si bien cinco años de mantenimiento está bien, mejor son veinte años. Pero este horizonte estaba más allá del modelo.

Una gestión de infraestructura terciaria plantea que se realicen concesiones propiamente, tales como de inversión y mantenimiento, y que ambas estén vinculadas a la demanda que atienden. Por ejemplo, al concesionario se le debe pagar en función al tránsito de la carretera. El Estado paga y se sincera el peaje, un peaje en la sombra. El plazo de la concesión podrá ser de muchos más años con obligaciones de reinversión en función de necesidades y características del tráfico.

f) Computadoras en los colegios: visión primaria

Este caso consistía en llevar computadoras a manos de los niños en escuelas públicas. Un producto atractivo, conectado a internet, que daría las funciones básicas para la aproximación a la tecnología. Me hace recordar mucho al caso de los legos que promovían para que el Ministerio de Educación los colocase en todos los colegios por ser instrumentos de enseñanza eficientes y motivan al estudiante. Un consultor colombiano llegó a explicar que en realidad no era importante el maestro, sino los materiales con los que se dote al educando⁴. Así que tenemos sustentando el producto y el proyecto es “evidentemente” de alto rendimiento escolar.

Al adolecer de la visión de operación y mantenimiento, el proyecto no proveyó de tutorías, apoyo técnico ni seguridad para las máquinas. Tampoco de una batería de capacitación para que el profesor pudiera orientar al mejor aprovechamiento del instrumento de aprendizaje. Cuando se reparten miles de computadoras, ocurren miles de historias, donde no faltarán las de éxito y las que más suenan son las del fracaso. Lo cierto es que por muy evidente que parezca un concepto, es importante no abandonar nunca su verificación y evaluación posterior. El tema del aprendizaje quedó de lado en el proyecto y mi impresión es que será tenue el efecto que tengan estas máquinas.

g) Caminos rurales: visión terciaria

Me parece justo mencionar que en el Perú si bien han ocurrido proyectos con visión de servicio, podría haber escogido también el proyecto de irrigación en la costa que también tiene muchas características terciarias.

Los caminos rurales a los que me refiero son los que se desarrollaron con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del Banco Mundial en la década de los noventa, y continuó hasta la primera mitad de la década de los 2000. Este proyecto vinculaba al Gobierno Nacional directamente con el Gobierno Local. Cuando se diseñó no existían los Gobiernos Regionales.

La metodología de intervención consistía en una primera etapa de consulta previa con la población, con los distritos que estarían involucrados. Con ellos se trabajaban y acordaban los siguientes temas:

⁴ Parafraseando: “Dele los materiales, la enseñanza viene sola.”

- a) La ruta que tendrían los caminos rurales. El equipo de Lima participaba para asegurarse que el diseño tuviera ciertas eficiencias y no olvidase de tener conexión con camino nacional.
- b) Los municipios se comprometían a cofinanciar el mantenimiento rutinario. Esto es importante, pues es más barato mantener un camino afirmado que uno asfaltado, si el tráfico es de baja densidad.
- c) El Gobierno Nacional se comprometía a rehabilitar los caminos y a aportar el mantenimiento de recapeo cada cuatro años y de base y sub-base cada diez ó doce años.

Para el mantenimiento rutinario la población recibió asistencia técnica para formalizarse en empresas y poder concursar. El Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones lideró la modificación de la Ley del FONCOMÚN para permitir aportes suficientes para el mantenimiento de los caminos, y para que el municipio pudiera seleccionar sin concurso al proveedor del servicio de mantenimiento.

El detalle de calidad del servicio y de la estructura compatible está en que no se hizo un solo kilómetro de camino asfaltado porque el afirmado era suficiente para las lluvias, porque no había tráfico que justificase el gasto adicional. El diseño de origen se hacía pensando en el uso del camino, de los beneficios a los pobladores y del impacto en su calidad de vida y costos de transportes.

5. Hacia una visión planificada y más eficiente de la gestión de infraestructura

Los análisis expuestos y los casos mencionados señalan la gravedad del problema y el punto en que nos encontramos ahora. Con los mejores instrumentos, con una visión terciaria, tenemos básicamente dos áreas de deficiencias: orientación de prioridades, eficiencia de procesos.

Las prioridades no son un paquete de opciones de conciencia, únicamente. Es el resultado de un conocimiento de la realidad nacional que se plasma en un plan donde se manifiestan los objetivos. Se costean las alternativas según los propósitos, y se establece el balance, la mezcla con la que se orientará el accionar. Luego, viene la vinculación con la gestión. Las instituciones debieran tomar las orientaciones, más allá de los principios, integrando propósitos claros que les atañen y coordinar su accionar para atender su área de responsabilidad. Concretamente hablando, se puede hablar de los principios de inclusión y de alivio a la pobreza, y de promoción de la actividad económica. Estos

principios tienen que traducirse en metas sectoriales que concordadas, y, finalmente, en medición de resultados y aprendizaje permanente.

¿Qué impacto tiene esta aproximación en la gestión de proyectos de infraestructura? ¿Qué más hacer además de construir, operar y mantener, y procurar servicios de calidad? Lo que se propone es acompañar la visión estratégica y plantear un orden según propósitos mayores. Por ejemplo: además de construir la carretera, de darle operación y mantenimiento adecuado, de haberlo calzado con la demanda en la ruta, falta saber cuál es el esquema de red de carreteras que se ha estructurado, y cuáles son las prioridades ahí manifestadas.

Mirando dentro de los confines de los proyectos es poco lo que se puede hacer en planificación, aunque es mucho el impacto que acarrea. Para terminar de darle integridad, para terminar de ordenar todos los elementos y lograr el mayor impacto en crecimiento (eficiencia privada y pública, ampliación de mercados), en inclusión (territorio y población), sostenibilidad (ambiente e innovación) es necesario manejar criterios. Primero, se debe tener un mensaje claro de prioridades con los cuales se establece metas a lograrse dentro de los siguientes años. Esas metas se logran con eficiencias en la conducción de los servicios y eficiencias en las ampliaciones de cobertura y calidad. Estas eficiencias luego llaman a intervenciones en la ampliación de la dotación de servicios a disposición de la población. Estamos hablando de una matriz de programación multianual de proyectos. Esta matriz deberá contener, como primer término, las metas programadas, luego las actividades de eficiencia y mejoramiento, luego las inversiones.

Una matriz de programación multianual no es suficiente en sí misma. Es un mero instrumento para ordenar la secuenciación de la preparación y ejecución de proyectos, y sus respectivos fondos y organizaciones de operación y mantenimiento. La matriz debe ser un reflejo de las metas combinadas que darán el logro, el impacto. Esa mejor educación, ese mejor servicio de salud, esa mejor capacidad productiva, ese soporte empresarial, ese acceso a la innovación que se ha identificado como deseable obtener.

Una matriz puede, además, ser un vehículo para acentuar una visión territorial, una matriz que presenta soluciones eficientes de intervención sectorial en un territorio, pero que, a su vez, incorpora otros sectores para lograr una

intervención simultánea y lograr impactos reales en las posibilidades sociales y económicas de la población servida.

Alrededor del concepto de mediano plazo donde la previsión es posible, se establecen novedosos sistemas de intervención donde la colaboración de partes encuentre expresión. Donde participen ciudadanos con su compromiso de pago de sus servicios (aunque sea parcial), los municipios y Gobiernos Regionales y el Gobierno Nacional aportando fondos y concordando propósitos y metas. También hay espacio para el sector privado para lograr capacidades, creatividad y eficiencia en lograr los estudios, ejecución y operación de los servicios generados por las inversiones.

El programa de inversiones ya no debe operar únicamente dentro del espacio de proyecto, el programa así tendrá una dimensión más amplia, podrá ser multisectorial y podrá incluir todas las actividades conexas que se encuentren necesarias.

6. En resumen

La gestión de infraestructura tiene que partir de una visión global de los servicios de infraestructura que se van a ofrecer, dónde hacen falta y con qué propósito. Un plan de impacto en la población,

urbana y rural, tiene que tener una dimensión territorial y sectorial. El marco de acción y el análisis de causalidad del proyecto y sus propósitos deben quedar establecidos a nivel del programa de inversiones, donde lo que rige es el programa de metas a atender. Luego, el análisis de proyecto complementa mediante las mediciones específicas finales. Todo orientado al cómo hacer, dentro del marco del porqué hacer.

Hemos visto las limitaciones de las visiones primarias, secundarias y terciarias de la gestión de infraestructura, pero debemos reconocer los aportes que cada una de ellas hace. La gestión primaria aporta la focalización del accionar hacia la provisión del bien, la segunda la participación del sector privado para lograr lo que sigue resultando difícil en la Administración Pública, gestión operativa y de mantenimiento. La tercera aporta una visión más focalizada al objetivo. El propósito de la inversión, el incremental que se quiere lograr en servicio o capacidades humanas.

Finalmente, cerramos con una visión de objetivos que se construye enlazando propósitos territorial y de planificación para dar un orden en las prioridades. A pesar de los ejemplos, estos temas se han presentado esquemáticamente con el propósito de cubrir todos los puntos.



Av. Juan de Aliaga N° 265 – Magdalena del Mar.
Teléfonos: 264-1805/620-4716

Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú

Sergio Bravo Orellana*

SUMILLA

En el siguiente artículo, el autor desarrolla ampliamente los aspectos más relevantes de las asociaciones público privadas. Es así que, empieza describiendo el contexto nacional en el cual hubo necesidad de su aparición y cómo fueron los inicios de aquella figura administrativa, partiendo del concepto de concesión. De este modo, una vez que desarrolla aquel marco conceptual previo, esboza una definición de Asociación Público Privada, a la vez que desarrolla su operatividad y describe, entre otros tópicos, los sujetos que participan de ella.

Al finalizar la década de los ochenta, el Perú presentaba serios déficits en cuanto a inversión en servicios esenciales, así como en infraestructura. Paralelamente, las empresas públicas entraron en crisis financieras; además, la prestación de servicios por parte de éstas se hizo cada vez más ineficiente, desencadenándose problemas presupuestarios en el Estado y la consiguiente hiperinflación.

En 1991, el Gobierno peruano decidió realizar un cambio drástico e inició una reforma general que incluía medidas para mitigar la hiperinflación y reducir la intervención estatal en la economía, teniendo como nuevo norte el fomento de la participación del sector privado en actividades que tradicionalmente eran abarcadas de manera exclusiva por el Estado. Para que esto sea viable, se comenzó por cambiar el marco normativo del país, lo que empezó con la promulgación de una nueva Constitución Política y, posteriormente, la promulgación de una serie de normas de inferior rango que posibilitaban el cambio de paradigma. De este modo, el Estado peruano realizó un conjunto de reformas orientadas al fomento de la inversión privada en diversos ámbitos en los que anteriormente operaba de manera directa y exclusiva, las cuales tienen como punto de partida lo regulado en el artículo 58° de la

Constitución Política del Perú, que a la letra señala lo siguiente:

“Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Como podemos observar, la Constitución instituyó la libertad de la iniciativa privada, y definió el nuevo rol y funciones del Estado, enmarcándolos dentro de una economía social de mercado, limitándolo desde ese momento a realizar actividades de fomento.

En este sentido, el Estado marcó las pautas para hacer de la actividad privada uno de los ejes del desarrollo nacional a través de políticas económicas plasmadas en normas marco para el crecimiento de la inversión privada y de fomento de la inversión extranjera.

En este contexto, se procedió a privatizar algunas de las más importantes empresas estatales, encargadas de la prestación de Servicios Públicos, con lo cual se buscó garantizar el adecuado acceso de la población a dichos servicios, tanto en

* Profesor del área de Finanzas, Economía y Contabilidad de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados, ESAN, Magíster en Administración de ESAN, con especialización en Finanzas en la University of California at Los Angeles, UCLA. Actualmente, se desempeña como Presidente del Comité en Activos, Proyectos y Empresas del Estado de PROINVERSION, Presidente del Comité de Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos de PROINVERSION. Director de la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN, Director de la Maestría en Finanzas de ESAN, Director del Instituto de Regulación y Finanzas.

niveles de calidad como de cantidad. Asimismo, se empezó a entregar en concesión a los privados la realización de obras públicas de infraestructura (básicamente vial), las que tradicionalmente eran realizadas por el Estado.

En ese sentido, el marco normativo básico que permite la realización de privatizaciones y concesiones al sector privado es el siguiente:

Dispositivo legal	Descripción	Fecha de publicación
Decreto Legislativo N° 662	Aprueban Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera.	2 de setiembre de 1991.
Decreto Legislativo N° 674	Aprueban la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado.	27 de setiembre de 1991.
Decreto Legislativo N° 757	Aprueban Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.	13 de noviembre de 1991.
Decreto Legislativo N° 758	Dictan Normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos.	13 de noviembre de 1991.
Decreto Legislativo N° 839	Aprueban Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.	20 de agosto de 1996.
Decreto Supremo N° 059-96-PCM	Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.	27 de diciembre de 1996.
Decreto Supremo N° 060-96-PCM	Reglamento del T.U.O de las normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.	28 de diciembre de 1996.

Con este cambio de paradigma, el Estado pasó a eliminar los privilegios de los monopolios estatales, eliminó las barreras que existían para el comercio exterior y estableció un tratamiento no discriminatorio para la inversión extranjera.

Centrándonos en el tema que suscita nuestra atención, se debe mencionar que, si bien el balance de la experiencia del proceso de privatización de empresas de propiedad del Estado y de otorgamiento de concesiones sobre bienes públicos y servicios públicos ha sido en líneas generales positivo, aún subsiste en nuestro país un déficit en inversión en Servicios Públicos e Infraestructura, ya que los recursos con los que cuenta el Estado resultan todavía escasos y limitados; por ello, resultaba necesario contar con un mecanismo adicional que permita atraer mayor inversión privada. Es así como surge la idea de implementar una figura novedosa que surgió en Inglaterra en la década de los noventa, como alternativa a los modelos tradicionales, y constituye un nuevo concepto para entender las relaciones entre el Estado y los particulares en la inversión en Infraestructura y Servicios Públicos, nos referimos a la "Participación Público Privada" o, como las conocemos en nuestro país, las "Asociaciones Público Privadas".

Como se mencionó, la Asociación Público Privada, en adelante, APP, surge como una alternativa al modelo tradicional de la concesión administrativa. Para entender las particularidades de las APPs, debemos primero repasar la figura de la concesión. De esta manera, resulta pertinente observar lo regulado por el artículo 3° del Reglamento del Decreto Supremo N° 059-96-PCM (aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM), que nos da un primer alcance de lo que se entiende por concesión administrativa:

"Artículo 3°.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI¹, por un plazo establecido".

La concesión de infraestructura o servicios públicos se caracteriza porque un particular financia a su cuenta y riesgo la construcción de la infraestructura o la prestación del Servicio Público, recibiendo la recuperación de su inversión vía tarifas o vía un cofinanciamiento del Estado. Por otro lado, se dice que las APP's se originan ante la necesidad de

¹ Actualmente, PROINVERSIÓN.

complementar a la figura clásica de la concesión, surgiendo como una alternativa novedosa que implica un nuevo esquema a aplicarse en las relaciones entre el Estado y los particulares en la inversión en Infraestructura y Servicios Públicos. De otra parte, se dice que las APP's se dan sobre los proyectos que el Estado no puede o prefiere no financiar en su totalidad.

Según la doctrina, esta alternativa se caracteriza principalmente por los lazos de cooperación entre el sector público y privado, y porque los riesgos deben ser asignados a aquella parte que pueda: i) preverlo a un costo menor (*cheap risk avoider*), y ii) asumirlo a un menor costo posible (*cheap cost avoider*); teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.

En el Perú, las APP's son reguladas actualmente por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-2008-EF. El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1012 define a las APP's de la siguiente manera:

“Artículo 3°.- Definición de Asociación Público-Privada (APP)

Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, se encuentran comprendidas dentro de las modalidades de APP's todos aquellos contratos suscritos entre alguna de las entidades públicas del Estado y uno o más inversionistas privados, en los que se propicia la participación activa del sector privado, entre ellos los contratos de concesión.

Asimismo, las APPs deberán observar los siguientes principios, recogidos en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1012: i) valor por dinero; ii) transparencia, iii) competencia; iv) responsabilidad presupuestal; y v) asignación adecuada de riesgos.

También, es importante considerar que un proyecto de inversión no podrá ser ejecutado mediante una APP cuando su único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas.

Las APP's, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, pueden clasificarse de la siguiente manera:

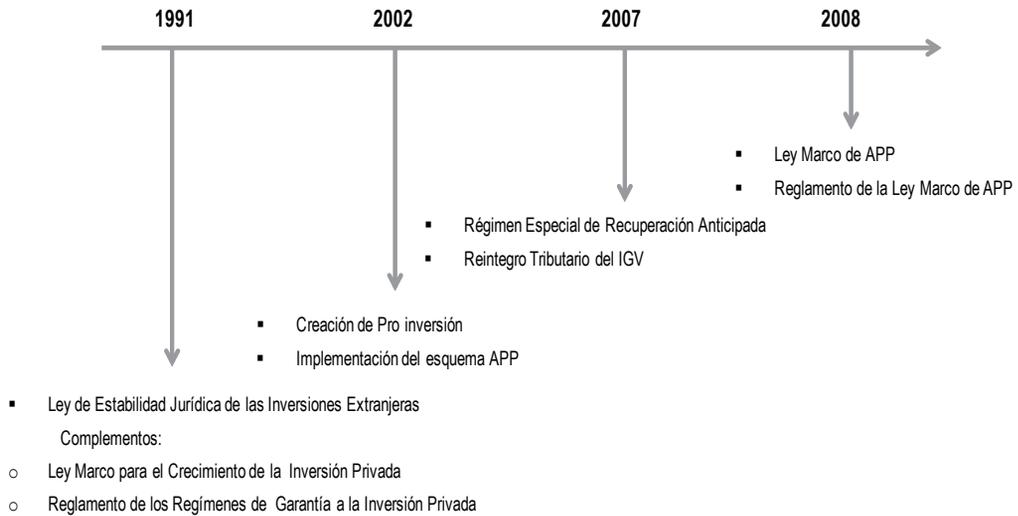
Autosostenible: No requiere de financiamiento por parte del Estado, tampoco garantías financieras del Estado que superen el 5% de la inversión. Si en un caso, se requiera garantías no financieras deberán tener una probabilidad menor al 10% de ser ejecutadas durante los cinco primeros años de operación del proyecto para ser considerado como Autosostenible.

Cofinanciada: Requiere cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras. Los proyectos deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y sus modificatorias y normas complementarias. Asimismo, no se considera cofinanciamiento la cesión en uso, en usufructo, o bajo cualquier figura similar, de infraestructura o inmuebles pre existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto.

Por otro lado, la estructuración de los contratos APPs en el Perú se basa en la asignación de riesgos de demanda, puesto que ello determinará el esquema de financiamiento de los proyectos. En ese sentido, si el Estado es el que absorbe el riesgo de la demanda del servicio – caso carreteras – entonces le deberá reconocer a los operadores privados el costo de la inversión y los costos de operación y mantenimiento. Los déficits y excedentes de demanda corresponden al Estado; se trataría de una estructuración bajo un modelo de costos. De lo contrario, si el operador absorbe el riesgo de la demanda, (caso aeropuertos) asume el riesgo que esta sea inferior a lo esperado, en compensación ante las posibles pérdidas deberá tener el derecho de obtener las ganancias de los momentos en que la demanda supere lo esperado. La estructuración del contrato sería bajo un modelo de demanda.

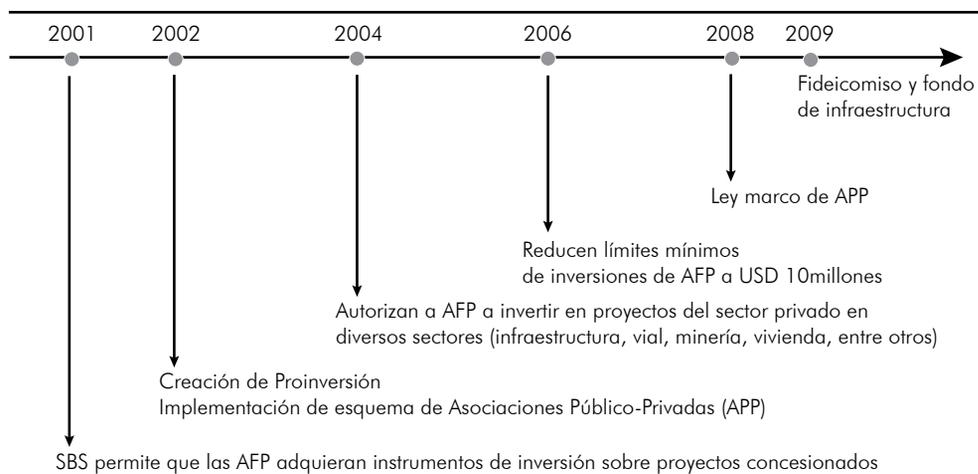
En la práctica, en nuestro país se han desarrollado diversos proyectos según estos esquemas, entre ellos como bien se puede observar en el cuadro, corresponden al sector transporte y salud.

**Gráfico N° 1:
Proyectos APP: Esquema legal**



Fuente: BBVA Research

**Gráfico N° 2:
Proyectos APP: Cambios regulatorios**



Fuente: BBVA Research

CONTRATOS DE CONCESION	NATURALEZA ECONÓMICA	SECTOR ECONÓMICO
Red Vial N° 5 y 6	Modelo de Costos	Transporte
IIRSA Sur	Modelo de Costos	Transporte
IIRSA Norte	Modelo de Costos	Transporte
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	Modelo de Demanda	Transporte
Terminal Portuario Muelle Sur	Modelo de Demanda	Transporte
Hospitales ESSALUD	Modelo de Costos	Salud

Uno de los proyectos más importantes por la longitud y magnitud de los montos comprometidos, además del nivel de conexión entre zonas geográficas, concesionados en el Perú han sido la carretera IIRSA Norte y la carretera IIRSA Sur. Dichas concesiones se ejecutaron sujetas al marco de APPs de Infraestructura donde el Estado peruano concede la gestión y realización de obras a una empresa o conjunto de empresas, el cual destinó en el período 2006-2008 una suma aproximada de US\$ 400 millones para el desarrollo de los proyectos. Asimismo, una parte de los fondos provino de financiamiento tradicional por organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Corporación Andina de Fomento (CAF). La característica principal de la estructura de financiamiento de las IIRSAS es la separación de las actividades de construcción, explotación y mantenimiento; además, del uso de formas alternativas de financiamiento por medio de bonos o instrumentos similares.

En lo que respecta al pago por inversión en el Perú bajo el modelo de costos, IIRSA eje Norte corresponde a la segunda generación de contratos de concesión, por lo cual para el desarrollo del mismo se utilizan conceptos por Pago de Obras (PAO) y el Pago por Operación y Mantenimiento (PAMO), donde la suma de ambos conceptos representa el costo total de la concesión y lo que debe recibir el operador. En ese sentido, el concesionario recibirá pagos como contraprestación por la construcción de las obras comprometidas y el mantenimiento y operación de la concesión.

El Estado garantiza al concesionario recibir una retribución económica por la conservación, el mantenimiento rutinario y la explotación de las vías de los tramos de la concesión, dichos pagos se cubren durante la vigencia de la misma, haciendo uso del fideicomiso creado para la administración de los PAMO, el Estado depositará la porción del PAMO no cubierta por la recaudación del peaje necesaria para completarlos.

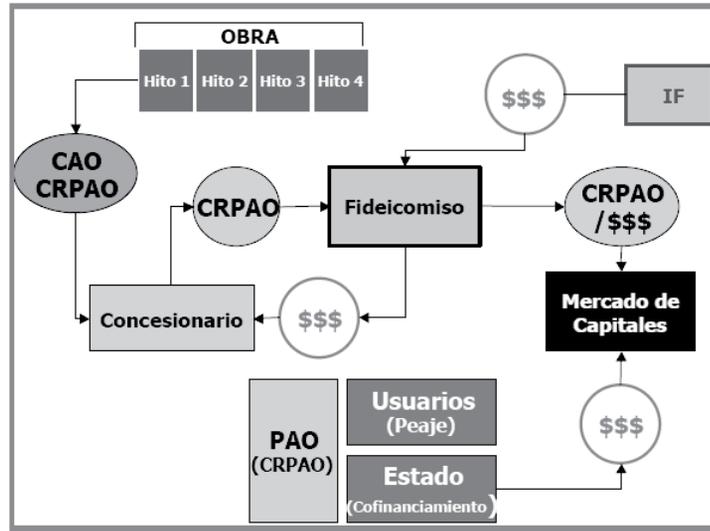
Es importante considerar la participación de los fideicomisos en la obtención de financiamiento para los proyectos. En los proyectos de carreteras, por ejemplo IIRSA Sur, los Certificado de Reconocimiento de los Derechos del Pago Anual por Obras (CRPAO) son transmitidos a una fiduciaria, de esta forma todos los pagos a los

que se refieren los CRPAO se ejecutan a través del fideicomiso, el cual debe ser celebrado con un banco de primera línea internacional, o alguna otra entidad financiera calificada y autorizada por el concedente y el Regulador.

Para los proyectos de carreteras, uno de los problemas que se presentaba en el desarrollo de las APPs provenía de las grandes inversiones las cuales necesitaban aportes de capital significativo. Como resultado, en el Perú se han desarrollado instrumentos innovadores para reducir la presión financiera de los aportes de capital por parte de las empresas, a lo que se denominó Certificados de Avance de Obras (CAO). Los CAOs permitieron certificar avances de obra, mediante el cual se le otorgaba al concedente el derecho a un flujo proporcional de repago de la inversión en el horizonte definido en el contrato APP.

El esquema funciona de la siguiente manera: una vez que el concesionario culmina un hito constructivo, este solicita al organismo regulador que expida un CAO. Este último debe certificar el avance de obra del concesionario para luego, emitir el CAO. Con el reconocimiento del avance de obra que figura en el CAO, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) procede a la emisión del Certificado de Reconocimiento del PAO (CRPAO), por el monto que representa dicho avance respecto de la inversión total, los cuales podrán ser colocados en el mercado financiero por el concesionario. De esta manera, el concesionario puede suscribir contratos con entidades financieras por la venta de los CRPAOs, dichas entidades desembolsarán un monto determinado por la compra de los CRPAOs a una tasa de descuento dada, los cuales a su vez colocarán los papeles a otros inversionistas en el mercado secundario, quienes realizarán el desembolso de financiamiento. Por ejemplo, entre las experiencias recientes para el financiamiento de infraestructura en el mercado de capitales, se llevó a cabo la colocación de bonos IIRSA Norte por US\$ 213 millones de dólares en la Bolsa de Nueva York, con la finalidad de obtener recursos para financiar la construcción de los 960 Km. de la carretera IIRSA Amazonas Norte, a un plazo de dieciocho años. Los bonos, colocados sobre la base de la emisión de CRPAOs, fueron emitidos el viernes 11 de agosto del 2006, los cuales fueron adquiridos principalmente por inversionistas americanos y europeos.

Gráfico N° 3:
Esquema de financiamiento



Fuente: Informe Anual IIRSA Norte, 2009

La estructuración económica bajo el modelo de costos se rige por el principio “primero se hace, luego se paga”, en otras palabras primero debe construirse y luego debe remunerarse esa inversión, donde la remuneración por las inversiones es en gran parte la devolución por las inversiones realizadas, como se observa en el esquema de financiamiento. Además, el establecimiento de compromisos de pagos fijos por obras, operación y mantenimiento aísla al concesionario del riesgo asociados con las reducciones en niveles de tráfico.

También, una nueva forma de financiamiento para las concesiones en infraestructura ha sido la participación de los fondos de pensiones, principalmente en el Sector Transporte, a través de compra directa de certificados o de deuda emitidas por empresas concesionarias o relacionadas, o por la constitución de fondos de infraestructura.

Por otro lado, se utilizaron garantías tanto financieras como no financieras; las cuales pueden ser proporcionadas tanto por el concedente como por el concesionario. El criterio de asignación de garantías resulta de la evaluación sobre la entidad que esté en mejor capacidad para asumir las mismas; esto se establece de manera similar a la disposición y la distribución de los riesgos del proyecto. Las principales modalidades de garantía utilizadas en el caso peruano han sido: “Garantías de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión”, “Garantías de Fiel Cumplimiento de Construcción de las Obras, a favor del Concedente”, “Garantías

a favor de los Acreedores para respaldar el endeudamiento”.

A través de la suscripción de un contrato–ley, el Estado peruano otorga a los titulares la garantía de estabilidad tributaria. La existencia del régimen de estabilidad jurídica que incluye la estabilidad del régimen de impuesto a la renta permite que inversionistas (nacionales y extranjeros) y las empresas receptoras de sus inversiones puedan acceder y suscribir convenios de estabilidad jurídica. Es importante señalar que con la finalidad de promover el desarrollo de inversiones productivas, existen regímenes promocionales para el caso de minería, hidrocarburos y petroquímica. El marco jurídico establece que la vigencia del **régimen de estabilidad** se iniciará en la fecha en que se celebre el convenio². Mediante el cual se garantiza a los inversionistas los siguientes derechos:

- Estabilidad del **régimen tributario** vigente al momento de celebrarse el convenio.
- Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas.
- Estabilidad del derecho a la no discriminación.

A efectos de acceder al régimen de estabilidad jurídica que se suscriban al amparo de lo establecido en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, los inversionistas deberán comprometerse a efectuar, como mínimo, aportes canalizados a través del Sistema Financiero Nacional al capital de una empresa establecida o por establecerse o

² Decreto Legislativo N° 662.

realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a US\$10 millones de dólares para los sectores de minería e hidrocarburos, y no menor a US\$ 5 millones de dólares para los demás sectores.

De otro lado, como forma de incentivo para las inversiones en el Perú, se estableció en el 2007 el Régimen Especial de Recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas (IGV)³, el cual se refiere a la realización de inversiones en cualquier sector de la actividad económica que genere renta de tercera categoría, mediando un compromiso de inversión no menor a US\$ 5 millones de dólares (este monto mínimo no es de aplicación al sector agrario), en un proyecto cuya etapa pre productiva sea igual o mayor a dos años⁴.

Este régimen consiste en la devolución del IGV que gravó las importaciones y/o adquisiciones locales de bienes de capital nuevos, bienes intermedios nuevos, servicios y contratos de construcción, realizados en la etapa pre productiva a ser empleados por los beneficiarios del régimen directamente para la ejecución de los proyectos previstos en los Contratos de Inversión y que se destinen a la realización de operaciones gravadas con el IGV o a exportaciones.

También es importante señalar que el Texto Único Ordenado que regula la entrega en concesiones al sector privado de obras públicas de Infraestructura y Servicios Públicos, determina que el valor de transferencia de los bienes al Estado al término de la concesión o su renovación, será el valor contable de los bienes que no hubieran sido totalmente depreciados. La transferencia estará inafecta de todo tributo creado o por crearse, incluso de aquellos que requieren mención específica para su exoneración.

Las APP's establecen un vínculo entre el sector público y el sector privado por medio de un contrato, pues implica la participación del Estado a través de algunas entidades públicas establecidas en la norma; y uno o más inversionistas privados. El rol que cumplan o el grado de intervención de cada institución dependerán del monto de inversión, alcance y cobertura del proyecto, teniendo en cuenta que un proyecto de inversión no podrá ser ejecutado mediante una APP cuando su único alcance sea la

provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas.

a) Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)

De acuerdo con sus funciones, el MEF establece el marco que regula la participación del sector privado en la operación de Infraestructura Pública o la prestación de Servicios Públicos, con la finalidad de determinar los principios y procedimientos aplicables a dicha participación mediante la modalidad de APP, con el propósito de viabilizar su implementación, generar empleo productivo y mejorar la competitividad del país⁵.

Además, la participación en el desarrollo de proyectos mediante el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)⁶, gestionado a través de la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público quien emite las directivas que regulan las fases y etapas del ciclo del proyecto, las funciones y atribuciones de los órganos del Sistema Nacional de Inversión Pública, sobre todo para el caso de APPs cofinanciadas, ya que estas, deben cumplir con los procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y sus modificatorias y normas complementarias⁷. En ese sentido, corresponde a dicha Dirección realizar el seguimiento de los proyectos de inversión pública y declarar su viabilidad, especialmente cuando las fuentes de financiación impliquen operaciones de endeudamiento o conlleven el aval o garantía del Estado.

b) PROINVERSIÓN

Entidad encargada de los procesos de promoción de inversión privada siendo dos de sus principales funciones, establecidas en su Reglamento de Organización y Funciones, proponer y ejecutar la política nacional de promoción de la inversión privada, en concordancia con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, los planes económicos y la política de integración, con arreglo a la legislación sobre la materia; e identificar dificultades, trabas y distorsiones que afecten los procesos de promoción de la inversión privada, coordinando con las entidades de los distintos niveles de gobierno del Estado y con los inversionistas privados para superarlas.

³ Decreto Legislativo N° 973 y su reglamento Decreto Supremo N° 084-2007-EF.

⁴ Régimen Tributario Nacional. PROINVERSIÓN.

⁵ Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento Decreto Supremo N° 146-2008-EF.

⁶ Ley N° 27293

⁷ Solamente los proyectos cofinanciados Los proyectos financiados por asociaciones público privada pasarán por el Sistema Nacional de Inversiones debido a que deben justificar la utilización de dicho esquema respecto a las externalidades e impacto generado en el ámbito de influencia del proyecto.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, serán asignados a PROINVERSIÓN los proyectos⁸ de competencia nacional que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

- Tener un monto total de inversión superior a 15,000 UIT.
- Ser multisectoriales.
- Tener alcance geográfico que abarque más de una región.
- Haber sido solicitada la conducción del proceso por la Entidad a PROINVERSIÓN y haber sido aprobada por su Consejo Directivo.

c) Concedente

De acuerdo con la legislación aplicable, se denomina concedente a la Administración Pública responsable de la infraestructura sea nacional, regional o municipal, quien tiene la función de decidir qué proyectos son adecuados para lanzarlos a través de concesión, y con tal fin, llevar a cabo los estudios previos correspondientes de ingeniería y demanda, que darán información suficientemente convincente a PROINVERSIÓN con el objeto de buscar financiadores privados para dichos proyectos. El concedente vendría a ser el Estado, quien actúa representado por un Ministerio, en el caso del sector transporte sería el Ministerio de Transporte y Comunicaciones; en saneamiento, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; energía, Ministerio de Energía y Minas, etc. Si bien el concedente es la contraparte del contrato, este no tiene la facultad de supervisar el servicio que el concesionario da al usuario.

Posibles concedentes según entidad y sector

Sector	Representante
Transporte	<ul style="list-style-type: none"> • Ministerio de Transportes y Comunicaciones • Asociación Nacional de Puertos
Saneamiento	<ul style="list-style-type: none"> • Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento
Energía	<ul style="list-style-type: none"> • Ministerio de Energía y Minas

Elaboración Propia

d) Reguladores

Tienen como propósito garantizar los intereses de los usuarios evitando que el sector privado abuse de su posición monopólica y que provea un servicio de calidad adecuada; cumplen una función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios.

Dichos organismos están divididos según sectores, entre los que tenemos:

- Organismo Supervisor de la Inversión de Transporte de Uso Público (OSITRAN)
- Organismo Supervisor de la Inversión privada en Energía y Minería (OSINERGMIN)
- Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)
- Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)

Dado que las APPs han sido fundamentales en la ejecución de proyectos de gran envergadura en el sector transporte, en ese sentido es importante describir el rol que cumple OSITRAN como ente regulador.

OSITRAN se encarga de regular la conducta y condiciones de acceso en los sectores donde operan las entidades prestadoras, supervisando la ejecución de los contratos de concesión a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Las funciones encargadas al ente regulador en transporte son⁹:

- La función normativa está relacionado con la emisión de resoluciones, directivas y lineamientos que rigen el accionar de OSITRAN en temas de acceso, tarifas, supervisión, procedimientos de reclamos y sanciones.
- La función reguladora corresponde al acceso y tarifas de las entidades prestadoras que brindan servicios relacionados con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, cuyas características corresponden a un mercado monopólico.
- La función supervisora corresponde a la verificación del cumplimiento de los contratos de concesión, así como a la aplicación de normas y el sistema tarifario de las entidades

⁸ i) Serán asignados a los Comités de Inversión de los Ministerios respectivos, los proyectos de competencia nacional que no se encuentren comprendidos en las condiciones detalladas anteriormente. ii) Serán asignados a los Gobiernos Regionales los proyectos de su competencia y aquellos que tengan alcance geográfico que abarque más de una provincia. iii) Serán asignados a los Gobiernos Locales los proyectos de su competencia, de acuerdo a lo indicado en el artículo 6° de la Ley Marco de las Asociaciones Público-Privadas.

⁹ En: <http://www.ositran.gob.pe>

prestadoras en general, aplicando las sanciones que correspondan.

- La función de solución de controversias busca resolver los conflictos que se presenten entre entidades prestadoras o entre éstas y sus usuarios.

La diferencia, en comparación con países que tienen una mayor experiencia en concesiones de infraestructura, es que la creación de un ente regulador en el sector transporte es una característica distintiva de las concesiones en Perú, ya que en otros países, la función de regulación es ejecutada por el concedente. En consecuencia, el papel del Regulador no se limita solamente a la supervisión e interpretación del contrato, sino que tiene un papel fundamental en el establecimiento y regulación de las tarifas.

e) Concesionario

Es la persona jurídica constituida por el adjudicatario que suscribe el contrato de concesión. De acuerdo con los casos prácticos señalados en el reporte, se ha puesto atención a cada una de las empresas que suscribieron el contrato de concesión cuyos proyectos están relacionados, en su mayoría, al sector transporte.

- Lima Airport Partners. Empresa ganadora de la concesión otorgada por el Estado peruano para la construcción, operación y transferencia ("BOT") del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" (AIJCh) en la provincia constitucional del Callao. Se otorgó la concesión por un período de treinta años para la operación y expansión del AIJCh. El concesionario inició sus operaciones el 14 de febrero de 2001. El consorcio inicial estuvo formado por el operador alemán de aeropuertos Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide; por Bechtel Enterprises Services, Ltd. parte del conglomerado Bechtel, un grupo empresarial norteamericano originalmente dedicado a la construcción; y por COSAPI S.A., una compañía constructora peruana. Actualmente, la estructura societaria está conformada por Fraport AG, con el 70.01% del capital social; International Finance Corporation, con el 19.99%; y el Fondo de Inversión en Infraestructura, Servicios Públicos y Recursos Naturales, administrado por AC Capitales SAFI S.A, el 10%¹⁰.
- Carretera IIRSA Norte. La composición del accionariado de la Concesionaria IIRSA Norte está conformada por tres importantes empresas del rubro de construcción.

La primera de ellas es la Constructora Norberto Oderbrecht Inversiones en Infraestructura Ltda. (OII) quien es también accionista de Concesionaria Travase Olmos, Concesionaria IIRSA Norte, Concesionaria Interoceánica IIRSA Sur. Dichos proyectos cuentan con inversiones que superan, en conjunto, los US\$ 1,000 millones de dólares. OII también tiene participación en la Central Hidroeléctrica de Baba, en Ecuador, así como en diversas concesiones viales en Portugal.

El segundo accionista es la empresa Andrade Gutiérrez, una de las tres mayores empresas de construcción de Brasil y líder en concesiones públicas y telecomunicaciones. Durante su trayectoria ha ejecutado diversas obras en regiones de la Amazonía; en el desierto de la floresta de África; en las montañas de los Andes; en las playas del Caribe; y en grandes metrópolis como Sao Paulo o, Río de Janeiro, ciudad de México y Miami.

Por último, el tercer concesionario es Graña y Montero S.A.A. (G&M) constituida desde 1933 como la más antigua empresa constructora del país, ha desarrollado en su historia innumerables proyectos en todos los sectores de la construcción: infraestructura, energía, edificaciones, minería, petróleo, industria, saneamiento, etc. En diversos proyectos, GyM se ha asociado con las más importantes empresas de construcción del mundo.

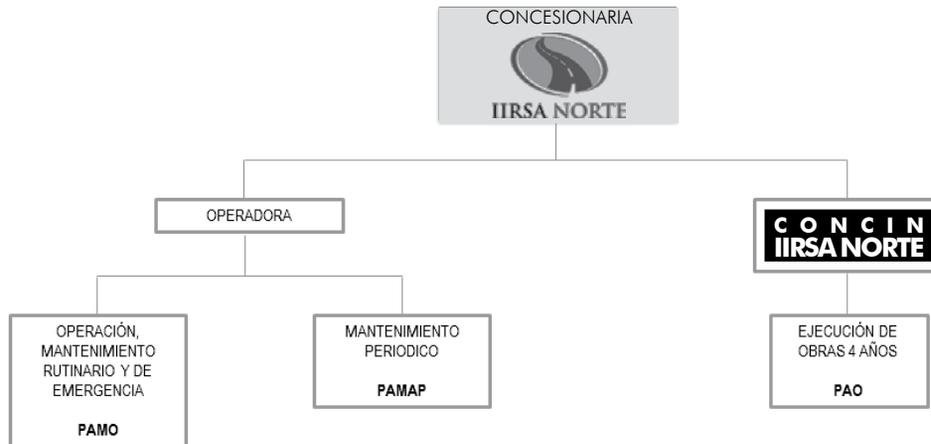
- Carretera IIRSA Sur. En la estructura de La Concesionaria IIRSA Sur está conformada por la Constructora Norberto Oderbrecht S.A. (brasileña), Graña y Montero S.A., JJC Contratistas Generales S.A. e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. (peruanas). Dichas empresas suscribieron el Contrato de Concesión para la construcción, operación y mantenimiento de 649 km de carretera, de los cuales 246 km, atraviesan el departamento de Cusco, desde Urcos hasta Puente Inambari (Tramo 2); y 403 km corresponden al departamento de Madre de Dios, desde el Puente Inambari hasta Iñapari (Tramo N° 3), del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil¹¹.

En relación con el Tramo N° 1, el consorcio Interoceánico Tramo N° 1 está conformado por las empresas Graña y Montero S.A.A. (G&M), JJC Contratistas Generales S.A. (JJC) e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. (ICCGSA). En el Tramo N° 4, el 04 de agosto del 2005, Intersur Concesiones suscribe el contrato de concesión para la construcción, operación y mantenimiento, por

¹⁰ Véase: <http://www.lap.com.pe>

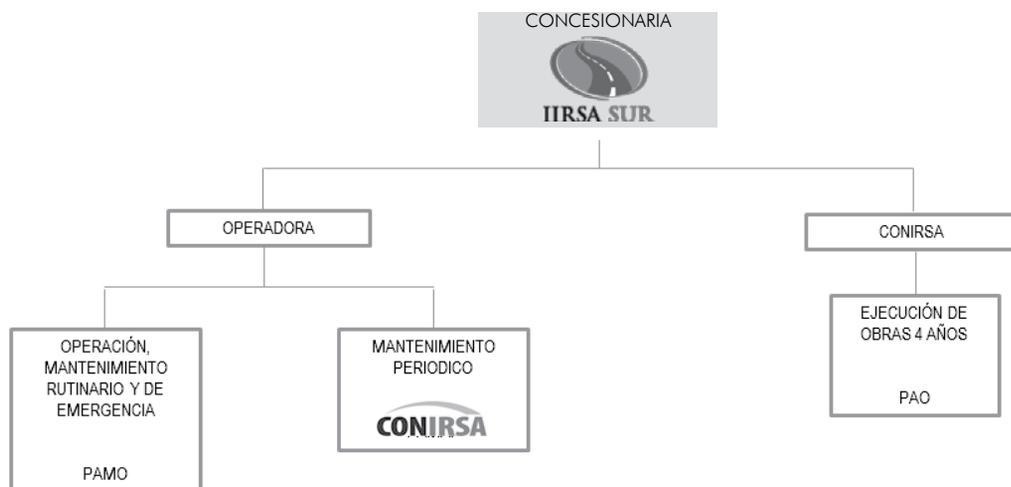
¹¹ Véase: <http://www.odebrecht.com.pe>

Gráfico N° 4:
IIRSA Norte: Estructura empresarial



Fuente: Ventajas y Desafíos de las Asociaciones Público Privadas en la Integración, CEPAL

Gráfico N° 5:
IIRSA Sur: Estructura empresarial



Fuente: Ventajas y Desafíos de las Asociaciones Público Privadas en la Integración, CEPAL

veinticinco años, de 306 km de carretera del Tramo N° 4 del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, en la región Puno, desde Azángaro hasta Puente Inambari. El consorcio está conformado por tres grandes empresas constructoras brasileñas: Andrade Gutiérrez, Camargo Correa y Queiroz Galvão. Finalmente, COVISUR S.A., empresa concesionaria del Tramo N° 5 tiene el respaldo estructural y financiero de las empresas Hidalgo e Hidalgo (HeH), Construcción y Administración S.A. (CASA) y Concesionaria del Norte (CONORTE).

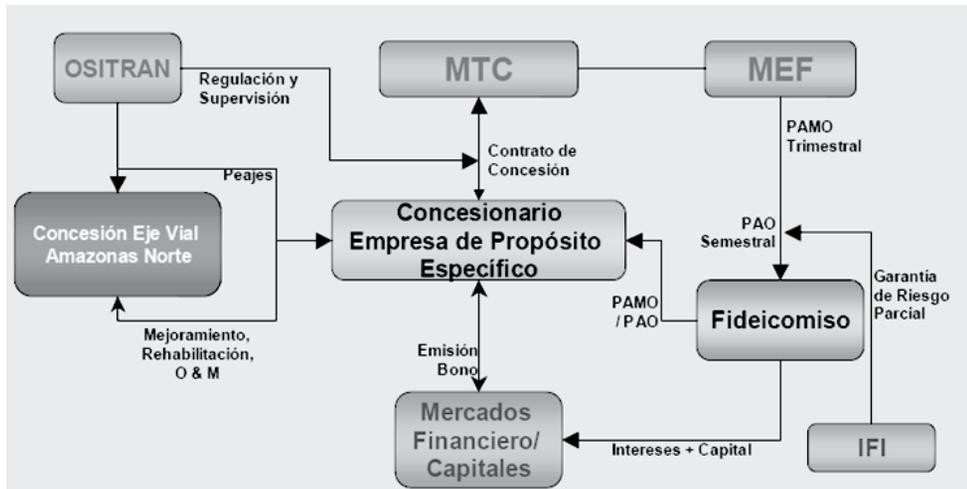
- Red Vial N° 5. La empresa que suscribe el contrato de concesión es Norvial, la cual está conformada por tres importantes

empresas peruanas vinculadas al sector de la construcción y que pertenecen a un mismo grupo económico: Graña y Montero S.A.A. (50.5%), JJC Contratistas Generales S.A. (33.0%) y Besco S.A. (16.5%).

f) Interacción de stockholders en proyectos Participación Público Privada (PPP)

En los proyectos financiados por PPP mediante el modelo de costos en las concesiones de proyectos del sector transporte cuentan con una interrelación más directa entre los actores que intervienen en la emisión del CRPAO, sea concedente, concesionario y regulador.

Gráfico N° 6:
Proyecto Ejes Viales - esquema de interrelación entre actores principales



Fuente: PROINVERSIÓN

- Concesionario, quien culmina un hito constructivo y solicita al organismo regulador le expida un Certificado de Avance de Obra.
- Organismo Regulador (OSITRAN), quien certifica el avance de obra del concesionario y emite el Certificado de Avance de Obra.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien reconoce el avance de obra que figura en el Certificado de Avance de Obra presentado por el concesionario y expide el Certificado de Reconocimiento de Derechos del PAO, por el monto que representa el avance de obra respecto de la inversión total.

A manera de ejemplificar y resumir los jugadores que intervienen en las APPs en el Perú, se puede esquematizar la siguiente estructura correspondiente a los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte de IIRSA.

Como lecciones aprendidas resultantes del estudio y análisis de los esquemas de financiamiento podemos decir que el éxito de una adecuada estructuración financiera dependerá de la estructuración económica de los contratos APPs, los cuales se clasifican a partir de la identificación de la entidad que absorbe el riesgo de la demanda - si es asumido por el concedente (Gobierno) debe aplicarse un modelo de costos, si es asumido por el concesionario (Sector Privado) entonces se deberá aplicar un modelo de demanda - que debe corresponder al que mejor puede administrar la volatilidad de los ingresos derivados del consumo de los servicios comprendidos en el proyecto APP.

En la estructuración económica de los contratos bajo el modelo de costos es conveniente separar los pagos de la inversión y los pagos por la operación y mantenimiento por tener naturaleza distinta. El primero constituye una compensación al concesionario por desembolsos realizados con anterioridad a la operación del proyecto APP, mientras que el segundo es una retribución que se hace al concesionario, al cierre de cada período, por haber realizado un gasto periódico en la etapa operativa. En un contrato bajo un modelo de demanda, esta tarea la hará el banco.

Uno de los aportes de la estructuración de los contratos del Perú es la separación de los pagos por inversión. Se establece un pago periódico a una tasa de descuento, pero como existe una garantía a los pagos se analizó si esa seguridad debe ser al 100% del pago. De diversos análisis se llegó a la conclusión que se tenía que dividir en dos conceptos: el pago no condicionado (RPI no condicionado) a cualquier ocurrencia o evento en el contrato APP, incluido la resolución contractual; y un pago condicionado (RPI condicionado) al cumplimiento de los Índices de Servicio del contrato. Una vez que se han diferenciado estos pagos, se deberá encontrar los incentivos adecuados para que se pueda cumplir con las obligaciones contractuales. En los contratos se establecen penalidades que cubren la falta de cumplimiento de las metas en obras y el incumplimiento de los índices de Servicio. La aplicación de penalidades está respaldada por cartas fianzas.

Para prever que la fecha de inicio de pagos se realice con posterioridad al inicio de operaciones

es recomendable pactar la fecha de inicio de pagos con un plazo razonable de seguridad. Si existen demoras, entonces este plazo adicional deberá absorber el riesgo del concedente de iniciar pagos sin que el proyecto APP haya iniciado operaciones.

En la financiación de las APP mediante el modelo de costos debido a que la Sociedad de Propósito Especial (SPE) no cumple con los requisitos para la emisión de bonos, se buscan otras alternativas innovadores, una utilizada en Perú, es la de los Certificados de Avances de Obras (CAO). La idea central es dividir un proyecto en varios hitos constructivos, pueden ser diez o más de modo que al momento de culminar cada uno de ellos se certifique el avance mediante los CAOs. La emisión de estos documentos permite generar derechos reales sobre la parte proporcional de los pagos periódicos no condicionados. Sin embargo, el CAO por sí mismo no es un instrumento financiero transable en el mercado, necesita tener características de estandarización, que pueda comercializarse de tal modo que sea independiente de que el inversionista o financista conozca de los contratos APPs que dieron origen al pago que deben

obtener. Así surgen instrumentos estandarizados, irrevocables, incondicionados, transferibles y garantizados por el concedente, denominados Certificados de Reconocimientos de Derechos (CR) que se relacionaran con la naturaleza del proyecto, es decir, para proyectos autofinanciados se define CR-RPI (Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre la Remuneración por Inversión) y para proyectos cofinanciados el CR-PAO (Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago por Obras).

En el caso de un modelo de demanda, se consideraran flujos de efectivo variables a lo largo del período de vida de la concesión. Sin embargo, también se identificará una parte que puede ser convertido en flujo no condicionado y por lo tanto se podría utilizar el mecanismo de los CAOs y CR-RPI a una tasa de endeudamiento determinada. La otra parte del financiamiento se conseguirá a través de los recursos propios de las empresas que participan en la SPE y buscaran la recuperación de estos fondos a través del flujo variable, que dependerá del manejo de los factores de demanda.

Desarrollo de la Infraestructura de Aeropuertos en el Perú

Roxana Barrantes Cáceres*

SUMILLA

La autora nos explica la vinculación entre la gestión de infraestructura y su impacto en el desarrollo. Se podría concluir que mientras más alejado del concepto, adecuado, de Servicio Público, y mientras más alejado de la valoración de su utilidad final, la solución de gestión de infraestructura que se aplique será menos efectiva, e inducirá a gastos excesivos. En otras palabras, una visión inadecuada proporcionará soluciones insatisfactorias, que quedan lejos del objetivo deseado y que, muchas veces, terminan alejándose del propósito para los que se idearon.

1. Introducción¹

El año 2000 marcó un hito en la historia de la aeronavegación en el Perú. Fue el año cuando se otorgó la concesión para la operación y desarrollo del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), de Lima. En menos de un año, el ataque a las Torres Gemelas en los Estados Unidos dejó una perspectiva pesimista sobre el desarrollo del sector que rápidamente se despejó. Desde entonces, el crecimiento del tráfico aéreo a nivel mundial ha sido sostenido, con excepciones marcadas por las crisis económicas y financieras. El Perú ha sido parte de esta evolución.

Un componente fundamental de este proceso ha sido el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria. Luego de la concesión del AIJCH, siguió en 2006, la concesión del primer grupo de aeropuertos regionales y en 2010, la concesión del segundo grupo. Mientras el AIJCH se entregó en concesión mediante la modalidad autofinanciada, o autosostenible, los dos grupos de aeropuertos regionales constituyeron asociaciones público-privadas (APP).

El desarrollo de la infraestructura de transporte de uso público requiere un gran esfuerzo de inversión durante la etapa de construcción, y luego para los respectivos mantenimientos y ampliaciones. En el caso de los aeropuertos, construir y mantener una pista de aterrizaje para aviones, que es estrictamente lo mínimo requerido para contar con una industria de servicios de transporte aéreos, demanda un monto significativo de recursos que, literalmente, constituyen costos hundidos. Como sabemos, los costos hundidos, al ser económicamente irre recuperables, elevan los costos de participar en mercados y, al constituirse en barreras a la entrada (Armstrong, Cowan y Vickers, 1994), dificultan el desenvolvimiento de mercados competitivos.

Así, si los riesgos de este tipo de inversión son altos comparados con aquellos que enfrentan en otros mercados u otras industrias, el sector privado huirá de desarrollar infraestructura. Pero si lo que corresponde como estrategia de desarrollo nacional es que el Estado tenga un rol subsidiario en la actividad económica, el Estado tampoco participará del desarrollo de infraestructura o se demorará en involucrarse activamente. En

* Economista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, PhD por la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Actualmente, Directora General del Instituto de Estudios Peruanos. Actividad profesional desarrollada en microeconomía aplicada, en temas de (a) regulación y privatización de los sectores de infraestructura; y (b) medio ambiente y recursos naturales. Experiencia profesional como asesora, consultora, y directora de organismos reguladores (OSIPTEL, OSITRAN, SUNASS) y como investigadora en el Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

¹ Agradezco a Daniel Hurtado por su trabajo como asistente de investigación y la generosidad de Karin Granda Sánchez, al permitirme utilizar parte de su trabajo para el curso "Organización Industrial y Regulación" de la especialidad de regulación de servicios públicos de la Maestría de Derecho de la Empresa de la PUCP. Mi reconocimiento al IEP por proveer un buen soporte para la investigación.

consecuencia, una manera de lograr que el sector privado participe de una actividad potencialmente rentable es gestionar los riesgos del desarrollo de la infraestructura.

De ahí la importancia de estudiar la manera cómo el Estado Peruano ha distribuido los riesgos en las concesiones aeroportuarias. En este trabajo, realizamos, desde una perspectiva económica, el análisis de riesgos de las concesiones que se plasma en los contratos de concesión suscritos por los tres concesionarios: Lima Airport Partners (LAP), Aeropuertos del Perú (AdP), y Aeropuertos Andinos del Perú (AAP).

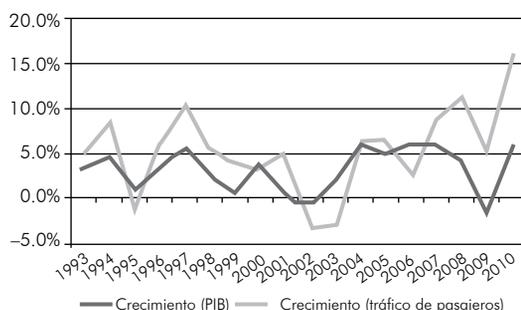
El plan del texto es el siguiente. En la siguiente sección, se mira el desempeño del sector y de Perú en el contexto latinoamericano. La sección 3 presenta teóricamente los temas alrededor de la distribución de riesgos mientras que la sección 4 contiene el análisis para las tres concesiones otorgadas. Las conclusiones cierran el texto.

2. El Estado del Sector

El tráfico aéreo en Latinoamérica y El Caribe (LAC) viene experimentando un crecimiento sostenido en los últimos años. Algunos de los principales factores asociados a esta expansión son, el crecimiento económico y las reformas en la gestión de la infraestructura aeroportuaria. En particular los aeropuertos, son la pieza angular en el desarrollo económico, ya que son las puertas de acceso a mercados, además de mejorar la comunicación y la integración de la población.

El tráfico aéreo sigue comúnmente (y de manera más amplificada) el ciclo económico. Así por ejemplo en el Gráfico N° 1, se puede apreciar cómo el crecimiento del tráfico de pasajeros, acompañó la actividad económica, aquí medida con la tasa de crecimiento de PIB.

Gráfico N° 1:
Crecimiento de PIB y crecimiento de tráfico de pasajeros en Latinoamérica, 1993 – 2010

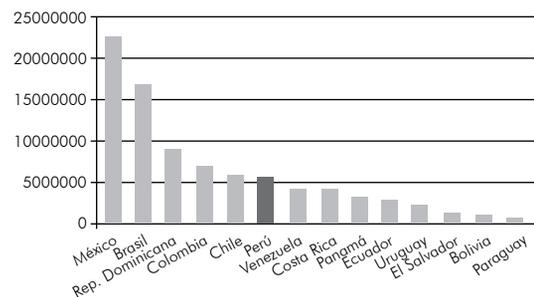


Fuente: Banco Mundial

Elaboración propia

Si bien Latinoamérica no tiene una gran participación en el mercado global de la aviación comercial (tanto en pasajeros como en cargo), se encuentra tercera en cuanto a crecimiento, detrás del Medio Oriente y África. Antes de la crisis de 2008, la región latinoamericana crecía a tasas de entre 8% y 10%. En el siguiente gráfico, se encuentra la posición de Perú con respecto a sus pares latinoamericanos.

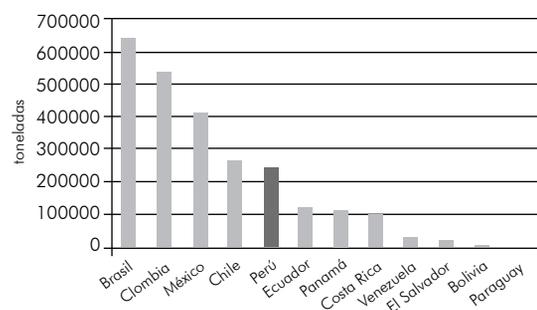
Gráfico N° 2:
Tráfico aéreo de pasajeros, 2011



Fuente: Comisión Latinoamericana de Aviación Civil
Elaboración propia

México y Brasil lideran el grupo de países con más tráfico de pasajeros, lo cual es un reflejo del tamaño de sus economías y de la cantidad de su población. Le siguen, distantemente, República Dominicana que si bien es un país pequeño, es un polo turístico mundial y a la vez, tiene una histórica relación migratoria con Estados Unidos. Luego en la lista se encuentra Colombia, Chile y Perú, que casualmente son países que se han establecido como *hubs* para Sudamérica.

Gráfico N° 3:
Tráfico aéreo de carga, 2011



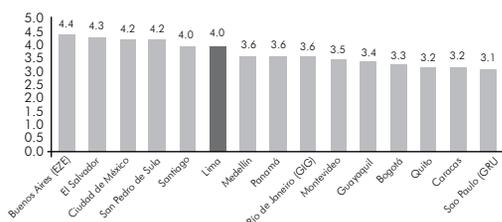
Fuente: Comisión Latinoamericana de Aviación Civil
Elaboración propia

Para el caso de tráfico aéreo de carga (Gráfico N° 3), Brasil y Colombia son los que lideran en la región, seguido por México. Una explicación por la que México pierde el liderazgo en la región en lo que respecta al

tráfico de carga, es debido a que su principal socio comercial es Estados Unidos, el cual es un país vecino; por lo tanto, la mayor parte del transporte de carga se realiza vía terrestre y marítima. Al igual que para el caso de pasajeros, Perú se encuentra detrás de Chile, aunque por una muy poca diferencia. Definitivamente, el boom exportador ha contribuido a posicionar al Perú en grupo superior de la región.

La Asociación Latinoamericana y del Caribe de Transporte Aéreo (ALTA), realizó una encuesta entre los usuarios de transporte de carga para los principales aeropuertos de la región. Se les requirió que califiquen a los aeropuertos en una escala de 1 a 5 en dos aspectos: infraestructura y operaciones (Gráficas N° 4 y N° 5 respectivamente).

Gráfico N° 4:
Encuesta sobre infraestructura para el transporte de carga



Fuente: Asociación Latinoamericana y del Caribe de Transporte Aéreo (ALTA)

Gráfico N° 5:
Encuesta sobre operaciones para el transporte de carga

País	Inversiones (millones de US\$)	% del total
México	3,223.9	33.9
Argentina	2,375.4	25.0
Colombia	1,224.3	12.9
Ecuador	665.0	7.0
Perú	430.0	4.5
Rep. Dominicana	350.0	3.7
Chile	345.0	3.6
Uruguay	195.0	2.0
Jamaica	175.0	1.8
Costa Rica	161.0	1.7
Venezuela	134.0	1.4
Honduras	120.0	1.3
Bolivia	116.6	1.2

Fuente: PPI Database

Estos resultados contrastan con los observados anteriormente, algunos de los países con mayor tráfico aéreo de carga, tienen a sus principales aeropuertos con los más bajos resultados en ambas encuestas. El AIJC fue el único aeropuerto peruano considerado para esta encuesta; y obtuvo iguales resultados tanto en infraestructura como en operaciones (4.0, donde 5.0 es el puntaje máximo).

Por otro lado, América Latina ha sido pionera en introducir al sector privado en la participación de la gestión e inversión de sus aeropuertos; representó el 70% de la inversión privada en aeropuertos para países en vías de desarrollo. Para ello, se han utilizado diferentes esquemas, Argentina concesionó toda su red aeroportuaria a una sola empresa, Chile decidió implementar un esquema de concesión para cada aeropuerto, México optó por hacerlo en grupos. Perú implementó un esquema mixto, se llevaron a cabo concesiones unitarias y por grupo de aeropuertos (Serebrisky, 2012). En el siguiente cuadro, se expone el monto de las inversiones comprometidas por parte del sector privado, desde que se llevaron a cabo las reformas estructurales en Latinoamérica en la década de los noventa hasta 2008. Perú se encuentra en cuarta posición, y representa el 4.5% del total, detrás de México, Argentina, Colombia y Ecuador. En este estimado, se encuentran las inversiones privadas comprometidas en la concesión del Aeropuerto internacional Jorge Chávez (AIJC) y del primer grupo de aeropuertos regionales.

3. El análisis de riesgos de una concesión²

Un contrato de concesión para el desarrollo de infraestructura es un acuerdo para compartir riesgos. Desde la economía, el riesgo es la medición de una incertidumbre. Los humanos vivimos con incertidumbres, pero la decisión de comprometer recursos en infraestructuras requiere una evaluación de los retornos a la inversión. Y estos no se pueden evaluar si no se examinan las probabilidades estimadas de que se verifique una demanda, por ejemplo, o el riesgo regulatorio, es decir, que se verifique una acción discrecional del regulador.

Por la presencia de altos costos hundidos, en la medida que el inversionista requerirá de un largo periodo de tiempo para recuperar la cuantiosa inversión realizada, tendrá que enfrentar una serie de riesgos. Uno de estos riesgos tiene que ver con el nivel de compromiso del gobierno para hacer

² Esta sección presta libremente de Barrantes y Cárdenas (2010).

cumplir los acuerdos establecidos. De particular relevancia para el inversionista será la libertad que tendrá para fijar las tarifas, ya que determina su flujo de ingresos y, fundamentalmente, su rentabilidad. Cuanto menos libertad, más riesgo, menores incentivos para la inversión y mayores exigencias sobre el nivel de las tasas de rentabilidad para hacer los proyectos viables. SAVEDOFF y SPILLER (2000: 8) sostienen que además de intentar bajar las tarifas, el Gobierno podría desautorizar ciertos costos, poner límites a la compañía operadora para fijar tarifas, exigir inversiones adicionales, intervenir en las políticas de contratación laboral y adquisiciones, entre otros. Estos actos funcionarían como una expropiación de los activos de la empresa.

De ahí que en concesiones para el desarrollo de infraestructura con importantes costos hundidos, la manera como se establezca las tarifas para aquellos servicios regulados se convierte en un tema crítico para la rentabilidad del proyecto. No solo se trata del nivel de la tarifa, sino también de si el contrato prevé, o no, los mecanismos para actualizar las tarifas. Cuantas más disposiciones contenga el contrato, menor riesgo para el concesionario, pero también menor margen de maniobra para el Regulador responsable de supervisar el cumplimiento del contrato. Por el contrario, mientras menor número de disposiciones se encuentren en el contrato, mayor margen de maniobra para el Regulador, y mayor riesgo general enfrentará el concesionario.

Al hablar de riesgos en el caso de un proyecto, se hace referencia a la manera en que los resultados pueden resultar peores que lo planeado (IRWIN *et al.*, 1999: 232). Estos riesgos podrían ser compartidos en diferente medida por los agentes involucrados, es decir, por consumidores, inversionistas privados y el Gobierno. Sin embargo, la recomendación eficiente para la asignación de riesgos entre los agentes depende del grado en que el agente puede influir en el resultado del riesgo, es decir, puede controlarlo; así como el grado en que el agente puede sobrellevarlo, es decir, cuál agente lo soporta al menor costo posible.

IRWIN *et al.* (1999) identifican los siguientes riesgos como los más importantes en proyectos de

infraestructura: i) de demanda y pago, ii) de tasa de interés y tipo de cambio, iii) político y regulatorio, iv) riesgos implícitos, entre otros. Ante el riesgo de que la demanda sea menor a la proyectada, el gobierno puede comprometerse a asegurar bajo algún mecanismo que la empresa reciba un mínimo de ingresos³. El segundo de los riesgos mencionados, trae consigo un compromiso por parte del Gobierno por evitar las fluctuaciones que afectan al tipo de cambio y la tasa de interés. En lo referente al riesgo político y regulatorio, este se ve afectado por las acciones deliberadas del gobierno. Mientras que los riesgos implícitos se relacionan a aquellos hechos azarosos e imprevistos, que afectan el desarrollo del proyecto, pero que por su carácter de *fuera de control* podrían ocasionar que el gobierno asuma los costos, a pesar de no constituirse como una garantía explícita.

4. Análisis de riesgos de las concesiones de aeropuertos en el Perú

La sección anterior nos provee del marco de análisis para examinar la manera cómo los diferentes contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura aeroportuaria en el Perú han acordado distribuir los riesgos presentes en las concesiones. Es importante notar que los tres procesos de convocatoria de la inversión privada han sido conducidos durante tres gobiernos diferentes, pero por la misma institución pública: PROINVERSIÓN⁴.

4.1. El AIJCH

La concesión del AIJCH fue la primera de aeropuertos en el Perú y la subasta misma ocurrió en un momento de gran incertidumbre política⁵. La concesión fue diseñada a título oneroso, es decir, quien ganara el derecho tendría que pagar al concedente, es decir, al Estado. Lo interesante fue la combinación de retribuciones y asignación de riesgos que se plasmó en dicho contrato.

En relación con las retribuciones, en una concesión a título oneroso, el concesionario debe cubrir sus costos económicos con ingresos por la provisión de servicios⁶. Y en una concesión de modernización de infraestructura, los costos económicos deben cubrir los costos operativos pero también asegurar

³ En Strong, Guasch y Benavides (2002: 8) se puede encontrar una clasificación distinta de los tipos de riesgo: riesgos públicos, riesgos económicos y financieros, riesgos de mercado, riesgos de construcción, riesgos de operación y mantenimiento, riesgos ambientales, y riesgos de aceptabilidad pública.

⁴ El proceso que otorgó la concesión del primer grupo de aeropuertos culminó en agosto de 2006, a menos de dos meses de iniciado el segundo gobierno de Alan García (2006-2011).

⁵ En noviembre de 2000, en medio del proceso de fuga del presidente Fujimori y la instalación del régimen de transición.

⁶ Para decirlo sencillamente, los costos económicos son los contables y la retribución al capital.

para el concesionario la obtención de recursos para invertir en modernizaciones y expansiones. Entonces, junto a las especificaciones de requerimientos técnicos y estándares, el esquema tarifario para los diferentes servicios regulados resultaba crítico.

Para el AIJCH, el esquema tarifario previó un conjunto de servicios regulados y otro conjunto de servicios comerciales, o no regulados. Entre los servicios regulados, se encuentra la tarifa única por uso de aeropuerto (TUUA) –sea para pasajero nacional o internacional– las tarifas por aterrizaje o despegue, las tarifas por estacionamiento de aeronaves, la de manipulación en tierra y la de provisión de combustible. Los servicios no aeroportuarios son los de locales para aerolíneas o comerciales, carga aérea, playa de estacionamiento, publicidad y hotel.

En los servicios regulados, se acordó un esquema de compartición de ingresos en porcentajes diferentes según el servicio, tal como se aprecia en el Cuadro N° 2. Y se estableció diferentes formas de actualizar las tarifas. Mientras las TUUA se fijaron por los primeros ocho años del contrato, y luego se revisarían cada cinco años, para la tarifa de provisión de combustible, se estableció que el reajuste se haría cada tres años de acuerdo a la inflación. Notemos que el contrato no estableció el mecanismo por el cual se revisarían las tarifas de la TUUA y de aterrizaje y despegue cada cinco años, por lo que el regulador aplicó, en su oportunidad, el mecanismo establecido en su reglamento de tarifas: el de revisión por *Price cap*, o precio tope⁷.

Cuadro N° 2:
Compartición de ingresos por servicios aeroportuarios

Servicio Aeroportuario	LAP	CORPAC
TUUA (internacional)	80%	20%
TUUA (nacional)	100%	0%
Aterrizaje y despegue	50%	50%
Estacionamiento ¹ (de aeronaves)	100%	0%

^{1/} Tiempo adicional a los 90 minutos que se consideran para Aterrizaje y despegue.

Nota: La Retribución al Estado sobre los servicios aeroportuarios se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos o devengados, lo que ocurra primero, por el Concesionario.

Fuente: Contrato de Concesión del AIJCH
Elaboración propia

⁷ Una explicación sencilla del mecanismo de *Price-cap*, o regulación por precio tope, puede encontrarse en Baldwin y Cave (1999), o en Barrantes (2006).

⁸ Valor calculado al 2010 por el INEI.

Y, por sobre todo, esta concesión se otorgó sobre la base del máximo porcentaje de retribución al Estado. El concesionario que resultó ganador, LAP, ofreció 46.511% de los ingresos brutos como retribución al Estado, junto con el compromiso de un billón de dólares en nuevas inversiones y la construcción de una segunda pista antes del año undécimo de la concesión. Esta oferta fue calificada por Guasch (2004) calificó como de *agresividad cuestionable*, motivando el inicio de un permanente proceso de renegociación, que se ha plasmado en varias adendas al contrato original.

El análisis del esquema de asignación de riesgos del CC se encuentra en el anexo 1. Lo que destaca del análisis es que el esquema aparece alineado con la teoría. De particular importancia resulta la apreciación que ambos, concedente y concesionario, comparten los riesgos de ingresos en tanto el contrato contiene una cláusula de equilibrio económico-financiero. Sin embargo, al no contar el contrato con los mecanismos de actualización de tarifas, excepto para la de combustible que se actualiza con la inflación, se sesga el costo de este riesgo hacia el concesionario.

Los datos disponibles muestran que el Estado ha recibido alrededor de 500 millones de dólares por concepto de retribución, mientras que CORPAC ha recibido más de 180 millones de dólares. Estos montos se utilizan para financiar el desarrollo de los aeropuertos regionales en el esquema APP elegido, y que se explica a continuación.

4.2. Aeropuertos regionales

En la medida que Lima concentra un tercio de la población peruana y más del 47.9%⁸ del PBI de la nación, no debería ser una sorpresa que, con la excepción del aeropuerto del Cusco, los diversos aeropuertos regionales carecieran de un atractivo intrínseco para convocar inversión privada. De ahí que el Estado no solamente decidió agruparlos sino también implementar un esquema de asociación público-privada, comúnmente conocidas como APP.

El objetivo de agruparlos era doble. De un lado, se creaban condiciones para la competencia por comparación, de manera similar a como se hizo con la concesión de distribución de electricidad en Lima Metropolitana. Como sabemos, la competencia por comparación es un mecanismo regulatorio que

Cuadro N° 3:
Transferencias de LAP al Estado Peruano (en miles de US\$)

Concepto	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Retribución al Estado (46.511%)	19,027	24,440	26,590	29,700	35,517	38,135	46,954	54,038	60,760	68,912	81,808	485,881
Transferencias a CORPAC	9,343	10,933	11,658	12,889	14,985	16,292	18,750	20,497	22,013	24,262	26,515	188,137
50% Aterrizaje y despegue	5,264	6,092	6,168	6,751	8,090	8,696	9,598	10,463	11,419	13,002	14,261	99,804
20% TUUA internacional	4,079	4,841	5,490	6,138	6,895	7,596	9,152	10,034	10,594	11,260	12,254	88,333
Tasa regulatoria	492	644	691	774	912	998	1,202	1,373	1,543	1,746	2,033	12,408
Transferencias según contrato de concesión	28,862	36,017	38,939	43,363	51,414	55,425	66,906	75,908	84,316	94,920	110,356	686,426
Transferencias por tributos	7,507	7,449	10,088	4,682	6,802	13,579	20,532	18,721	26,345	35,946	36,413	188,064
Total de transferencias	36,369	43,466	49,027	48,045	58,216	69,004	87,438	94,629	110,661	130,866	146,769	874,490

Fuente: LAP

permite disciplinar el desempeño de monopolios naturales que operan servicios similares en áreas, o localidades, diferentes pero parecidas en cuanto a características socioeconómicas (Green y Rodríguez-Pardina, 1999).

De otro lado, se reducían los costos de transacción en las relaciones entre el Estado y sus entidades y el concesionario: en lugar de tener un contrato en la modalidad de APP por aeropuerto –para un total de 18 contratos–, se tenía solamente un par. Adicionalmente, por volumen de negocio, se podría atraer consorcios con mayor experiencia y mayores espaldas financieras.

Esto es particularmente relevante en un esquema de APP, ya que el Estado comparte con el concesionario privado los riesgos de construcción y también los riesgos de ingresos, pero es el concesionario quien es el titular del endeudamiento necesario para hundir los costos en la infraestructura (Akitoby, Hemming y Schwarz, 2007). Estos esquemas se implementan cuando se verifica que la tasa de retorno esperada del negocio es menor a la que demandaría un privado para asumir los riesgos comerciales (o de ingresos), pero todavía en un rango razonable, o aceptable, para compartir los riesgos de construcción con el Estado. Desde el punto de vista público, en un esquema de APP, se liberan restricciones de endeudamiento, contribuyendo al logro de resultados positivos de déficit del sector público.

El primer paquete de aeropuertos se concesionó en 2006 a la empresa Aeropuertos del Perú (AdP), constituida por el Consorcio GBH-Swissport Aeropuertos, de capitales peruanos, suizos y españoles. La concesión comprende 12 aeropuertos regionales, localizados en el norte del país, con la excepción del aeropuerto de Pisco al sur de Lima. El segundo grupo se concesionó en 2010 al consorcio Aeropuertos Andinos del Perú (AAP), conformado por Corporación América de Argentina y Andino Investment Holding de Perú. Solamente comprende seis aeropuertos localizados al sur de Lima, quedando el aeropuerto del Cusco excluido de estos procesos, probablemente debido a que el proyecto del nuevo aeropuerto internacional en Chinchero todavía se encuentra en cartera en PROINVERSIÓN.

La distribución de riesgos de una APP cofinanciada es diferente a la de una autosostenible, como veremos a continuación.

4.2.1. El primer grupo de aeropuertos

El concesionario brinda todos los servicios, tanto a pasajeros como a aerolíneas. Los servicios aeroportuarios están regulados, sea por tarifas (utilización de terminales, aterrizaje y despegue, estacionamiento de aeronaves, y almacenamiento y despacho de combustible), o por la vía del reglamento de acceso (movimiento de carga, servicio de rampa, uso de *counters*, oficinas

operativas, mantenimiento de aeronaves). Las tarifas se ajustan anualmente por la inflación nacional y de los Estados Unidos. De manera similar a la clasificación que se encuentra en el AIJCH, el conjunto de servicios no aeroportuarios, como el alquiler de locales comerciales o la publicidad, son ofrecidos en condiciones comerciales por el concesionario.

Siendo el esquema de APP, el concesionario recibe pagos del Estado sea por obras realizadas (PAO), que es un monto fijo, o por mantenimiento y operación (PAMO), que es un monto que puede variar sea por cambios en los precios de insumos críticos o por respuesta a los incentivos para la generación de ingresos regulados. De hecho, la variable de competencia para otorgar la concesión es el menor PAMO requerido. El consorcio ganador requirió 9.4 millones de dólares anuales, equivalentes a 98% del PAMO máximo considerado por PROINVERSIÓN.

El regulador juega un rol crítico en este esquema. Por un lado, supervisa las obras y, al reconocerlas, da luz verde para que se hagan efectivos los pagos por PAO. Por otro lado, le corresponde hacer los reajustes anuales de PAMO, de tal modo de asegurar los ingresos para el concesionario pero también cuidar los intereses públicos al pagar lo justo.

El detalle de la distribución de riesgos se encuentra en el anexo 2. Aparentemente, no habría grandes diferencias en la asignación de riesgos, entre esta APP y la concesión autofinanciada. Sin embargo, y como siempre, son los detalles los que entran a tallar en el análisis. Por ejemplo, el pago por obras está garantizado, por lo que la amortización de la

inversión comprometida *ex ante* también, lo que contrasta con una concesión autofinanciada, que depende críticamente de los ingresos del negocio.

En el siguiente cuadro, se encuentra los montos de los pagos recibidos por AdP hasta 2010.

4.2.2. El segundo grupo de aeropuertos

El gran marco de regulación para el segundo grupo de aeropuertos es similar al del primer grupo. Lo interesante es que al término del tercer año de la concesión, las tarifas que cobrará el concesionario serán aquellas vigentes en los aeropuertos del primer grupo. Con esto, el concesionario conoce la vara con que será medido, y el regulador implícitamente le ha brindado una pieza de seguridad jurídica respecto de sus ingresos esperados. Es la manera de implementar la competencia por comparación como mecanismo regulatorio.

Dicho esto, es importante también notar que, al homogeneizar la tarifa por uso de aeropuertos a nivel nacional, se logran dos efectos. Por un lado, se permite que el concesionario promedie un nivel de ganancia resultante de diferenciales de costos de mano de obra y otros no transables locales. Por otro lado, para todo fin práctico, el uso de aeropuertos se convierte en un bien que puede ser calificado de "transable".

En esta concesión, llamó muchísimo la atención la oferta agresiva realizada por el consorcio ganador, que requirió únicamente el 50% del PAMO máximo establecido por PROINVERSIÓN. De manera similar a lo ocurrido con la concesión del AIJCH, prontamente se solicitaron diversos cambios en el contrato.

Cuadro N° 4:
Pagos por cofinanciamiento reconocidos a AdP (incluye IGV)

Concepto	2007	2008	2009	2010	Total
Mantenimiento correctivo - Liquidaciones (US\$)	117,591	902,393	1,015,193	779,340	2,814,517
Obras de rápido impacto y equipamiento mínimo - Liquidaciones (US\$)	968,473	4,426,761	4,079,009	401,346	9,875,589
Pago por Mantenimiento y Operación - PAMO (US\$)	7,156,823	8,963,717	9,509,207	8,722,071	34,351,818
Total Cofinanciamiento (US\$)	8,242,887	14,292,871	14,603,409	9,902,757	47,041,924
Pago por Obras - PAO (S/.)	-	-	11,240,601	81,807,775	93,048,376
Total Cofinanciamiento (S/.)			11,240,601	81,807,775	93,048,376

Fuente: OSITRAN

El resto de consideraciones del contrato de AAP son similares a las del contrato del primer grupo de aeropuertos. El detalle de la distribución de riesgos se encuentra en el anexo 3.

5. Discusión y conclusiones

Los procesos de concesión de aeropuertos en el Perú han sido oportunos, en la medida que se han adelantado, siquiera un poco, al espectacular crecimiento económico que exhibe el Perú. Dicho esto, lo cierto es que no han estado exentos de ofertas agresivas y, por lo tanto, han abierto un campo libre para la renegociación de las condiciones, demoras en el desarrollo de la infraestructura, y afectación de la relación con el Estado, sea con el concedente, quien debe decidir sobre los cambios en los contratos, o con el regulador, quien debe opinar sobre la pertinencia de los cambios.

En el esquema de desarrollo para la infraestructura aeroportuaria en el Perú, se ha optado por un esquema de subsidios cruzados sectoriales. El aeropuerto más grande y rentable, el AIJCH, provee ingresos para financiar la expansión de la infraestructura y la operación de 18 aeropuertos regionales. Sea porque en un esquema de APP, el Estado ya no se endeuda para desarrollar la infraestructura, o porque los recursos provienen de la utilización del aeropuerto más rentable, este esquema de desarrollo resulta un negocio redondo para el Estado. Se libera así presupuesto público para brindar otros servicios que por definición, no son rentables para el sector privado.

Lo cierto es que todavía sorprende que sea necesaria una APP para desarrollar aeropuertos, como los de Arequipa, Piura, Chiclayo, Trujillo, para citar solo algunos, situados en ciudades pujantes y que crecen económicamente. De otro lado, lo cierto es que, hasta el momento (2012), no se ha abordado de manera ordenada la manera cómo aumentar la conectividad de localidades aisladas, particularmente en la selva peruana. Discusiones tales como si fundar una empresa pública para tal fin, o diseñar algún esquema novedoso de subasta de mínimo subsidio para atender a la población aislada y que depende de transporte aéreo para su conectividad e integración con la nación, todavía no están claramente en la agenda de políticas. En cualquier caso, sea la manera como el Estado decide abordar el problema, será necesaria la infraestructura, mínimamente la pista de aterrizaje, y ello requerirá de dedicar costos hundidos en localidades todavía menos rentables

que las ciudades de la costa peruana. La agenda está abierta.

6. Bibliografía

AKITOBY, Bernardin; HEMMING, Richard y Gerd SCHWARZ (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Washington D.C.: FMI

ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon y John VICKERS (1994). *Regulatory Reform: economic analysis and British Experience*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press

BALDWIN, Robert y Martin CAVE (1999). *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press.

BARRANTES, Roxana. (2006). "¿La moda no incomoda? ¿O desde cuando la dotación institucional es más importante que el mejor mecanismo regulatorio?". En: THEMIS, N° 52, pp. 63 – 74.

BARRANTES, Roxana (2009). "Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 4, N° 7, pp. 329 – 337.

BARRANTES, Roxana y María Kathia CÁRDENAS (2010). "Garantías en proyectos de desarrollo de infraestructura: los casos de telecomunicaciones y gas natural en el Perú". En: Tanaka, Martin (editor) (2010). *El Estado, viejo desconocido*. Lima: IEP.

BENAVENTE, Patricia (2010). *Concesiones de aeropuertos en el Perú: algunas lecciones aprendidas [diapositivas]*. Salvador de Bahía. Consulta: 15 de noviembre de 2012.

Disponible en:

http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.planejamento.gov.br%2Ffotos%2Fppp%2Fconteudo%2Feventos%2Fseminarios%2Farq_down%2Fbahia%2FDia_12%2F3%2F03_AEROPORTUARIAS.pps&ei=G1qIUPTKMYSo8ATKooBI&usq=AFQjCNFDp c P Z U E q H 7 d _ t d v z o G 7 D 3 e Q D _ o Q & sig 2 = r O l j 3 1 n p S U M 2 7 v T w W f b Y T Q

GREEN, Richard y Martín RODRÍGUEZ-PARDINA (1999). *Resetting Price Controls for Privatized Utilities. A Manual for Regulators*. Washington D.C., Economic Development Institute of the World Bank.

GUASCH, J. Luis (2004), *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right*. Washington D.C., The World Bank Institute.

IRWIN, Timothy; KLEIN, Michael y Guillermo E. PERRY (1999). "Government Exposure to Private Infrastructure Risks", en *The World Bank Research Observer*, Volume 14, N° 2, agosto, pp. 229 – 245.

SEREBRISKY, Tomás; SCHWARTZ, Jordan; PACHÓN, María Claudia y Andrés RICOVER (2011). *Making a Small Market Thrive: Recommendations for Efficiency Gains in the Latin America Air Cargo Market*. Washington D.C.: World Bank

SEREBRISKY, Tomás (2012). *Airport Economics in Latin America: Benchmarking, Regulation and the Caribbean*. Washington D.C.: World Bank

SPILLER, Pablo y SAVEDOFF, William (eds.) (2000). *Agua Perdida: compromisos institucionales para el suministro de servicios públicos sanitarios*. Washington D.C.: BID.

STRONG, John, GUASCH, José-Luis y BENAVIDES, Juan (2002). *Managing Risk of Infrastructure Investment in Latin America: Lessons, Issues and Prescriptions*. Washington D.C.: BID. Consulta: 15 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.ppp.mg.gov.br/biblioteca/downloads/downloads/Managing%20Risks%20of%20Infrastructure%20Investment%20in%20Latin%20America%20Lessons%20Issues%20and%20Prescriptions.pdf> [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Portales Web

Aeropuertos Andinos del Perú – www.aap.com.pe [revisado el día 15 de noviembre de 2012]

Aeropuertos del Perú – www.adp.com.pe [revisado el día 15 de noviembre de 2012]

Agencia de Promoción de la Inversión Privada – www.proinversion.gob.pe [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Banco Mundial – www.worldbank.org [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Comisión Latinoamericana de la Aviación Civil – <http://clacsec.lima.icao.int/> [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Instituto Nacional de Estadística e Informática – www.inei.gob.pe [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Lima Airport Partners – www.lap.com.pe [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Ministerio de Transportes y Comunicaciones – www.mtc.gob.pe [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de uso Público – www.ositran.gob.pe [revisado el día 14 de noviembre de 2012]

Private Participation in Infrastructure Database – <http://ppi.worldbank.com/> [revisado el día 15 de noviembre de 2012]

Normatividad

Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

Bases Consolidadas del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

Decreto Supremo N° 021-98-PCM. "Precisan mecanismo general para la determinación del monto considerado como ingresos del FONCEPRI a que se refiere el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 839.

Reglamento de Acceso a la Infraestructura del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

Texto Único Ordenado de Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión al sector Privado del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

7. Anexos

Anexo 1:
Asignación de riesgos en la concesión del AIJC

Tipo de Riesgo	Identificación	Asignación	Mecanismos de gestión de riesgos
De Planeamiento y Construcción	Diseño y construcción con relación a cualquier mejora debe ser adecuada para los propósitos de tal manera que tenga una vida útil no menor que 50 años o de sus años máximos de acuerdo a su naturaleza.	Concesionario	
	Entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto en un plazo máximo de 8 años.	Concedente	
De ingresos	Los estipulados para mantener el equilibrio económico-financiero: ante una reducción del 5.5% de los ingresos brutos, ante un incremento del 5.5% de los costos y/o gastos, o ante el efecto compuesto por cuatro trimestres consecutivos.	Ambos	Entre otras propuestas, se incluye la modificación de las tarifas y de la vigencia de la concesión.
Medio ambientales	Evento de fuerza mayor (terremoto, tormenta, huracán y similares)	Ambos	Seguros, modificaciones de ley/ contrato (tarifas máximas, vigencia de concesión, otras medidas convenientes).
	Pasivos ambientales		Dentro de los 12 meses de la fecha de cierre se debe realizar un EIA.
	- Antes de la fecha de cierre de la concesión - Después la fecha de cierre de la concesión	Concedente Concesionario	
De Operación	Eficiencia en la operación	Concesionario	Requerimientos de estándares internacionales de calidad (IATA). Requerimientos condicionales de contratación de personal.
	Incremento de costos de operación	Concesionario (parcialmente)	Bajo supervisión de OISITAN. En el marco de la cláusula de Equilibrio Financiero.
De financiamiento	Disponibilidad de fondos	Concesionario	Mediante el Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP), el concedente aprueba y autoriza, previa opinión técnica de OSITRAN a los acreedores (interés, monto)
	Tipo de cambio	Concesionario	La mayoría de los ingresos se cobran con tarifas en dólares.
Regulatorios	Cambio de leyes	Concesionario	Estabilidad jurídica
Políticos	Resolución del contrato de concesión por parte del Concedente.	Concesionario	Indemnizaciones (cláusula 15)

Anexo 2:

Asignación de riesgos en la concesión del primer grupo de aeropuertos regionales

Tipo de Riesgo	Identificación	Asignación	Mecanismos de gestión de riesgos
De Planeamiento y Construcción	Diseño y construcción con relación a cualquier mejora debe ser adecuada para los propósitos de tal manera que tenga una vida útil no menor que 50 años o de sus años máximos de acuerdo a su naturaleza.	Concesionario	
	Entrega de terrenos que no forman parte de la concesión pero que están dentro del área de seguridad del aeropuerto en un plazo máximo de 5 años.	Concedente	Expropiación
De ingresos	Variación en los costos de operación, explotación en más de un 5% en un mismo año o de manera acumulativa. Variación en más del 5% en un mismo año o de manera acumulativa en diversos años en términos absolutos, para las inversiones respecto a las previstas. O el efecto compuesto que produjera un resultado neto igual a los casos anteriores.	Ambos	Entre otras propuestas, se incluye la modificación del PAMO
Medio ambientales	Evento de fuerza mayor (terremoto, tormenta, huracán y similares)	Ambos	Seguros, modificaciones de ley/ contrato (tarifas máximas, vigencia de concesión, otras medidas convenientes)
	Pasivos ambientales		Dentro de los 12 meses de la fecha de cierre se debe realizar un EIA.
	- Antes de la fecha de cierre de la concesión - Después la fecha de cierre de la concesión	Concedente Concesionario	
De Operación	Eficiencia en la operación	Concesionario	Requerimientos de estándares internacionales de calidad (IATA). Requerimientos condicionales de contratación de personal.
	Incremento de costos de operación	Concesionario (parcialmente)	Bajo supervisión de OSITRAN. En el marco de la cláusula de Equilibrio Económico.
De financiamiento	Disponibilidad de fondos	Concesionario	Mediante el Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP), el concedente aprueba y autoriza, previa opinión técnica de OSITRAN a los acreedores (interés, monto). Mediante el Costo de Endeudamiento Máximo. Es el costo efectivo de la deuda que como máximo puede contraer el CONCESIONARIO para el financiamiento y realización de las obras, equipamiento y actividades mantenimiento periódico, que el CONCEDENTE reconocerá para efectos del cálculo del PAO.
	Tipo de cambio	Concesionario	La mayoría de los ingresos se cobran con tarifas en dólares.
Regulatorios	Cambio de leyes	Concesionario	Estabilidad jurídica
Políticos	Resolución del contrato de concesión por parte del Concedente.	Concesionario	Indemnizaciones (cláusula 15)
	Riesgos políticos (huelgas, conmociones civiles, daño malicioso, vandalismo y terrorismo)	Concesionario	Seguros contra todo riesgo
	Deshonestidad	Concesionario	Seguro de Deshonestidad 3D

Anexo 3:
Asignación de riesgos en la concesión del segundo grupo de aeropuertos regionales⁹

Tipo de Riesgo	Identificación	Asignación	Mecanismos de gestión de riesgos
De Diseño	Especificaciones defectuosas o incompletas	Concedente	Elaboración al detalle de los expedientes técnicos. Aprobación por parte de DGAC
	Diseño defectuoso	Concesionario	Aprobación previa por el regulador y DGAC
De Construcción	Experiencia y calidad de los contratistas	Concesionario	Procedimiento de selección: acreditar la experiencia del sponsor. Garantías de fiel cumplimiento del contrato. Exigencia de requisitos técnicos y económicos-financieros al contratista.
	Sobrecostos en el proceso de construcción		Se definen "Obras adicionales" y "Obras nuevas", con límite del SNIP. El exceso lo asume el concesionario.
	- Obras planificadas	Concesionario	Elaboración al detalle de los expedientes técnicos. Aprobación por parte de DGAC.
	- Obras adicionales (depende quien lo solicite)	Concedente/ Concesionario	Contrato "llave en mano" que mitigue el riesgo de sobrecostos.
	Ejecución en el plazo	Concesionario	Contratos "llave en mano" que mitigue el riesgo de retraso de obras. Se realizan estudios geotérmicos
	Expropiación de terrenos	Concedente	Cláusula que acote la obligación del concedente de obtener el financiamiento (caso Andahuaylas)
Medio ambientales	Evento de fuerza mayor (terremoto, tormenta, huracán y similares)	Ambos	Pólizas de seguro obligatorias que cubran contingencias.
	Pasivos ambientales:		Concesionario financia pero el Concedente repaga mediante el PAMO
	- Antes de la fecha de cierre de la concesión	Concedente	
	- Después la fecha de cierre de la concesión	Concesionario	
De Operación	Eficiencia en la operación	Concesionario	Precisar los objetivos de calidad y multas por incumplimiento. Exigencia de contrato de asesoría aeroportuario. Requerimientos condicionales de contratación de personal clave.
	Incremento de costos de operación y mantenimiento (incluye los originados por cambios en la normativa, en requisitos en seguridad o en requisitos ambientales más rígidos).	Concesionario	Bajo supervisión de OISITAN. En el marco de la cláusula de Equilibrio Económico.
De financiamiento	Disponibilidad de fondos	Concesionario	Requisitos económicos de precalificación a los postores. Nivel mínimo de capital. Garantía del MTC por los pagos correspondientes del PAMO, PAO y PPO
	Tipo de cambio	Concesionario	Contratos swaps (no contemplado en el contrato)
	Tasa de interés	Concesionario	Contratos swaps (no contemplado en el contrato)
	Convertibilidad	Concedente	Especificar indemnizaciones
De ingresos	Riesgo de demanda	Concedente	PAMO
	Cambio tarifario	Concesionario/ Concedente	Mecanismos de revisión y modificación tarifaria
Regulatorios	Cambio de leyes	Concesionario	Estabilidad jurídica
Políticos	Corrupción	Concesionario	Seguro contra riesgo político
	Riesgos políticos (huelgas, conmociones civiles, daño malicioso, vandalismo y terrorismo, golpe de estado)	Concesionario	Seguro contra riesgo político

⁹ Extraído del trabajo monográfico de Karin Granda Sánchez, para el curso "Organización y Regulación de Mercados", de la especialidad de regulación de servicios públicos, de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión

Roberto Vélez Salinas*

SUMILLA

El presente artículo explica la necesidad de entender el sistema de concesiones como una forma de desarrollo de infraestructura pensada principalmente en beneficio del usuario y la ciudadanía, a través de la mejora en la calidad y niveles del servicio público; asimismo, de la función de opinión del regulador y si esta constituye, en todos los casos, una decisión administrativa. Se matiza sobre algunos cuestionamientos a la norma propia de las Asociaciones Público Privadas que limitan la actuación de los organismos reguladores, proponiendo, a su vez, una reforma para desarrollar dicha legislación.

I. Antecedentes

El objeto principal del sistema de concesión o de la Asociación Público Privada (APP), no radica en que la construcción y afines eleven sus cifras porcentuales de riqueza, ni que su incremento gradual le sirva al Estado como sustento estadístico para acreditar oficialmente el progresivo desarrollo del país con cifras macroeconómicas que proyecten una mayor riqueza, mejora en los índices de competitividad, del comercio o de las exportaciones. Tampoco debe ser visto como una oportunidad, en la necesidad de búsqueda de mayores recursos, para incrementar los ingresos por retribución en favor del Estado o del presupuesto del Sector Transporte, con el fin de destinarlos para sufragar las metas o los programas políticos planteados desde la competencia del Poder Ejecutivo de turno.

Si bien todo lo anterior resulta muy significativo, no se puede soslayar que la verdadera importancia u objeto fundamental del sistema de APP reside en la eficiente dotación del Servicio Público necesario

en favor del ciudadano de a pie, así como también del usuario intermedio. En este último caso, la adecuada supervisión de infraestructuras constituye la finalidad misma de un organismo regulador, que se encuentra facultado por la Ley a garantizar o establecer, según sea el caso, los estándares programados referidos a la calidad en el servicio, fijando las tarifas más adecuadas y dotando con el acceso a las facilidades esenciales comprendidas en la infraestructura monopólica de uso público, en favor de cualquier potencial usuario que estuviere legalmente capacitado.

En otras palabras, y de manera genérica, un Organismo Regulador¹ se encuentra capacitado para regular o supervisar, en general, el comportamiento de los mercados económicos, normar las actividades de las entidades prestadoras y sus procedimientos, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales sobre las actividades supervisadas, imponer sanciones por los incumplimientos, solucionar las controversias y reclamos, interpretar los contratos de concesión y

* Gerente de la Asesoría Legal de OSITRAN. Abogado titulado por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho Civil y Comercial y estudios de extensión universitaria en regulación de infraestructura de transporte. Además ha sido asesor en la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

¹ Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el Derecho Administrativo. En este contexto aparecen, en forma contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. PALESTRA EDITORES SAC, 2010, p.355.

opinar sobre los mismos. Un ejemplo podría ser el caso de renegociaciones contractuales (adendas) o de últimas versiones de proyectos de contratos de concesión y sus modificaciones.

En este caso, el Organismo Regulador vela, empleando un criterio netamente técnico y objetivo, por que todos los actores involucrados cumplan su función estratégica sin interferencias ni aprovechamientos, declarando con anticipación cualquier manifestación de rompimiento o trasgresión de la naturaleza de la concesión, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y el equilibrio financiero para ambas partes. A su vez, debe advertir acerca de posibles duplicidades normativas de naturaleza legal o contractual que pudieran proyectarse por las entidades competentes, a efectos de enmendar las trabas detectadas en el sistema y así no obstruir con excesiva burocracia el correcto desarrollo o la ampliación del servicio de la infraestructura de uso público concesionada o en vías de concesionar.

El objetivo del sistema de las concesiones, entonces, debe encontrarse en el impulso común de los sectores público y privado para lograr que un mayor número de ciudadanos accedan y satisfagan sus necesidades como usuarios de la infraestructura de transporte de uso y de servicios públicos, dentro del menor costo razonable posible, el mismo que deberá ser debidamente distribuido entre las partes suscribientes de un contrato de concesión (es decir, la empresa o sociedad concesionaria y el Estado de la República del Perú, representado por el ente concedente del sector respectivo de la infraestructura materia de la concesión). En ello debe radicar la principal razón

para el fortalecimiento y modernización legal del sistema de concesiones en el Perú, el mismo que debe ser liderado por el Ministerio de Economía y Finanzas, en adelante MEF, de manera técnica y sin fines políticos ni cortoplacistas.

Ahora bien, cabe destacar que la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos resulta ser de interés nacional, de acuerdo con el sistema jurídico vigente².

Del mismo modo, se encuentra establecido en la norma que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión³.

Dentro de las distintas modalidades de promoción de la inversión privada, se encuentran los contratos de participación, tales como la venta de activos, la asociación en participación, los contratos de gerencia, el *joint venture*, el *outsourcing* y la concesión⁴. La concesión se encuentra contenida en los contratos administrativos, definidos como instrumentos legales a través de los cuales el Estado (concedente) transfiere a favor de una empresa privada (sociedad concesionaria) la administración, mantenimiento, construcción o explotación de determinados bienes. Una característica central de este tipo de esquemas es la ausencia de la prestación de servicios de infraestructura. Para suplir dicha ausencia de competencia en el mercado, se promueve una competencia *ex ante* (por el mercado) entre distintas empresas. Ello se representa en las adjudicaciones, que pueden realizarse a través de concurso público, licitación pública o iniciativas

² Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

“Artículo 1°.- Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

³ Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

“Artículo 2°.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión”.

⁴ Decreto Supremo N° 060-96-PCM, que promulga el Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

“Artículo 3°.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por PROINVERSIÓN, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;

b) El mantenimiento de la obra; y,

c) El pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos”.

privadas, las que a su vez pueden clasificarse, en autosostenibles o cofinanciadas⁵.

Resulta, por lo tanto, de vital importancia otorgarle el rol que le corresponde a este mecanismo de desarrollo, debiendo perfeccionarse la normativa existente, hecho que ha ido ocurriendo, pero de una manera más bien tímida, entre marchas y contramarchas, con lo cual todavía no ha logrado consolidarse ni obtener un consenso mayoritario en la población, así como tampoco se ha logrado plasmar en todos los niveles de gobierno una preferencia por la modalidad de APP por sobre el concepto tradicional de la obra pública. Actualmente, incluso surgen voces que pretenden nuevamente convertir al Estado en empresario, contraviniendo su rol subsidiario, señalado expresamente en el artículo 60º de la Constitución Política.

Lo anterior significa un total desconocimiento respecto del sistema de concesiones. No se trata de deshacer lo ya avanzado, se trata de mejorar la normativa existente para hacer más eficiente el sistema. Por ejemplo, hasta la fecha la legislación no ha implantado un procedimiento eficiente para maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio, así como tampoco para la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos. En algunos casos, se tiene duplicidad de actividades o funciones otorgadas por Ley a dos o más instituciones públicas. Estas fallas de diseño en los contratos de concesión llevan a encarecer los servicios sin que el usuario vea una mejora con respecto al estado anterior al otorgamiento de la concesión. Se trata de trabas burocráticas que limitan una pronta ejecución de obras, dilatando el despliegue acelerado de las inversiones. Todo esto acarrea el riesgo de generar desconfianza entre la población en materia de APP, lo cual no contribuye al desarrollo del sistema.

Siguiendo a VASALLO MAGRO y de IZQUIERDO⁶, el aumento progresivo del gasto público y del déficit público ha llevado a una "(...) crisis del modelo tradicional presupuestario, que no podía

dar respuesta a las necesidades de inversión, ha dado lugar a un replanteamiento del papel que debe asumir el sector público. Su objetivo no debe ser realizar una serie de obras o prestar una serie de servicios directamente sino garantizar que dichas obras y servicios sean prestados a los ciudadanos en las mejores condiciones posibles. Es decir, que la administración pública evolucione de ser un proveedor directo a ser un comprador y regulador de servicios".

Debe resaltarse que, a diferencia de la obra pública, el sistema de concesiones, cuenta con los siguientes beneficios:

- Los Contratos de Concesión⁷ o APPs se han constituido en un importante mecanismo de inversión privada, contribuyendo al aumento del comercio y de la productividad del país, reduciendo los costos de producción y con una mayor cobertura y calidad en el servicio, además de significar un ahorro considerable en el tiempo de viaje y en el de las transacciones de mercancías en las infraestructuras concesionadas.
- Se han integrado zonas de difícil acceso hacia los principales centros económicos y se han modernizado los servicios que reciben los usuarios.
- Ha significado una oportunidad de mejorar el nivel de ingresos de las poblaciones históricamente relegadas; asimismo, ha contribuido en generación de micro empresas, conformadas por comunidades de la zona de influencia de la concesión (artesanía, textiles, turismo, gastronomía, etc.).
- Su ejecución o construcción conlleva luego la explotación de la obra y la prestación del servicio u operación del servicio, lo cual garantiza la calidad de la infraestructura, su adecuado mantenimiento o conservación, así como el de los servicios complementarios implementados por todo el plazo de duración de la concesión.
- El inversionista privado asume los riesgos del diseño y de la construcción de las obras,

⁵ Artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Las Asociaciones Público Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera: A. Autosostenibles: aquellas que satisfagan las siguientes condiciones: i. Demanda mínima o nula garantizada por parte del Estado, (...). ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, (...). B. Cofinanciadas: aquellas que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

⁶ VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Bogotá: CAF (Vice Presidencia de Infraestructura), 2010, p.77

⁷ Tomar en cuenta que, en materia de concesiones, la propiedad de la infraestructura en todo momento de aplicación del Contrato le sigue perteneciendo al Estado (Concedente), por lo que su ejecución, así como cualquier modificación o ampliación de la obra y estudios del proyecto, debe ser aprobada por el propio Estado (Concedente). Al concesionario se le otorga oficialmente un título para la administración, ejecución y explotación de dicha infraestructura por un largo periodo de tiempo.

es decir, los costos adicionales, retrasos, incumplimientos de estándares establecidos, efectos económicos externos (tipo de cambio, aumento del precio del petróleo y de los materiales de construcción), así como de su financiamiento, riesgo de la variabilidad de la demanda o riesgo de disponibilidad de los servicios.

- Contribuye con la meta de lograr el equilibrio fiscal ya que, a diferencia de empresas estatales deficitarias, se tienen ingresos públicos en favor del fisco derivados de la concesión y de la recaudación de tributos.
- Existencia de una colaboración mutua entre el inversionista privado y el Estado, estableciéndose entre ambas partes una adecuada y equilibrada distribución de riesgos respecto del éxito de determinado proyecto u obra de infraestructura de servicio público. Asimismo, mayor eficiencia⁸ y oportunidad del sector privado en la toma de decisiones.

Finalmente, con la intervención de los organismos reguladores en la administración de las concesiones y de las APPs, se busca eliminar la presión política en la toma de decisiones sobre los precios de los servicios públicos.

Además debe tenerse en cuenta que el rol y competencia de los organismos reguladores debe desarrollarse dentro de una relación equitativa y proporcionada entre: 1) los consumidores: adecuada supervisión del contrato para garantizar servicios de calidad y seguridad a tarifas eficientes; 2) los inversionistas: adecuada asignación de riesgos para garantizar el retorno de las inversiones; y, 3) el Estado: con el fin de observar que se cumpla con garantizar la provisión de la infraestructura.

II. La función de expedición de la opinión técnica

La facultad de OSITRAN de emitir una opinión dada su competencia técnica especializada, se encuentra descrita como una de sus funciones

principales⁹, de acuerdo con su Ley de creación. Toda opinión se encuentra siempre plasmada en los informes administrativos que la propia administración de cada organismo regulador tiene a bien expedir. Dicha opinión, en determinadas circunstancias, es elevada y puesta a disposición de la alta dirección del organismo, sirviendo de sustento para su evaluación, consideración y adopción final a cargo del Directorio, viéndose reflejada en el acta de la sesión respectiva que adopta el correspondiente Consejo Directivo.

La facultad de emitir una opinión de la que goza el organismo regulador –en el caso de OSITRAN establecida en el artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público– constituye una función inherente a su cargo, y debe ser ejercida como un derecho a favor del administrado, pero cumpliendo con los condicionantes obligatorios de admisibilidad y procedencia, los cuales se encuentran específicamente detallados en los reglamentos normativos con el fin de no desvirtuar sus efectos reales.

El artículo 171° de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), señala como una presunción de la calidad de los informes administrativos que estos pueden ser obligatorios o facultativos, y vinculantes o no vinculantes. Igualmente, señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de Ley. Es así que será el respectivo contrato de concesión o la norma de forma expresa, según sea el caso, lo que determinará si la correspondiente opinión técnica del regulador es favorable o vinculante.

Por el contrario, en el supuesto que la norma o el contrato guarden silencio y en aplicación de la presunción referida, se tratará de una opinión facultativa y no vinculante.

La facultad de emitir opinión de OSITRAN puede originarse en una obligación dispuesta por la

⁸ “El concepto de eficiencia tiene varias acepciones. La literatura económica distingue entre eficiencia asignativa y eficiencia técnica. La eficiencia asignativa se refiere a los precios que hacen que el bienestar social sea máximo. La eficiencia técnica se logra cuando, para un determinado nivel de calidad, se produce al menor costo posible que permite la combinación de los factores de producción.” VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael; Op. Cit, p. 107.

⁹ Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

“Artículo 7°.- Funciones

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo requiera”.

propia Ley, o también, en lo regulado en los propios contratos de concesión. Esto no quiere decir que deban necesariamente ser excluyentes, pues tanto en la Ley como en los contratos de concesión la correspondiente opinión puede encontrarse igualmente regulada, sirviendo en estos casos, la disposición contractual, como una norma complementaria adicional, cuyo procedimiento regulado se estima necesario desarrollar para la correcta aplicación de la función legal para el caso específico.

En el caso de la Opinión Técnica del Regulador originada según lo dispuesto por la propia Ley, se cuenta generalmente con: a) la opinión previa a la suscripción de las modificaciones contractuales o adendas; b) la opinión para las iniciativas privadas; c) la opinión en la última versión de proyectos de contratos de concesión o para las modificaciones a dichos proyectos; d) la opinión para la interpretación de los títulos o contrato de concesión; y, e) así como, la opinión técnica del regulador para los proyectos de Leyes específicos vinculados a concesiones en transportes que remite el Congreso de la República, situación que no reviste mayor comentario.

Dentro de las diversas opiniones originadas según lo dispuesto en los propios contratos de concesión, se encuentran las que deberá emitir el Organismo Regulador como consecuencia de determinada solicitud de presentación, sea para la modificación de cualquier requisito u obligación establecida, cuya autorización pudiera generar algún supuesto provecho o ventaja respecto de condiciones originalmente pactadas en el contrato; sea que deban cumplirse para gatillar a su favor el otorgamiento de algún supuesto derecho o beneficio económico condicionado; es decir, como una opinión técnica o dictamen previo del regulador, facilitando así al concedente la labor de aprobación de cualquier cuestión incidental surgida del propio Contrato. De este modo, para que el concedente dé su aprobación final (respecto del acreedor permitido del concesionario, de su endeudamiento garantizado permitido o, de la modificación y variación en el porcentaje del grupo accionario del concesionario), el Regulador deberá expedir siempre una opinión previa, la misma que podrá ser, según sea el caso establecido expresamente dentro de cada contrato, una opinión técnica vinculante o favorable, o una opinión técnica no vinculante o facultativa, para los casos operativos menos relevantes. Esto cobra especial importancia en el caso de empresas

internacionales de gran renombre y experiencia, especializadas en la operación de determinadas concesiones aeroportuarias o portuarias, que ingresan como accionistas.

Resulta importante mencionar que las opiniones técnicas no pueden ser materia de impugnación alguna por parte del administrado directamente perjudicado con la opinión del regulador, ya que al tratarse solo de opiniones técnicas no resultan siendo decisiones de la administración. Es así que el Regulador cumple con una función técnica de apoyo a la decisión final de aprobación, contribuyendo con brindar al concedente los argumentos técnicos de sustento necesarios para evitar cualquier toma de decisión desproporcionada, que incluso pudiera afectar el equilibrio contractual originalmente dispuesto entre las partes, al momento de quedar contenida la decisión final en el acto administrativo que tenga a bien producir el propio concedente, en su calidad de parte.

Al respecto, CASSAGNE¹⁰ manifiesta que

“(...) el acto administrativo constituye una declaración habida cuenta que exterioriza un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que traducen una actividad física de la Administración.

Dentro del concepto de declaración se comprenden tanto las típicas declaraciones de voluntad, como las de conocimiento y de opinión o juicio. De modo, pues, que técnicamente constituyen declaraciones los actos que trasuntan una actividad de conocimiento y atestación, tal como acontece cuando la Administración procede a registrar hechos o actos a los que le otorga autenticidad (v. gr., inscripción de derechos reales, certificado de defunción) como cuando certifica hechos sobre los cuales toma conocimiento (v. gr., certificado del cual surge la inhibición de bienes de una persona) o bien, en aquellos en que emite una opinión o un juicio (v. gr., expedición de un certificado de buena conducta)”.

Las opiniones que expiden los Organismos Reguladores, cuyas funciones se originen a través de un mandato legal o contractual, no podrían ser consideradas como actos administrativos declarativos. Esto se debe a que, al final de su actuación, no resuelven una solicitud o incidente, constituyendo únicamente su opinión o juicio,

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. PALESTRA EDITORES SAC, 2010, p.123.

lo que podría calificarse como un dictamen previo a la decisión final que deberá adoptar luego el concedente, aprobando u observando cualquier solicitud, lo cual se realiza a través de un verdadero acto administrativo, el mismo que pone fin al procedimiento. Una excepción a lo mencionado anteriormente radica en la función de interpretación contractual de índole administrativa que ostentan los organismos reguladores, la cual se realiza sobre los títulos o contratos de concesión en curso. En estos casos, la opinión de OSITRAN sí constituye una decisión final de la administración y podría luego resultar siendo impugnada judicialmente en la vía administrativa¹¹ por parte de los administrados que no estuvieren de acuerdo con dicha interpretación¹².

Situaciones en las que el organismo regulador ejerce la función de expedición de opinión

- Renegociaciones contractuales

Refiriéndonos exclusivamente a los más destacados casos de opinión del Regulador surgidos por mandato de una disposición legal. En primer lugar, nos referiremos a las opiniones técnicas que debe expedir el consejo directivo de cada Organismo Regulador, de forma previa, respecto a la suscripción de cualquier modificación contractual o adenda a los contratos de concesión, por parte del Estado (concedente) y el inversionista (concesionario).

En las renegociaciones entre ambas partes, el usuario no se encuentra representado directamente, por lo que el rol de OSITRAN debe centrarse también en velar por sus derechos originarios, así como vigilar que los índices de calidad pactados del servicio público no se vean menoscabados, sino que sean mantenidos o incluso mejorados, pero nunca reducidos.

En este aspecto, coincidimos con DROMI en que¹³, *“Estos contratos de transformación son la herramienta jurídica de la “reforma del Estado”, que permiten el tránsito de la “economía de Estado” a*

la “economía de mercado”. Casos concretos son la *“concesión” de obras públicas y de servicios públicos y las licencias y autorizaciones con forma de acto administrativo bilateral.* A estos contratos podemos llamarlos con propiedad *“contratos de Administración” o “de Estado”, a diferencia de los otros que son “de la” o “con la” Administración.* Ahora bien, todos son contratos públicos”.

Siguiendo con DROMI, *“(…), el contrato administrativo, como negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados”¹⁴.*

Respecto de las modificaciones a estos contratos, DROMI manifiesta igualmente que: *“(…) Los principios de “autonomía” de la voluntad y de la “igualdad” jurídica de las partes, tienen otra forma de manifestarse en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración está investida de prerrogativas en cuanto a la interpretación y modificación del contrato, a efectos de mantener siempre vigente y actualizada la prestación pública necesitada”¹⁵.*

Lo mencionado anteriormente es, en teoría, el precedente de toda actuación pública. Sin embargo, en ocasiones la teoría puede verse rebasada por determinada coyuntura política o económica del país, en el afán de incrementar y desarrollar la inversión privada, ante la búsqueda de cerrar la brecha de infraestructura, intentándose flexibilizar excesivamente, al momento de la renegociación contractual, los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación.

Al respecto, seguimos a VASALLO MAGRO e IZQUIERDO: *“Es posible, entonces, hacer una distinción entre tres tipos de renegociaciones en contratos incompletos: renegociaciones pareto óptimas, renegociaciones eficientes pero no*

¹¹ Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.

“Artículo 10°.-

Cláusulas arbitrales: 10.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP conforme a lo establecido en el numeral 9.6 del artículo 9° de la Ley, se regirán por las siguientes disposiciones: a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. En tal sentido, se entiende que no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa. (...)”.

¹² Sobre el presente tema, se recomienda revisar el artículo: *“Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio”.* En: Revista ADVOCATUS N° 24, p.457.

¹³ DROMI, Roberto. Renegociación y Reconversión de los contratos Públicos. Editorial: Ciudad Argentina. 1998, p. 36

¹⁴ DROMI, Roberto. Op. cit. p. 8.

¹⁵ Op. cit. p. 17.

pareto óptimas y renegociaciones ineficientes. Las renegociaciones pareto óptimas son las que dan lugar a un incremento del bienestar social de todos los agentes afectados por la infraestructura. Éste sería el caso de que el concesionario descubriera que una variante a la propuesta es más barata para él y reduce el tiempo de los usuarios. Las renegociaciones pareto óptimas deben llevarse siempre a cabo, ya que dan lugar a un incremento del bienestar social global y de cada uno de los agentes implicados.

En el caso de las renegociaciones eficientes pero no pareto óptimas, la renegociación dará lugar a un incremento del bienestar global, pero a costa de que alguno de los agentes salga perdiendo. Las renegociaciones ineficientes son las que se producen cuando hay una pérdida social respecto a la situación inicial. Por lo general, se dan cuando un consorcio lleva cabo una oferta agresiva e irreal en la licitación con la esperanza de renegociar el contrato más adelante¹⁶.

De lo anterior, se desprende la importancia de que los organismos reguladores ejerzan sus competencias funcionales de una manera autónoma, sin presiones políticas ni empresariales, contando con los recursos necesarios para la contratación de personal idóneo, con perfil técnico elevado y capacitación permanente, dotándolos de una personalidad administrativa que lidere, con carácter técnico, cualquier proceso regulatorio y/o sectorial.

En lo referente a las opiniones técnicas previas a cualquier modificación contractual, la función de opinión de OSITRAN se encuentra regulada tanto en su propia Ley de creación, como en las respectivas cláusulas de revisión y modificación contractual que incorpora cada uno de los correspondientes contratos de concesión¹⁷.

La norma pertinente en materia de APP¹⁸ señala ciertos requisitos que deberán cumplirse necesariamente para proceder a la tramitación de una modificación contractual. Esto con el fin de evitar un excesivo número de renegociaciones, lo cual constituye un problema vigente propio del sistema de las concesiones a nivel internacional. A continuación se señalan dichos requisitos:

- Deberán haber transcurrido cuando menos tres años desde la fecha de suscripción del contrato de concesión. Se establecen excepciones: corrección de errores materiales, requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa del cierre financiero, aspectos operativos para una mejor ejecución del contrato, así como para el adelanto del programa de inversión con cargo a la retribución prevista en el contrato y que dicha modificación no implique un cambio en la naturaleza del contrato.
- El requerimiento de emisión de opinión del regulador deberá ser efectuado por el propio concedente.
- El sector, a través del concedente, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a renegociar un contrato, en caso la propuesta: i) Desvirtúe el objeto del proyecto original, o ii) Involucre un monto adicional que supere el 15% del costo total del proyecto de la APP.

Finalmente, cabe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1012 establece un plazo excesivamente corto de diez días hábiles, dada la enorme magnitud de los hechos que pueden implicar una renegociación, dentro del cual el organismo regulador deberá expedir su opinión, bajo apercibimiento de tenerse favorable la solicitud de negociación

¹⁶ Mejor conocidas como las renegociaciones oportunistas, son renegociaciones ineficientes motivadas, en la mayoría de los casos, por ofertas demasiado optimistas en un principio, llevadas a cabo sobre la base de la esperanza de renegociar en el futuro. VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael; Op. Cit, pp. 180 y 181.

¹⁷ En este aspecto, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y sus modificatorias, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Artículo 25°.-

La concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, entre otros, teniendo en consideración: a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso; b) El plazo de otorgamiento de la concesión; c) La oferta financiera; d) Los ingresos garantizados por el Estado; e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación; f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso; y, g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

El organismo regulador correspondiente velará que se cumplan los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación, formulada de conformidad con los incisos a que se refiere este artículo, los que se incorporarán en el contrato de concesión.

¹⁸ Artículo 9° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus modificatorias. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

- Iniciativas privadas

En el marco de las nuevas relaciones entre la sociedad civil y el Estado, las diferentes legislaciones han reconocido a la sociedad civil la facultad para que, a través de una iniciativa privada, se permita la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura o en la explotación de un Servicio Público definido, siempre y cuando el desarrollo de los mismos sea declarado de interés público¹⁹.

Lo destacable de la figura de la iniciativa privada es que el impulso privado es admitido en la fase de planificación de los proyectos públicos. De este modo, la participación privada adopta un papel trascendente ya no solo en la gestión de servicios o dotación de infraestructura pública, sino en la propia definición de las decisiones de dar prioridad a la agenda pública. En este sentido, las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión pública²⁰.

La facultad de presentar iniciativas privadas la tienen tanto las personas jurídicas como los consorcios de personas jurídicas o de personas naturales con personas jurídicas, sean nacionales o extranjeros.

La iniciativa privada constituye un modo inverso a los mecanismos tradicionales de promoción de las obras públicas. Tradicionalmente, el Estado invierte en identificar las necesidades, elaborar estudios, estructurar procesos y hasta identificar los recursos.

En la actualidad, con este moderno mecanismo, el inversionista resulta quien identifica el recurso del Estado, realiza los estudios preliminares y estructura el proyecto, el cual es presentado a la autoridad gubernamental respectiva.

Por su parte, el trámite está a cargo del correspondiente Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), a nivel de los diferentes niveles de gobierno.

En el caso del Gobierno Nacional: PROINVERSIÓN, para los proyectos que se le asignen en función a su relevancia nacional. Asimismo, los Ministerios, a través de los Comités de Inversión que se conformen.

En el caso de los niveles de Gobierno Regional y Local, las facultades del OPIP se ejercen en forma directa a través del órgano del Gobierno Regional o Local designado para tales efectos. El máximo órgano del OPIP es el respectivo Consejo Regional o Municipal.

- Declaratoria de interés público

La aprobación de la declaratoria de interés se realizará mediante el acuerdo del máximo órgano del OPIP. La declaratoria de interés se publicará en el diario oficial "El Peruano", por una sola vez, en un diario de circulación nacional, por una sola vez, y en la propia web del OPIP.

La finalidad de la publicación reside en que los eventuales terceros interesados puedan presentar sus expresiones de interés respecto de la ejecución del mismo proyecto u otro que, a criterio del OPIP, resulte alternativo. El OPIP estará facultado a realizar las actividades de promoción que estime convenientes y que a su juicio fomenten la concurrencia de los terceros interesados.

Como consecuencia de esta declaratoria de interés público, se les concede a los terceros interesados noventa días calendarios, contados a partir del día siguiente de la publicación de la declaratoria de

¹⁹ A las iniciativas privadas se les aplica fundamentalmente el siguiente marco normativo: Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y modificatorias; su Reglamento, Decreto Supremo N° 146-2008-EF y modificatorias; el Decreto Legislativo N° 674, que aprueba la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado y de forma supletoria también la Ley N° 28059, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

²⁰ Decreto Supremo N° 102-2007-EF: Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Artículo 2°.-

Definiciones: 2.1. Definase como Proyecto de Inversión Pública a toda intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad productora o de provisión de bienes o servicios; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y éstos sean independientes de los de otros proyectos.

2.2. No son Proyecto de Inversión Pública las intervenciones que constituyan gastos de operación y mantenimiento. Asimismo, tampoco constituye Proyecto de Inversión Pública aquella reposición de activos que: (i) se realice en el marco de las inversiones programadas de un proyecto declarado viable; (ii) esté asociada a la operatividad de las instalaciones físicas para el funcionamiento de la entidad; o (iii) no implique ampliación de capacidad para la provisión de servicios.

2.3. Para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, considérese Recursos Públicos a todos los recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las Entidades del Sector Público. Los recursos financieros comprenden todas las fuentes de financiamiento.

2.4. Para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, el Programa de Inversión es un conjunto de Proyectos de Inversión Pública y/o Conglomerados que se complementan y tienen un objetivo común.

interés, para presentar sus expresiones de interés respecto de la ejecución del mismo proyecto de inversión u otro alternativo.

Con respecto al trámite de las iniciativas privadas, podemos mencionar que la falta de pronunciamiento no genera ningún derecho al proponente, por tanto no resulta posible al peticionante la aplicación a su favor de silencios administrativos. Tampoco le corresponde posibilidad alguna de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial, pues las iniciativas privadas tienen el carácter de petición de gracia.

Finalmente, la propia norma original de la APP establecía que las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, estableciéndose expresamente que las mismas no podrán demandar garantías financieras y se sujetarán a lo establecido para las autosostenibles. Esta situación luego se derogó tácitamente con la expedición de la Ley N° 29771²¹, mediante la cual y por Ley del Congreso de la República se viene estableciendo que las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios públicos. Elimínandose con ello la prohibición originaria que establecía que las iniciativas privadas no podrán demandar garantías financieras. Por lo que, en la fecha, procede la aplicación de las iniciativas privadas, tanto para concesiones autosostenibles como para cofinanciadas.

La intervención del organismo regulador se presentaría en los casos en que la iniciativa privada presentada ante PROINVERSIÓN, se financie con tarifas de servicio público. La opinión deberá ser emitida en un plazo no mayor de veinte días hábiles, bajo apercibimiento de entenderse como favorable.

- **Proyectos finales de contratos de concesión**

Al respecto, la Ley marco de las APPs para la provisión de infraestructura y servicios públicos establece que el diseño final del contrato de APP, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho

plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del organismo regulador correspondiente, a través de su Consejo Directivo, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

El informe previo de la Contraloría General de la República respecto de la versión final del contrato de Asociación Público Privada solo podrá versar sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del artículo 22° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

Los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.

En lo que respecta a los plazos, así como al carácter de las opiniones del regulador, la norma aplicable establece que los contratos establecerán un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidas por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas y el informe previo de la Contraloría General de la República, se referirán exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Del mismo modo, la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 del artículo 9° de la Ley, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.

Sobre este aspecto, cabe resaltar que se restringe vía Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, Decreto Legislativo N° 1012, la actuación y funciones de los organismos reguladores otorgadas tanto vía Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, como vía sus respectivas leyes de creación. En dicha Ley así como en sus Leyes de creación, se señalan una serie de competencias adicionales que exceden a los temas tarifarios, de facilidades esenciales y de calidad de servicio. Por lo que, las limitaciones a la actuación de los organismos reguladores a través del mencionado Decreto Supremo N° 146-2008-EF, deviene en inconstitucional.

²¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 27 de junio de 2011.

III. La función de OSITRAN de interpretar los contratos de concesión

En este caso, al igual que en los casos específicos mencionados anteriormente, la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, ha sido otorgada por el imperio de la Ley y de forma exclusiva en favor del regulador, correspondiendo su pronunciamiento al propio Consejo Directivo.

Ahora bien, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión.

De acuerdo con los referidos Lineamientos, los cuales recogieron expresamente los criterios y métodos de interpretación establecidos en el Código Civil Peruano, el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Asimismo, pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión: el concesionario, el concedente y los terceros legítimamente interesados.

El procedimiento de interpretación deberá ser tramitado como un procedimiento trilateral, por lo tanto no resulta de aplicación el plazo de treinta días para la resolución del procedimiento administrativo (artículos 142°, 219° e inciso 1 del artículo 221° de la LPAG).

Cuando se inicia el procedimiento de interpretación de oficio, las partes y terceros interesados, deberán presentar su escrito de contestación dentro de los 15 días posteriores a la notificación del inicio de procedimiento de oficio, vencido dicho plazo OSITRAN declarará en rebeldía a la parte que no hubiere presentado su contestación (artículo 223° de la LPAG).

Si la administración lo considera pertinente, se podrá permitir la entrega de la contestación luego de vencido el plazo antes indicado. Del mismo modo, las partes podrán emitir réplicas, alegando violaciones a la legislación; respecto de dichas réplicas se podrán presentar respuestas (inciso 4 del artículo 223° de la LPAG). Sin perjuicio de ello,

conforme a lo dispuesto por el artículo 224°, las réplicas a las contestaciones no están permitidas, siendo que los nuevos problemas incluidos en la contestación de las partes y terceros interesados serán considerados como materia controvertida. Solo por acuerdo unánime de las partes, el regulador podrá prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas, pudiendo realizarse incluso informe oral ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

RUBIO CORREA²² señala que el problema de la interpretación jurídica²³ aparece:

“(...) cuando el qué quiere decir la norma jurídica aplicable, no queda suficientemente claro a partir de la aplicación de las fuentes y del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Este problema de interpretación puede surgir del texto mismo (es oscuro en sí) o de su aplicabilidad al caso concreto (el texto normativo es claro, pero no se puede saber con claridad su significado a partir de los matices fácticos del caso al que se quiere aplicarla).”

“En cualquier situación, la teoría de interpretación está destinada a desentrañar el qué quiere decir la norma jurídica.”

La principal diferencia entre interpretación y modificación del contrato de concesión radica en que para la primera, los efectos de la interpretación se retrotraen hasta el momento inicial de la suscripción de contrato, mientras que para la modificación contractual, los efectos recién se constituyen a partir de la firma de la modificación contractual o adenda respectiva.

Finalmente, en caso de impugnación de la decisión de interpretación del regulador, se deberá seguir el trámite dispuesto por el artículo 227° de la LPAG.

IV. Conclusiones

- La función de Opinión Técnica del Regulador tiene su origen en una disposición legal o en un contrato de concesión. Las funciones de opinión originadas en una interpretación o modificación contractual han sido otorgadas por imperio de la Ley de manera exclusiva en favor del regulador.

²² RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009. p. 248.

²³ Si bien existen diferencias entre la interpretación del contrato e interpretación de la Ley, la cita permite aclarar qué se entiende por interpretación.

- La Opinión Técnica del Regulador al no ser una decisión administrativa, no es materia de impugnación, salvo para el caso de las interpretaciones de los títulos o contratos de concesión, en cuyo caso, las únicas vías de impugnación válidamente procedentes son la reconsideración administrativa ante su consejo directivo, así como la jurisdiccional, a través del correspondiente proceso contencioso administrativo.
- La Opinión Técnica del Regulador, se encuentra sujeta tanto a los criterios y métodos establecidos en el Código Civil Peruano, como a los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en las normas procedimentales.
- Se hace necesaria una reforma urgente, con rango de Ley, de la legislación aplicable en materia de APPs, para efectos de perfeccionar el sistema que viene siendo aplicado hasta la fecha de manera auspiciosa.
- En dicha reforma ineludible, deben eliminarse las disposiciones normativas que limiten las funciones de los Organismos Reguladores y que dificultan el propio desarrollo del sistema de concesiones, así como la calidad del servicio de la infraestructura de uso público en beneficio del propio usuario y ciudadanía.

LAUB & QUIJANDRÍA
consultores y abogados

 **OSIPTEL**

El Regulador de las Telecomunicaciones

Te ayuda, te orienta, te informa

La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu

Jorge Fernández-Baca Llamosas*

SUMILLA

En el presente trabajo se analiza la denuncia contra las empresas Ferrocarril Trasandino y PerúRail, por un presunto abuso de posición de dominio en el manejo de la vía férrea y del material tractivo y rodante que la primera obtuvo en concesión, en la ruta de Cusco a Machu Picchu. Tal como se podrá apreciar, la decisión que tomó el Tribunal del INDECOPI se basó en la falsa premisa que el material ferroviario que Ferrocarril Trasandino tenía en concesión constituía una facilidad esencial.

1. Antecedentes

1.1 El intento por parte de FERSIMSAC de alquilar los vagones y locomotoras otorgados en concesión a FETRANS

A fines de 2002, la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC) solicitó el permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros pasajeros en la vía del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica). El 30 de diciembre, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en adelante MTC, le otorgó dicho permiso por el período de un año, mediante la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14. De acuerdo con las normas vigentes, el MTC le otorgó un plazo de treinta días hábiles para presentar copia de las pólizas de seguros emitidas en el país y copia del contrato vigente de derecho de acceso a la línea férrea suscrito con el concesionario FETRANS.

El 17 de enero de 2003, FERSIMSAC solicitó a FETRANS el alquiler de material tractivo y rodante y el acceso a las estaciones ferroviarias de esta empresa con la finalidad de operar en la ruta Cusco–Machupicchu–Hidroeléctrica. Una semana después, el 24 de enero, FERSIMSAC solicitó formalmente a FETRANS la suscripción de un

contrato de derecho de acceso a la línea férrea del FSO (ruta Cusco –Machupicchu– Hidroeléctrica). El mismo día, FETRANS respondió con una negativa a la primera solicitud señalando que “todo el material tractivo y rodante proporcionado al concesionario según los términos del contrato de concesión ha sido arrendado a PerúRail S.A. de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de arrendamiento, que fuera oportunamente presentado a OSITRAN”.

Dado el plazo de treinta días hábiles otorgado por el MTC para acceder a un contrato de acceso a la vía férrea, FERSIMSAC solicitó una ampliación de dicho plazo el 17 de febrero. El 25 de febrero, el MTC le otorgó treinta días adicionales. Entretanto, FETRANS reiteró que estaban pendientes las observaciones formuladas en su carta del 24 de febrero.

Debido al entrapamiento de las negociaciones con FETRANS, el día 10 de marzo, FERSIMSAC solicitó ante el Consejo Directivo de OSITRAN que dicte un mandato de acceso temporal de acuerdo con lo previsto en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), argumentando que dicho mandato le permitiría cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 13° del Decreto Supremo

* Profesor del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico y miembro del Centro de Investigación de esta casa de estudios. Ph.D. (c) en Economía por la Universidad de Paris I, con especialidad en Economía de la Investigación y Desarrollo y Bachiller y Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI y Director del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

N° 027-99-MTC/44 y, en consecuencia, continuar con los trámites necesarios para la prestación efectiva del servicio de transporte ferroviario.

El Consejo Directivo de OSITRAN decidió dictar un Mandato de Acceso Temporal por un período de seis meses, con la finalidad que FERSIMSAC empresa continúe los trámites correspondientes ante el MTC, y para ello emitió la Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN del 24 de marzo de 2003. Como consecuencia de esta resolución, el MTC resolvió ampliar el plazo para que FERSIMSAC culmine sus trámites hasta el 30 de junio.

Sin embargo, el MTC resolvió finalmente declarar la caducidad del permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros otorgado a FERSIMSAC, mediante la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 del 14 de julio de 2003. El motivo de dicha decisión fue que, de acuerdo con el literal c) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC/44, cuando la empresa presta servicios de transporte de pasajeros y/o de carga por un período mayor de seis meses, el Permiso de Operaciones queda sin efecto.

FERSIMSAC interpuso recurso de apelación el 17 de julio, pero dicho recurso fue declarado infundado por la Resolución Viceministerial N° 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003, quedando así agotada la vía administrativa.

1.2 El Informe de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI

El 1 de agosto de 2003, OSITRAN remitió a INDECOPI un oficio¹ donde le solicitaba opinión respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en las que habría incurrido FETRANS, la empresa concesionaria del Ferrocarril Sur-Oriente (FSO)

El 18 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI emitió el informe N° 055-2004/GEE, cuyas conclusiones eran las siguientes:

- (i) En el tramo del FSO, la competencia intermodal es bastante limitada.
- (ii) Existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO; sin embargo, en la práctica se observa que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos cuatro años.

- (iii) La evidencia encontrada en otros procesos de concesión distintos al FSO muestra que la competencia intermodal contrarresta los posibles efectos restrictivos de la libre competencia derivados del modelo de integración vertical.
- (iv) El desarrollo de competencia intramodal en el FSO se ve limitada por la especificidad de los activos necesarios para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros, y los costos hundidos que involucra la inversión en material tractivo y rodante.
- (v) Existe asimetría en la rentabilidad de prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, entre el entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante, y el que alquila el material tractivo y rodante concesionado a FETRANS en condiciones similares a las del operador establecido.
- (vi) No se debe descartar la posibilidad que un entrante que adquiera material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultados de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero.
- (vii) Una estrategia que busque promover la competencia intramodal, a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado del operador establecido, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
- (viii) En el caso que FETRANS ostente una posición de dominio en el mercado relevante, una negativa por parte de éste de arrendar material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo N° 701. Asimismo, podría considerarse como una violación de lo estipulado en el contrato de concesión celebrado entre el Estado peruano y FETRANS, el cual en su artículo 7° inciso

¹ Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN.

6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.

- (ix) Al ser FETRANS y PerúRail empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de un tercero al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Por lo tanto, carecería de sentido alegar la existencia de un contrato de alquiler como un impedimento real para que algún operador entrante tenga acceso al uso del material tractivo y rodante.

2. La denuncia de FERSIMSAC

El 27 de agosto de 2004, FERSIMSAC presentó una denuncia en contra de FETRANS por abuso de posición de dominio y monopolio del transporte ferroviario en la ruta Cusco–Machupichu–Hidroeléctrica. En el escrito de la denuncia se formularon los siguientes argumentos:

- (i) FETRANS le ha causado un serio perjuicio económico al haberse negado reiteradamente a atender su solicitud de alquiler del material tractivo y rodante entregado por el Estado, como parte de los bienes de la concesión del FSO.
- (ii) El MTC le otorgó a FERSIMSAC un permiso de operación para el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002.
- (iii) No obstante haber iniciado las negociaciones con FETRANS para suscribir el contrato de acceso a la vía férrea, a efectos de cumplir con lo dispuesto en la referida resolución, dicha empresa dilató el tiempo para la firma del referido contrato, motivo por el cual el MTC declaró la caducidad del permiso de operaciones de FERSIMSAC.
- (iv) No obstante haber solicitado a FETRANS el alquiler de parte del material tractivo y rodante, dicha empresa contestó que no existía disponibilidad de dicho material toda vez que lo tenía arrendado (a PerúRail) en la modalidad de negativa injustificada (o trato discriminatorio).
- (v) FERSIMSAC inició las acciones pertinentes ante OSITRAN a efectos de que se ordene a la concesionaria cumplir con su obligación de “equidad en servicios”, es decir, la obligación de tratar a todas las empresas que soliciten sus servicios de forma equivalente, contenida en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión del FSO.
- (vi) El argumento utilizado por FETRANS para no alquilar el material tractivo y rodante que es

propiedad del Estado y no del concesionario constituye, por lo tanto, una flagrante infracción al principio de “equidad de servicios”, puesto que solo beneficia a PerúRail, empresa vinculada a FETRANS.

3. El informe de la Secretaría Técnica

Sobre la base del informe de la Gerencia de Estudios Económicos, la Secretaría Técnica preparó un estudio más amplio, el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC el cual fue emitido el 26 de octubre de 2004. Cabe remarcar que en este informe no existe la menor referencia a la denuncia de FERSIMSAC.

3.1. Barreras a la entrada

La línea férrea del FSO es de trocha angosta (0,914 m.), lo cual determina que los interesados en operar en dicha red solo puedan prestar el servicio con material tractivo y rodante que cumpla con las especificaciones para operar en este tipo de situaciones. Dado que en el mundo prácticamente no existen redes viales de trocha angosta, con excepción de Colombia, Guatemala y Alaska, sería muy difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con estas características

Dado que en los países europeos se emplean estándares técnicos distintos de los utilizados en el Perú, encargar la fabricación de material tractivo y rodante bajo las mismas características que el sistema ferroviario peruano implicaría costos adicionales asociados a su adaptación a las especificaciones técnicas propias de la vía férrea del FSO.

En consecuencia, cualquier operador que intente entrar a prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO tendría que incurrir en costos adicionales de búsqueda y acondicionamiento, lo cual constituye una barrera de ingreso al mercado.

Por otro lado, en el FSO, PerúRail es la única empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario y, además, se encuentra vinculada con la empresa concesionaria, FETRANS. Toda vez que las mencionadas empresas pertenecen al mismo grupo económico es de suponer que toman decisiones conjuntas y se comportan como empresas verticalmente integradas. Esto puede dificultar la entrada de competidores potenciales al mercado.

3.2. El servicio relevante

La Secretaría Técnica señaló que el material tractivo y rodante constituye un insumo fundamental para

la operación ferroviaria, pues a través de éste se realiza el traslado físico de las personas o las mercancías, a través de la línea férrea. Esto significa que FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador que desee prestar de manera efectiva el servicio de transporte ferroviario de carga y/o pasajeros en el FSO tendría necesariamente que contar con dicho material.

Si bien podrían existir distintas fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante; no todas se encuentran disponibles de forma efectiva para FERSIMSAC o para cualquier otro potencial operador. Según información proporcionada por el MTC, una empresa interesada en entrar al mercado de servicios de transporte en el FSO podría adquirir el material tractivo y rodante de fabricantes provenientes de China, Estados Unidos de América y/o España, a precios que fluctúan entre US\$ 1 400 000 y US\$ 2 700 000 por una locomotora, dependiendo de si es comprada en China o en Estados Unidos, y US\$ 70 000 para un vagón tolva.

Otra alternativa era el alquiler de material tractivo y rodante del cual FETRANS es concesionario, dado que no se ha constatado la existencia de otras fuentes alternativas de aprovisionamiento.

Dada la diferencia considerable en inversión entre la compra de material tractivo y rodante, y su arrendamiento, podría suponerse que existe una desventaja para el operador entrante que decida comprar el material en lugar de alquilarlo, tal como lo señaló el informe de la Gerencia de Estudios Económicos.

Debe tomarse además en cuenta que en la medida en que los activos que pretenda adquirir FERSIMSAC, o cualquier otro potencial operador, tengan un valor de reventa limitado debido a su carácter especializado o específico, y no exista un mercado desarrollado para este tipo de material, la entrada a este mercado involucra la existencia de altos costos hundidos.

Y, si se toma en cuenta que los costos hundidos derivados de la compra de material tractivo y rodante pueden ser superiores a los costos que enfrenta el operador establecido (PerúRail) derivados del alquiler de dicho material a FETRANS (concesionario del FSO), es posible afirmar que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición representan una barrera a la entrada.

Por lo tanto, dadas las particularidades técnicas y comerciales existentes (trocha angosta de la

línea férrea, empresas integradas, bajos costos de alquiler para el operador establecido, entre otros), la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento para FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador, pues el operador establecido (PerúRail) se aprovisiona arrendando dicho material de su empresa vinculada (FETRANS, concesionaria del FSO) a un bajo costo. Esta situación resta la posibilidad de entrada a FERSIMSAC o a cualquier otro potencial operador que desee participar competitivamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.

En consecuencia, el alquiler sería la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para una empresa ferroviaria que pretenda operar en el FSO, por lo que, en principio, el servicio relevante para efectos de delimitar el mercado producto relevante es el alquiler de material tractivo y rodante.

3.3. El mercado geográfico

De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, OSITRAN, FETRANS, PerúRail, la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI y otros en el marco de la investigación preliminar, no existiría un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a FETRANS y arrendado a PerúRail).

La Secretaría Técnica determinó, por lo tanto, que existirían indicios razonables para suponer que FETRANS es la única fuente de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que puede operar en el FSO y, por ende, la única alternativa a la que podría acceder FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador. Por lo tanto, el mercado geográfico está constituido por el material tractivo y rodante concesionado a FETRANS y ubicado en la Región Cusco.

3.4. La presunta posición de dominio de FETRANS

La Secretaría Técnica consideró que el contrato de concesión no había previsto la posibilidad que los operadores de transporte de carga y pasajeros pudieran acceder al material tractivo y rodante a través de un concurso público. El contrato planteó más bien la posibilidad que FETRANS contratara con un operador vinculado a efectos que la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros no se viera afectada.

Por lo tanto, dado que FETRANS alega que todos los vagones y locomotoras están alquilados a PerúRail, la única manera de facilitar el ingreso de nuevos competidores sería modificar el contrato de arrendamiento suscrito entre ambas empresas. Esta modificación permitiría que tanto el potencial entrante como PerúRail puedan competir en forma equitativa por el alquiler del material tractivo y rodante, lo cual podría redundar en una mejor asignación social de los recursos. Ello sería además consistente con el objetivo inicial de la privatización del FSO, esto es, otorgar el control de la infraestructura ferroviaria a una sola empresa en tanto monopolio natural, incentivando la generación de condiciones de competencia en los segmentos competitivos de la industria, como es la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

Sobre la base de este razonamiento, la Secretaría Técnica llegó a la conclusión que la barrera estratégica a la entrada no era el contrato de alquiler entre FETRANS y PerúRail, puesto que este es un acto jurídico fácilmente modificable por estar suscrita por dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. La barrera era más bien la integración vertical existente entre FETRANS y PerúRail, que a su vez sirve de medio facilitador de la negativa del primero a otorgar el acceso a un tercero de un insumo fundamental para la prestación del servicio de transporte ferroviario.

En este sentido, solo si FETRANS estuviera dispuesto a alquilar el material tractivo y rodante no solo a su operador vinculado PerúRail, sino también a otros operadores no vinculados, se estaría cumpliendo lo establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión referido a la equidad en el servicio 225, según el cual "(...) el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes."

3.5. Conclusiones y recomendaciones

El informe concluyó con la recomendación que la Comisión de Libre Competencia inicie un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra FETRANS por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de:

- i) Negativa injustificada de contratar el alquiler de material tractivo y rodante con FERSIMSAC para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que se encontraría

- tipificada en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701; y,
- ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra FERSIMSAC y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701

4. La decisión de la comisión de Libre Competencia

El 27 de octubre de 2004, la CLC emitió la Resolución N° 067-2004- INDECOPI/CLC mediante la cual aprobó e hizo suyo el informe de la Secretaría Técnica y resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra FETRANS, en los mismos términos planteados en el informe. Asimismo, resolvió acumular este procedimiento sancionador de oficio con la denuncia presentada por FERSIMSAC.

5. Los descargos de FETRANS

En los escritos de descargos presentados por FETRANS, el 19 de noviembre de 2004 y el 5 de enero de 2005, la empresa señaló lo siguiente:

5.1. Respecto al contrato de alquiler del material tractivo y rodante con su empresa vinculada PerúRail

El contrato se firmó dentro del marco de las bases de la Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en concesión de la administración de los Ferrocarriles, las cuales fueron aclaradas mediante la Circular N° 17. Este último dispositivo estableció que, con la finalidad de no afectar la operación del sistema ferroviario, el adjudicatario de la concesión debía contratar con, o constituir, una persona jurídica distinta que actúe como operador del servicio de transporte ferroviario.

5.2. Respecto a las negociaciones con la potencial entrante

En la primera comunicación de FERSIMSAC, el 5 de enero de 2004, dicha empresa solo se refirió a tratar los términos de un contrato de acceso a la vía férrea, sin mencionar su intención de alquilar el material. Fue recién el 17 de enero que informó su intención de arrendar el material que FETRANS había obtenido en la concesión, ante lo cual se le comunicó con fecha 24 de enero que no era posible atender su pedido dado que dicho material ya había sido arrendado en su integridad a PerúRail.

Sin embargo, en la siguiente comunicación de FERSIMSAC, con fecha 12 de febrero, donde esta empresa remitió observaciones al proyecto de contrato de acceso a la vía férrea que le había remitido FETRANS, declaró que contaba con: (i) dos unidades locomotoras diesel eléctricas; (ii) seis coches de pasajeros; y (iii) una autovía

Por lo tanto, a partir de las propias declaraciones de FERSIMSAC se puede inferir que hasta ese momento era razonable suponer que dicha empresa poseía su propio material tractivo y rodante. Fue por dicho motivo que FETRANS comunicó a FERSIMSAC que como concesionaria se encontraba obligada a supervisar la idoneidad técnica del material que había declarado que poseía para operar en el FSO.

FETRANS también señaló que con fecha 15 de marzo de 2003, el Gerente de Supervisión del OSITRAN le comunicó, mediante el Oficio N° 217-03-GS-C3-OSITRAN que el MTC había encargado a dicho organismo regulador que comunique a FETRANS a efectos que ésta proceda a realizar las verificaciones pertinentes sobre el personal y, el material tractivo y rodante mencionados por FERSIMSAC en su Carta GG/GG-016-FC. Santuario.2003.

5.3. Respetto al mercado relevante

FETRANS señaló que no se podía afirmar que FETRANS goza de una posición de dominio en el mercado de material tractivo y rodante, puesto que existe una gran cantidad de proveedores de dicho material y cuya cercanía con el Perú permite su adquisición. Además, no se debe descartar la posibilidad de adquirir material de trocha ancha y luego proceder a adaptarlo a trocha angosta. Así por ejemplo, PerúRail ha adquirido y acondicionado material tractivo y rodante de trocha ancha bajo la supervisión de OSITRAN y el MTC. Por tanto, el servicio relevante debe estar constituido por “el aprovisionamiento de material tractivo y rodante a nivel mundial, y no el material concesionado a FETRANS y ubicado en la ciudad del Cusco, como plantea el informe de la Secretaría Técnica.

En términos más específicos, el mercado relevante debería incluir los siguientes ámbitos geográficos:

- (i) Compra de material (trocha ancha o angosta): A nivel mundial (en particular, Argentina, Brasil,

Canadá, Alemania, Estados Unidos de América y España).

- (ii) Alquiler de material de trocha angosta: A nivel local en el Perú se puede alquilar material tractivo y rodante del ferrocarril de Huancayo – Huancavelica. Asimismo, se puede encontrar empresas que operan con material de trocha angosta en diversos países como: Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá.

FETRANS sustentó este argumento con un informe elaborado por Apoyo², en el cual se observa un listado de ferrocarriles en el mundo que tienen la misma característica técnica que el FSO, es decir, una trocha de 914mm, entre los cuales destacan: Guatemala, Colombia, Panamá, Venezuela, Cuba, El Salvador, Singapur, entre otros.

Por otro lado, FETRANS señaló que en la denuncia de FERSIMSAC no se había señalado cuál era el mercado relevante, en términos de producto y zona geográfica en el que FETRANS tendría posición de dominio. En este sentido, resulta cuestionable que la Comisión admita a trámite la denuncia de FERSIMSAC señalando que los hechos denunciados son los mismos a los que dieron origen al procedimiento de oficio. Este argumento es especialmente importante si se toma en consideración que las denuncias por prácticas anticompetitivas solo deben admitirse a trámite si existen indicios razonables que evidencien la comisión de la conducta ilícita.

5.4. Respetto a los recursos importantes y las facilidades esenciales

La Secretaría Técnica ha distinguido entre una facilidad esencial y un recurso importante, sin que haya precisado las características que debe reunir un recurso para ser considerado importante. No obstante, ha señalado que FETRANS debe alquilar el material tractivo y rodante que ha obtenido en concesión debido a que su compra no constituye una real alternativa de aprovisionamiento. Es decir, que un recurso será calificado como importante en la medida que sea necesario para un nuevo operador y su adquisición resulte demasiado onerosa por razones técnicas y económicas.

En otras palabras, se le ha otorgado a los recursos importantes las mismas características que las facilidades esenciales. Sin embargo, el acceso al

² Apoyo Consultoría S.A.C. “Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de INDECOPI y sobre la Resolución N° 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas”, Lima, 2005.

material tractivo y rodante en general no ha sido incluido dentro del REMA, debido a que OSITRAN ha considerado que dichos materiales pueden ser adquiridos libremente por los distintos agentes económicos. Cabe señalar que ordenar compartir un recurso es una medida excepcional, incluso en el supuesto de que una empresa tenga posición de dominio.

5.5. Respetto al carácter público del material tractivo y rodante en manos de FETRANS

FERSIMSAC ha señalado que el material tractivo y rodante que la denunciada se niega a alquilarle es de propiedad del Estado, lo cual justificaría su uso compartido, colectivo o comunitario. A este respecto FETRANS señaló que cuando el Estado otorga un bien en concesión, el titular adquiere el derecho a la explotación económica del bien en cuestión, a cambio de una retribución por la explotación de los bienes de la concesión así como de la obligación de invertir en su mejora. Luego del término de la concesión, los bienes y sus mejoras serán devueltos al Estado.

Durante el período de la concesión el titular puede ejercer el derecho de explotación con plena libertad de decisión comercial, salvo en los aspectos regulados en el contrato de concesión y en las normas expedidas por el ente regulador, que en este caso es OSITRAN. Por tanto, la regla es la libertad de decisión comercial, mientras que la excepción son las restricciones a esa libertad. En virtud de la libertad de decisión comercial, FETRANS puede alquilar el material en las condiciones que considere conveniente.

Si bien es cierto que existen bienes de titularidad del Estado que son de uso público, tal carácter no se origina en su condición de bien estatal, sino por la propia naturaleza del bien que tiene carácter de facilidad esencial, como es el caso del acceso abierto a la vía férrea y a las estaciones.

Esto significa que los bienes dados en concesión a FETRANS son de dos tipos. En primer lugar están los bienes de uso público constituidos por la infraestructura ferroviaria, los cuales están sujetos a tarifas tope por concepto de acceso. Y en segundo lugar, están los bienes que no son infraestructura esencial, por lo que no se encuentran regulados y la renta que se cobra por ellos es libre. En estos últimos bienes no se aplican los principios regulatorios de equidad, neutralidad o no discriminación, pudiendo denegarse su uso a menos que se tenga posición de dominio, situación que no se da en el caso de FETRANS.

5.6. Respetto a las conductas imputadas

No se puede afirmar que ha existido una negativa a contratar por parte de FETRANS, toda vez que cuando ésta le comunicó a FERSIMSAC que no poseía material disponible, dicha empresa no manifestó su disconformidad con ello, sino que, por el contrario, informó que ya contaba con material tractivo y rodante, señalando sus características técnicas.

Tampoco se puede afirmar que ha existido una práctica discriminatoria, porque la prohibición de discriminación a la que se refiere el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión, es a las empresas que cuentan con facilidades esenciales a realizar conductas discriminatorias. Así por ejemplo, FETRANS no puede cobrar diferentes precios por el uso de la vía férrea favoreciendo a su vinculada.

6. La resolución de primera instancia

6.1 El informe de la Secretaría Técnica

El 13 de junio de 2005, la Secretaría Técnica emitió el informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, cuyas conclusiones son idénticas a las del estudio que había realizado el año anterior, pero con algunos argumentos adicionales que vale la pena mencionar, como se aprecia a continuación:

a) Sobre el servicio relevante

La Secretaría Técnica señaló que en el informe de Apoyo donde se mencionan los países con vías férreas del mismo ancho de trocha que el FSO, es decir, 914mm, no se menciona el hecho que estos países tengan un mercado de material de segunda mano. También hizo mención a un pie de página del mismo informe donde se señala que la empresa EMD Motors, para fabricar locomotoras de 1,100 HP, como la que se requiere para cubrir la ruta de Cusco-Machu Picchu acepta pedidos de mínimo 50 unidades pues su producción está orientada a la elaboración de locomotoras que emplean entre 4,000 y 6,000 HP.

Sobre la base de estos argumentos, la Secretaría Técnica reafirmó su opinión respecto a que la compra de material tractivo y rodante no constituía una alternativa real de aprovisionamiento. Sin embargo, añadió el argumento que "FETRANS obtuvo los bienes de la concesión, entre los cuales se encontraban el material, sin tener que realizar desembolso alguno por dichos bienes, lo cual ciertamente le dio y le da una situación

ventajosa frente a cualquier potencial entrante”³, puesto que “la empresa establecida (PerúRail) se aprovisiona de dicho material — alquilándolo— a un costo significativamente menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado”⁴.

b) Sobre el mercado geográfico

La Secretaría Técnica volvió a señalar que a partir de la información proporcionada por el MTC, OSITRAN, la GEE y los funcionarios entrevistados, no existía un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a FETRANS (arrendado a PerúRail).

Para sustentar su afirmación señaló que el Ferrocarril Huancayo-Huancavelica contaba con 4 locomotoras y veinte coches, ocho de los cuales son de madera con más de cuarenta años de antigüedad. De las cuatro locomotoras, dos se encuentran operando y dos se encuentran fuera de servicio. Asimismo, de acuerdo con las declaraciones de un funcionario del MTC, el mal estado del material tractivo y rodante del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica haría muy poco probable, sino imposible que se encuentre en disposición de incursionar en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante.

c) Sobre la posición de dominio de FETRANS

El hecho que la adquisición del material tractivo y rodante no le hayan significado un pago inicial a FETRANS constituye una barrera a la entrada para cualquier agente potencial que decida ingresar a alquilar material tractivo y rodante en el FSO. Y esta barrera es la que, a fin de cuentas, le otorga posición de dominio a FETRANS en el mercado relevante de alquiler del material concesionado para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco.

El grupo económico constituido por FETRANS y PerúRail tendría la capacidad de reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación (costo marginal). Este hecho no solo implica un desincentivo para el ingreso de competidores en el mercado

de transporte ferroviario de carga y pasajeros (competidores directos de PerúRail), sino también de aquellos agentes potenciales interesados en ingresar al mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO, toda vez que no tendrían demanda o clientela a quien ofrecer en alquiler su material tractivo y rodante⁵.

En síntesis, aun si existieran otras alternativas para adquirir el material tractivo y rodante, la capacidad con la que cuentan FETRANS y PerúRail para reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación, hace que la capacidad de cualquier otro potencial operador para acudir a dichas alternativas se vea reducida notablemente, sino totalmente anulada.

d) Sobre la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante

En este punto la Secretaría Técnica verificó las comunicaciones entre FERSIMSAC y FETRANS relativas a la solicitud de alquiler de la primera y la negativa de la segunda. Sin embargo, llama la atención el hecho de que al referirse a la carta del 12 de febrero de 2003 que FERSIMSAC remitió a FETRANS y donde según esta última, se hacía referencia a dos locomotoras, seis coches y una autovía, la Secretaría Técnica afirmó que la copia de la carta que obraba en su poder no tenía este contenido sino simplemente dos cuadros con la lista de empleados y el borrador del contrato de acceso a la vía férrea. Tampoco se hace mención al oficio que OSITRAN remitió a FETRANS con fecha 15 de marzo, donde hace referencia al pedido del MTC para que esta última inspeccione al personal y al material tractivo y rodante de FERSIMSAC.

Por otro lado, hizo una interpretación bastante particular del contrato de concesión, pues señaló que el hecho que se permitiera a FETRANS operar en el segmento de transporte ferroviario, a través de PerúRail, utilizando el material concesionado, constituyó solo una medida excepcional que tenía por objeto asegurar la continuidad del servicio, y no el propósito de constituir un monopolio en el segmento competitivo de transporte ferroviario. Por lo tanto, cualquier operador de transporte ferroviario que ingrese al mercado del FSO tendría del derecho de solicitar a FETRANS el acceso competitivo al material en igualdad de condiciones que PerúRail. En efecto, según esta interpretación⁶.

³ Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, numeral 218, pp. 73-74

⁴ Idem, p. 73

⁵ Idem, numeral 257, p. 83

⁶ Idem, numeral 320, p. 106.

Es interesante también citar el siguiente párrafo: “Esta Secretaría Técnica ha concluido que esta interpretación es la correcta en la medida que: (i) responde a la lógica del proceso de concesión de generar mayor competencia en el transporte ferroviario del FSO, (ii) implica un mayor beneficio para los consumidores (fruto de la reducción de precios como consecuencia de la entrada de un competidor), (iii) significa mayores ingresos para el Estado (propietario del material) en tanto incrementarían sus ingresos por concepto de Retribución Principal y Especial y (iv) no afectaría la ecuación económica financiera del contrato de concesión de FETRANS”⁷.

e) Conclusiones y recomendaciones

El informe concluyó señalando que hubo un abuso de posición de dominio por parte de FETRANS, por su negativa a alquilar el material tractivo y rodante solicitado por FERSIMSAC. Para determinar el monto de la sanción se calcularon las ganancias extraordinarias monopólicas que habría obtenido la empresa entre septiembre de 1999, fecha en la que inició sus operaciones y marzo de 2003, fecha en la que FERSIMSAC podría haber iniciado sus operaciones.

El cálculo de las ganancias extraordinarias se hizo sobre la base de la diferencia entre los precios cobrados en marzo de 2003 y los precios vigentes en septiembre de 1999, actualizados por el índice de inflación de Estados Unidos, para cada tipo de servicio.

El producto de estas diferencias por el número de pasajeros transportados dio un total de US\$ 689 001.47 equivalente a 679,61 UIT

6.2 Los nuevos descargos de FETRANS

En el nuevo escrito donde FETRANS formuló su disconformidad con el informe de la Secretaría Técnica, reiteró el carácter del contrato de concesión, el cual le otorgó la administración de las vías férreas y del material tractivo y rodante, y donde el acceso a terceros está referido exclusivamente a la vía férrea. Adicionalmente, presentó un estudio de la Universidad del Pacífico, donde se profundiza el tema de la posición de dominio y el carácter de esencial del material tractivo y rodante, como se muestra a continuación.

a) Sobre el mercado relevante

• El mercado del producto

Contrariamente a lo que afirma la Secretaría Técnica, cualquier empresa ferroviaria que desee proveer servicios de transporte de pasajeros puede adquirir el material tractivo y rodante necesario a través de dos fuentes, independientemente del ancho de la vía férrea. La primera fuente está constituida por el mercado de productos nuevos, y la segunda, por un mercado secundario donde se transan locomotoras y vagones usados.

En el primer caso, tanto las empresas fabricantes como las proveedoras están en condiciones de entregar el material rodante de la trocha y las características que requiera el comprador. Aunque el ancho de trocha de la ruta ferroviaria Sur-Oriente no es el más común, debe considerarse que la suma de la extensión correspondiente a todas las rutas con este ancho de trocha, que existen en todo el mundo, alcanza los 250 mil kilómetros. En efecto, existen vías férreas con esta característica en países tan diversos como Azerbaijan, Indonesia, la Isla de Man, Irlanda, Japón, México, Nueva Zelanda, Filipinas, Noruega, Ucrania, Estados Unidos, entre otros. Por lo general, la compra de este material requiere que se fabrique a pedido del cliente. Ejemplo de ello es la compra de una locomotora nueva a la empresa Tracfer S.A. de Argentina, realizada por PerúRail a través de un pedido específico, según consta en la orden de compra del 19 de octubre de 2004, por la cual se pagó un monto equivalente a US\$ 526,984. Además, también se sabe que la misma empresa puede proporcionar autovagones hechos a pedido, valorizados en US\$ 523,000. Esto prueba, por consiguiente, que la adquisición de material nuevo no enfrenta ningún tipo de restricción de volumen, que, a su vez, contrasta con los estudios realizados por INDECOPI, donde se señala que “la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento”⁸ para un potencial operador.

La otra alternativa disponible es una práctica usual en el negocio ferroviario, dado que muchas empresas descartan parte de su material cada cierto tiempo y lo ofrecen a empresas intermediarias que se encargan de conseguir quién lo compre. Estas últimas también se encargan de conseguir

⁷ Idem.

⁸ INDECOPI (2005), p. 74.

los componentes y las piezas que se necesitan para adaptar este material a las necesidades del comprador. Un artículo publicado en la edición del mes de junio del año 2000 de la revista *Railway Age*⁹ señala que la reconstrucción del material ferroviario permite obtener estándares equivalentes a los que presentan los equipos nuevos, e incluso permite a las empresas ahorrar hasta 30% del costo.

Cabe resaltar que la adaptación de los coches y vagones es una práctica conocida y aceptada por las autoridades peruanas. Es así que las directivas del Ministerio de Transporte (MTC) no obligan a los operadores a adquirir material compatible con el ancho de la trocha, sino que exigen que el material adaptado cumpla con los estándares establecidos por la Federal Railroad Administration (FRA). En efecto, en todos los casos donde se ha tenido que adaptar equipos, el MTC intervino mediante la inspección de las características finales de los vagones adaptados, y luego emitió recomendaciones sobre cómo mejorar esta adaptación.

La primera evidencia sobre la disponibilidad de sustitutos para el alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión a FETRANS y que actualmente alquila PerúRail son las compras realizadas por esta última a diferentes empresas ubicadas en distintos países. Por ejemplo, en el año 2001, se adquirieron dos ferrobuses en Bolivia, y, luego, en 2003, seis coches en Singapur para brindar el servicio de transporte de lujo Hiram Bingham. En ambos casos fue necesario enviar los equipos a Arequipa para efectuar un cambio en los *boogies*, de tal manera que estos coches que originalmente transitaban por vías de 1,000mm pudiesen operar en las vías de 914mm del FSO.

En segundo lugar, tal como fue comunicado por FETRANS al MTC, PerúRail rehabilitó tres coches y una locomotora¹⁰ que formaban parte del Ferrocarril del sur (FS), cuyas vías son de trocha ancha, para prestar servicios en el tramo Cusco-Machu Picchu del FSO. Para poder efectuar la readaptación de los coches se cambiaron los *boogies*, y en el caso de la locomotora, se cambiaron el motor diesel, seis motores de tracción, y dos *boogies*. Al respecto, el Ministerio, mediante el informe N° 049-2004-MTC, con fecha 9 de agosto de 2004, envió las recomendaciones técnicas necesarias para que la locomotora y los coches cumplieren con los estándares requeridos.

Por último, la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF), mediante un memorando

con fecha 17 de febrero de 2005, señaló que la transformación del material tractivo y rodante de trochas anchas mayores a trocha de 914mm es técnicamente factible, aunque cada caso particular debe ser cuidadosamente sometido a un análisis técnico-económico para determinar su conveniencia.

Asimismo, se mencionan los casos de Brasil y Argentina. En el primero distintas empresas ferroviarias han utilizado vehículos - fundamentalmente locomotoras - adquiridos en Estados Unidos, cuyas vías son de 1,435mm de trocha, para ser utilizados sobre trocha angosta de 1,000mm, previo cambio de *boogies*. En el segundo, se transfirieron unidades (locomotoras) del Ferrocarril General Urquiza-Mesopotámico, de trocha estándar al Ferrocarril General Belgrano, de trocha de 1,000mm, después del cambio de *boogies* correspondiente. Un detalle particular de este último caso es la diferencia en las características del trayecto recorrido por cada ferrocarril. Mientras que el primero opera sobre un trayecto plano, el segundo presenta importantes tramos de montaña e innumerables puentes, túneles y viaductos.

• El mercado geográfico

Las compras realizadas por FETRANS en Argentina, Bolivia y Singapur, permiten afirmar que el mercado geográfico relevante se encuentra en el ámbito mundial. A esto se añade el segundo tema tratado en el memorando de la ALAF mencionado previamente, con respecto a la ubicación del material de transporte. En particular, se señala que para la trocha angosta de 914mm que caracteriza al tramo Cusco- Machu Picchu, es recomendable buscar en países centroamericanos que por racionalización o cese posean excedentes de material. Asimismo, existe material usado en la trocha de 1,000mm, más difundida en Europa y Latinoamérica, cuya conversión requiere adaptaciones menores: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptación de timonerías y, según sea el caso, modificaciones de poca importancia en los *boogies*.

Al final del informe de la ALAF se detallan las empresas ferroviarias latinoamericanas que cuentan con trocha de 914mm. En Colombia se encuentran las empresas Fenoco, Tren de Occidente, Drummond y Turistren; en El Salvador, F.C. Nacional de El Salvador (Fenadesal); en Guatemala, Ferrovías Guatemala; en Honduras, F.C. Nacional de Honduras (FNH); en Costa Rica,

⁹ En: <http://www.railwayage.com/jun00/components.html>

¹⁰ Se trata de los coches N° 1501, 1503 y 1504, y de una locomotora Decreto Legislativo N° 535.

F.C. de Costa Rica (Incofer); y en el Perú, además de PerúRail, F.C. Huancayo a Huancavelica (FHH). Además, otros países como Argentina, Brasil, Chile y Bolivia cuentan con la trocha de 1,000mm, y, por último, China, Australia y Sudáfrica también cuentan con trochas angostas, cuyo material también puede estar disponible para la venta.

Asimismo, en el escrito N° 11-GL-2004/PR, enviado por PerúRail el 23 de abril de 2004 a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, se señala que existen diversos proveedores de material tractivo y rodante, tanto para trocha ancha como angosta. Así, en dicha comunicación se mencionan los nombres y direcciones de trece proveedores ubicados en Estados Unidos, España, Canadá, Argentina, Alemania y Brasil, así como al representante de Ferrostaal en el Perú.

Por consiguiente, tanto el análisis del mercado del producto como el de su respectivo ámbito geográfico permiten afirmar que el mercado relevante para la adquisición de material tractivo y rodante es lo suficientemente amplio como para que una potencial competidora con conocimiento del negocio ferroviario interesada en prestar el servicio de transporte a pasajeros pueda ingresar a la ruta Cusco – Machu Picchu sin obstáculos. Es decir, dado que ninguna de las empresas es lo suficientemente grande como para ejercer una posición de dominio, existe la posibilidad de adquirir equipos, ya sea nuevos o usados, provenientes de diferentes partes del mundo, e incluso de otros ferrocarriles con similares características. En última instancia, pueden utilizarse otros coches y locomotoras de otros ferrocarriles nacionales que se encuentran en desuso. Así, por ejemplo, del mismo modo en que FETRANS reconvirtió sus equipos para transferirlos de la ruta Cusco-Arequipa al tramo Cusco-Machu Picchu, un nuevo operador podría alquilar los equipos que recibió en concesión el operador del ferrocarril Lima-Huancayo.

b) El carácter de costo hundido del material tractivo y rodante del FSO

Existe suficiente evidencia de que la compra de material tractivo y rodante para operar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Cusco-Machu Picchu no constituye un activo específico, entendido como un activo que no puede ser utilizado en ningún otro mercado. Si bien es evidente que los vagones solo pueden ser utilizados para transportar pasajeros, este mismo

servicio puede ser prestado en otra ruta, ya sea dentro o fuera del país, que de por sí constituye otro mercado final.

En primer lugar, tal como se explicó en la sección anterior, varios de los equipos han sido adquiridos por PerúRail en un mercado de segunda mano. Esto implica, por un lado, que los vagones y locomotoras pueden ser vendidos a otros operadores independientemente del ancho de trocha para el que estén hechos originalmente. En el caso que estos no fuesen compatibles con el ancho de trocha de algún operador, este puede adaptarlos mediante un procedimiento relativamente sencillo, usual en el negocio ferroviario. Esto significa que tanto la empresa establecida como cualquier otro competidor real o potencial pueden revender los equipos adquiridos si desea abandonar el negocio. El hecho de que vender equipos usados constituya una práctica usual entre las empresas ferroviarias cuestiona, por tanto, la afirmación que venderlos implique incurrir en una pérdida sustancial. En consecuencia, ni la empresa establecida encuentra en ventaja, ni el potencial entrante enfrenta costos irrecuperables para ingresar al mercado.

Asimismo, cabe precisar que todos los equipos de otorgados en concesión a FETRANS y que actualmente alquila PerúRail para sus operaciones en el FSO reciben mantenimiento anual en Arequipa. Dado que la trocha del tramo Cusco – Arequipa es estándar, ello implica que estos tengan que ser reconvertidos en uno y otro sentido una vez al año. Si fuese costoso realizar este procedimiento, sería razonable suponer que los talleres habrían sido trasladados al Cusco. Además, el MTC supervisa este procedimiento mediante la fijación de normas y el envío de inspectores que comprueban el cumplimiento de los estándares establecidos por la AAR, como ya fue mencionado previamente.

c) La supuesta naturaleza de “facilidad esencial” del material tractivo y rodante

La teoría económica exige el cumplimiento de cuatro criterios para que una facilidad sea considerada esencial:

i) La facilidad debe ser controlada por una empresa dominante. En estos casos, se requiere que la empresa cuente con una participación sustancial en el mercado, y que, además, no existan productos sustitutos razonables para la facilidad en cuestión. En caso contrario, se pierde el carácter de esencial¹¹.

¹¹ HOVENKAMP (1999), p.307.

- ii) Que las empresas competidoras carezcan de habilidad realista para reproducir la facilidad.
- iii) Que el acceso a la facilidad sea indispensable para poder competir en el mercado en cuestión. Esta condición se deriva de la inexistencia de sustitutos razonables para la facilidad en cuestión.
- iv) Que sea factible otorgar el acceso a la facilidad.

Como ya se ha visto más arriba, el mercado relevante para este caso incluye a todas las empresas que venden material tractivo y rodante en el ámbito mundial. Dichas empresas pueden ser de tres tipos: aquellas cuyo principal giro es la fabricación y comercialización de estos equipos; empresas prestadoras de servicios de transporte que dan de baja parte de sus equipos; y, por último, empresas que fungen como intermediarias. Esto permite afirmar que el mercado de este producto es lo suficientemente amplio como para que FETRANS pueda ostentar una posición de dominio. Por consiguiente, al incumplirse la primera condición, resulta inaplicable para este caso el concepto de facilidad esencial.

No obstante, cabe enfatizar algunos otros puntos que contribuyen a la inaplicabilidad de las otras condiciones. Por un lado, si bien es imprescindible disponer de material tractivo y rodante para ingresar al mercado de servicios de transporte de pasajeros, FETRANS no es la única fuente donde se puede conseguir este material. Es decir, además de los vagones y locomotoras que el Estado otorgó en concesión a FETRANS, existen muchos otros vagones y locomotoras, nuevas y usadas que se encuentran disponibles para adquirir en su respectivo mercado, tal como lo muestra la evidencia mencionada más arriba. Por otro lado, dado que los equipos en cuestión no constituyen una facilidad esencial, no habría necesidad de justificar la negativa a negociar.

6.3 La decisión de la Comisión de Libre Competencia

El 4 de septiembre de 2006, la Comisión emitió la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, donde declaró infundada la denuncia de oficio con los siguientes argumentos:

- a) Con respecto a la posición de dominio
 - Los Informes de la GEE y la Secretaría Técnica no se centran en que no existan proveedores, o que no sea posible la conversión técnica de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino

en que no es viable económicamente optar por dichas alternativas. En efecto, de la revisión del expediente se desprende que sí resulta viable técnicamente comprar o reconvertir material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros.

- Con relación al mercado geográfico, los referidos informes indicaron que, en virtud del contrato de concesión, FETRANS sería la única empresa que interviene en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante ubicado en la región del Cusco con capacidad de operar en el FSO. Sobre la base de este hecho, llegaron a la conclusión que esta empresa goza de posición de dominio en el mercado relevante; es decir, que posee la capacidad de establecer condiciones comerciales sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
- Por su parte, FETRANS ha presentado múltiples observaciones a lo señalado en los Informes, basando sus argumentos en la posibilidad técnica y económica de aprovisionarse de material tractivo y rodante de proveedores capaces de ofrecer opciones de material, nuevo o usado, con capacidad de operar en el FSO. Asimismo, ha señalado que existe la posibilidad técnica y económica de convertir material tractivo y rodante de distinto ancho de trocha a uno con capacidad de operar en el FSO; por lo tanto, el mercado relevante no habría sido correctamente definido; en consecuencia, FETRANS no tendría posición de dominio. Para evidenciar sus argumentos ha remitido listados de potenciales proveedores de material tractivo y rodante, estudios de mercado, así como ha mostrado haber convertido material tractivo y rodante de trocha ancha a trocha angosta (914mm.).
- De los informes de la Secretaría Técnica antes mencionados se desprende que ni la compra ni la conversión del material resultarían económicamente viables para cualquier potencial operador, dadas las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico que conforman FETRANS y PerúRail y las posibles estrategias que podría llevar a cabo este grupo económico ante la entrada de un nuevo competidor.
- Por lo tanto, el grupo económico que incluye a FETRANS y PerúRail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO.
- Asimismo, esta Comisión considera que los contratos de alquiler del material tractivo y rodante entre FETRANS y PerúRail (empresas pertenecientes al mismo grupo económico),

sin que medie un procedimiento competitivo al respecto, restringen fuertemente la competencia en el mercado de servicios de transporte de carga y pasajeros en el FSO.

b) Con respecto al abuso de posición de dominio

- A pesar que ha quedado acreditada la negativa a alquilar por parte de FETRANS, dicha conducta de FETRANS no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el 100% del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad que no solamente no estaba prohibida por la Circular N° 017, sino que contractualmente era posible por el contrato de concesión.
- El mantenimiento de esta situación resulta perjudicial para los consumidores, y la sociedad en general, dado que consolida un poder monopólico en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO por parte de PerúRail, situación que no se condice con el hecho de que el Estado había establecido previsiones en el contrato de concesión para permitir que exista competencia en el mercado, regulando el acceso a la vía férrea, dado que consideró que, desde el inicio, en este segmento y en ese momento, no era posible la competencia. La temporalidad de la nueva disposición introducida por la Circular N° 017 se ponía en evidencia con el mantenimiento de la redacción de la cláusula 6.3, así como la cláusula 7.5 del contrato de concesión.
- En consecuencia, convendría que el Estado, mediante el organismo competente, a saber, el MTC, intervenga para establecer un procedimiento que asegure el acceso al material tractivo y rodante que forma parte de los bienes de la concesión, así como la supervisión respecto del cumplimiento de dicho procedimiento.

7. La resolución de segunda instancia

7.1. La Apelación

En el momento en que la CLC emitió la resolución de primera instancia, FERSIMSAC había dejado de existir. Sin embargo, OSITRAN presentó un recurso de apelación con fecha 6 de octubre de 2006. La CLC lo declaró inadmisibles señalando que, en primer lugar, dicha entidad no había sido parte del proceso y que por consiguiente no podía impugnar la referida resolución. Y, en segundo lugar, ya había vencido el plazo de quince días que señala la Ley del Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, luego que OSITRAN apelara esta resolución, el Tribunal emitió la Resolución N° 1825 ordenando a la Comisión admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN contra la resolución N° 064-2006/INDECOPI-CLC.

El principal argumento de OSITRAN era que la Comisión había interpretado erróneamente la Circular N° 17, al haber omitido considerar otras cláusulas del contrato de concesión que evidenciaban que el objetivo de la concesión era asegurar la competencia en el servicio de transporte ferroviario. Así, por ejemplo, en la misma circular se estipulaba que quedaba vigente la obligación del Concesionario de otorgar acceso a la vía férrea a cualquier empresa que lo solicitara y cumpliera los requisitos necesarios, lo que solo era posible económicamente a través del alquiler del material otorgado por el Estado.

Asimismo, la Comisión debió evaluar el hecho que solo era lícito el alquiler del 100% del material en tanto FETRANS usase de manera efectiva dicho porcentaje, lo que no resultaba cierto, de acuerdo con el Informe N° 201-06-GS-OSITRAN.

7.2 Los descargos de FETRANS

El 9 de abril de 2007, FETRANS presentó escrito cuestionando los argumentos señalados por OSITRAN en su apelación, en los siguientes términos:

- La Resolución N° 1825 que ordenó admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN es nula, puesto que dicha entidad no fue parte del proceso y fue interpuesto fuera del plazo establecido por Ley.
- OSITRAN pretende otorgarle al material tractivo y rodante la condición de facilidad esencial, lo cual es incorrecto dado que este puede ser provisto por otros medios como la adquisición de material nuevo o usado de otras empresas o el acondicionamiento de material de trocha ancha. La finalidad primordial de la concesión era promover la inversión en el sector ferroviario que se encontraba en mal estado, por lo que se otorgó al concesionario el derecho a utilizar dicho material en exclusividad.
- Obligar a FETRANS a brindar libre acceso al material a sus competidores, pese a haber realizado inversiones para mejorar su estado, implicaría modificar las condiciones originales que la llevaron a participar como postor en el proceso de concesión.
- Si bien el proceso de concesión preveía la posibilidad de que exista competencia en el

transporte ferroviario en el FSO, ella estaba pensada en el supuesto que los nuevos competidores inviertan en adquirir el material, usando sus propios recursos y no compartiendo los bienes del Estado, cuyo uso constituía un derecho del concesionario.

- En el contrato de concesión no existe ninguna restricción para FETRANS respecto al alquiler de la totalidad del material a su empresa vinculada, ni tampoco obligación alguna de alquilar dicho material a terceros competidores, por lo que tales prohibiciones y obligaciones resultan inexistentes al no estar contenidas en una norma expresa;
- Contrariamente a lo señalado por OSITRAN, PerúRail sí utiliza el 100% del material alquilado por FETRANS.
- El período de investigación de OSITRAN corresponde únicamente a enero - junio de 2006.

7.3. Otras pruebas

El 8 de mayo de 2007, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 032-2007/ST-CLC reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 064-2006/CLC y recomendando se confirme la Resolución apelada.

Dos semanas después, el 24 de mayo de 2007, se realizó la Audiencia de Informe Oral con la presencia de los representantes de FETRANS, PerúRail y OSITRAN.

El 25 de mayo de 2007, OSITRAN presentó un escrito señalando que (i) el promedio de utilización de las locomotoras por parte de PerúRail no superaba el 59,8%; (ii) el promedio de utilización de los autovagones, era del 60%; y, (iii) el promedio de utilización de los coches de pasajeros, no superaba el 43%.

El 15 de junio de 2007, FETRANS presentó un escrito argumentando que no ostentaba posición de dominio en el mercado de provisión de material, puesto que dos empresas competidoras, Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp., habían obtenido permisos de operación en el FSO contando con material propio, sin haber solicitado a FETRANS el alquiler del material que le fue otorgado en la concesión del FSO.

El 2 de julio de 2007, PerúRail presentó un escrito alegando que la falta de competencia en los servicios de transporte del FSO se debía al hecho de tener un mercado con altas barreras económicas de entrada y un mercado ferroviario pequeño en comparación con sus altos costos y no a una

conducta anticompetitiva por parte de FETRANS. Agregó que el inminente ingreso de las empresas Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp. como operadoras en el FSO constituía la mejor evidencia de que FETRANS no tiene posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante.

7.4. La decisión del Tribunal

El 2 de julio de 2007 el Tribunal emitió la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI.

Los puntos más importantes fueron los siguientes:

- a) Respecto a la admisibilidad del recurso de apelación de OSITRAN

El Tribunal no hizo ningún pronunciamiento sobre el tema, e incluso no hizo mención del cuestionamiento planteado por FETRANS en su recurso de apelación.

- b) Respecto a la definición del mercado relevante

El Tribunal señaló, en primer lugar, que la adquisición de material nuevo y/o usado de otros agentes era una alternativa a todas luces más costosa que el alquiler del material otorgado en concesión. En segundo lugar, los costos de adquisición de material para operar en el FSO, representan una inversión que no puede trasladarse a otro mercado geográfico fácilmente, considerando no solo los costos de transporte sino las particularidades técnicas del FSO, que ocasionaría que un entrante tenga que adaptar el material adquirido a los diferentes anchos de las vías férreas.

Por lo tanto, la compra de material no sería un sustituto viable en términos económicos al alquiler del material concesionado a FETRANS, dado que constituye: (i) una barrera de acceso por los mayores costos en que debe incurrir un potencial entrante respecto de aquellos que tuvo que afrontar PerúRail; (ii) una barrera de salida por el costo hundido incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, solo podría ser recuperable en un período de tiempo de siete años, de acuerdo con el estudio de la GEE. Ello permitiría que PerúRail pueda responder a la entrada de un nuevo agente mediante una reducción de precios impidiendo la implementación de una estrategia de tipo *hit and run* y eliminando la posibilidad de que la inversión realizada resulte rentable.

Las mismas conclusiones se aplicarían al aprovisionamiento de material de trocha ancha

y estándar, y su posterior adaptación a trocha angosta. En dicho caso, no solo debe considerarse la reducción o eliminación de la rentabilidad de dicha opción para un operador entrante frente a una disminución del precio en el servicio de transporte, sino también los mayores costos que involucran la adaptación de este material.

Esto a su vez implica que el mercado geográfico relevante estaría restringido al departamento del Cusco, tal como lo señaló la primera instancia.

c) Sobre la posición de dominio de FETRANS

Con respecto al posible ingreso al mercado por parte de las empresas Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A., las cuales habían solicitado el permiso para operar en el FSO con su propio material tractivo y rodante, el Tribunal señaló que la obtención de un permiso de operación no acreditaba que dichas empresas “cuenten con el material con el que podrían competir en el FSO, ni tampoco permite concluir que otras fuentes de aprovisionamiento de material constituyan opciones viables en términos económicos en comparación con el alquiler del material otorgado en la concesión del FSO a favor de FETRANS”¹².

El Tribunal fundamentó esta afirmación haciendo uso del argumento de la CLC respecto a que “debido a las condiciones en que FETRANS adquirió el material en la concesión del FSO, esta empresa se encuentra en aptitud para alquilar el material a un precio tan bajo que otros agentes, que podrían arrendar o vender material a un potencial entrante, no representarían alternativas viables en términos de precio. Al no existir otras alternativas al alquiler del material, FETRANS se constituye en el único agente que prestaba el servicio relevante”¹³.

Asimismo señaló que el hecho que FETRANS obtuvo dicho material sin necesidad de realizar aporte alguno, determina que “la inversión efectuada por FETRANS para acceder al material no sea de difícil recuperación. Por ello, FETRANS puede cobrar un precio menor por el alquiler del material respecto de otros proveedores sin incurrir en pérdidas, mientras que estos últimos tendrían que cubrir mayores costos para disponer de material similar”¹⁴.

En síntesis, el Tribunal manifestó su total conformidad con la decisión de la CLC respecto

a que FETRANS tenía posición de dominio en el mercado de prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.

Asimismo, hizo referencia a un escrito presentado por OSITRAN con fecha 25 de mayo de 2007, donde señaló que (i) el promedio de utilización de las locomotoras por parte de PerúRail no supera el 59,8%; (ii) el promedio de utilización de los autovagones, es del 60%; y, (iii) el promedio de utilización de los coches de pasajeros, no supera el 43%.

d) Sobre la negativa injustificada de trato

El Tribunal señaló, en primer lugar, que el hecho de que la Circular N° 17 haya permitido la integración vertical en el FSO no implicaba que FETRANS esté excluida del respeto de normas de orden público, como la Constitución y el Decreto Legislativo N° 701. Una situación excepcional como la integración vertical en el FSO, permitida con la sola finalidad de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario, no permitiría justificar una conducta como la de FETRANS que busca extender su posición de dominio al mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga. En este sentido, la presunta infracción no consiste en el simple arrendamiento de la totalidad del material a PerúRail, sino en aprovechar dicha situación para apalancar su posición de dominio negándose a arrendar el material a cualquier otro operador.

Al igual que cualquier operador, FETRANS tenía la libertad de establecer vínculos contractuales de integración vertical, pero también tenía el deber de garantizar que mediante esta integración no se restringiera injustificadamente la libre competencia, lo que constituiría una práctica ilícita.

En segundo lugar, el Tribunal determinó que de la lectura del contrato de concesión, y en especial de la cláusula 5.2 donde se señala que FETRANS pagará al Estado el 50% de los ingresos por la explotación del material tractivo y rodante, se podía inferir que la intención del Estado era que este sea alquilado a terceros. El hecho que FETRANS alquile todo el material a PerúRail implica un incentivo para subvaluar el precio del alquiler, lo cual va en contra de los intereses del Estado.

Y, en tercer lugar, hizo referencia al principio de no discriminación establecido en la cláusula 7.6

¹² Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 53, p. 23.

¹³ Idem, numeral 51, p. 22.

¹⁴ Idem, numeral 56, p. 23.

del contrato de concesión, donde se señala que el concesionario no puede discriminar entre los operadores de servicio de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. Asimismo, el concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.

El Tribunal interpretó que estos “servicios equivalentes”, también incluían al servicio de alquiler del material, y que por lo tanto FETRANS no podría negarse a los requerimientos de un tercero que solicite arrendar el material tractivo y rodante ni tampoco arrendar dicho material a dos operadores con condiciones diferenciadas.

En síntesis, el contrato de concesión no amparaba la posibilidad que FETRANS rechazara las solicitudes de operadores no vinculados contemplaba la negativa de alquiler por parte de FETRANS de acceso al material y, por el contrario, le imponía un deber de no discriminación. Por lo tanto, la negativa de alquiler de FETRANS resultaba injustificada.

e) Sobre los efectos anticompetitivos de la negativa

El Tribunal señaló que la restricción a la competencia en el mercado de transporte de pasajeros y de carga en el FSO es importante si se tiene en consideración la ausencia de competencia a nivel intermodal en el tramo Piscaycucho-Hidroeléctrica. De este modo, los consumidores solo tendrían una alternativa disponible para el transporte en dicho mercado y deberían soportar eventuales precios anticompetitivos o monopólicos del grupo FETRANS-PerúRail, que no podrían ser desalentados mediante la amenaza de competencia de potenciales entrantes en el mercado, si se mantiene la conducta exclusiva.

Por otro lado, si bien como regla general, debería permitirse que una empresa utilice en exclusiva los recursos en los que ha invertido para evitar posibles conductas de *free riding*, el escenario en el presente caso es distinto. Para fundamentar por qué no se debería permitir el uso exclusivo en este caso, la resolución del Tribunal citó el siguiente párrafo de un artículo de REY et al. (2006¹⁵):

“Si el cuello de botella es el resultado de la inversión o de las actividades de innovación de la empresa dominante, obligando a la misma a permitir el acceso de sus competidores a dicho cuello de botella, nos encontraríamos ante una expropiación de la rentabilidad del esfuerzo de la empresa. Esto puede hacer que esta empresa y otras desistan de invertir en el futuro y reducir los incentivos que existen para innovar. Por lo tanto, tolerar un monopolio (temporal) puede ser la mejor manera de fomentar la inversión y los incentivos para la innovación, promoviendo así una eficiencia dinámica. (2006)

Sin embargo, si el cuello de botella resulta de un legado histórico, de economías de escala o de alcance, o de factores externos, la intervención estaría justificada”.

f) Sobre las medidas correctivas

- El Tribunal ordenó el cese de la negativa injustificada de alquiler del material y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del contrato de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente.
- En lo que respecta al monto de la multa, el Tribunal señaló su conformidad con el análisis efectuado en el primer y el segundo informe de la Secretaría Técnica e hizo suyos los fundamentos ahí señalados al momento de calcular el beneficio esperado por el agente infractor, estimado en S/ 2 289 551,89 equivalente a 663,3 UIT. Dicho monto reflejaría los beneficios que habría obtenido el grupo FETRANS-PerúRail al poder cobrar un nivel determinado de precios por los servicios de transporte ferroviario sin enfrentar competencia.
- Sin embargo, el Tribunal consideró el hecho de que el transporte ferroviario en el FSO era un mercado nuevo y que, por lo tanto, debía tomarse en cuenta las acciones del grupo FETRANS-PerúRail a fin de promocionar el transporte ferroviario en el FSO, como factores atenuantes de la infracción. Por dicho motivo correspondía reducir la multa en un 75% del valor original, de tal manera que la multa a imponer sería de 165,9 UIT.

8. Las impugnaciones de FETRANS y PerúRail ante el Poder Judicial

FETRANS y PerúRail impugnaron la resolución del Tribunal a través de dos caminos. Por un lado, PerúRail inició un proceso de amparo contra la

¹⁵ REY, Patrick et al. (2006) “Un Enfoque Económico del artículo 82º”. En: Martínez Lage Santiago y Amadeo Petibó Juan (eds.). *El Abuso de la Posición de Dominio*, Barcelona: Marcial Pons, p. 144.

validez de la Resolución N° 1825, la cual ordenó a la Comisión de Libre Competencia admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN contra la Resolución N° 064-2006/INDECOPI-CLC, alegando que se había infringido su derecho al debido proceso al conceder la impugnación interpuesta por OSITRAN sin que esta entidad haya sido parte en el procedimiento, y a pesar de que esta última resolución había adquirido la calidad de firme, vulnerando así la prohibición de revivir procesos fenecidos. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar para que se disponga la suspensión de la Resolución N° 1825. Dicha solicitud fue declarada fundada mediante Resolución N° 3 del 21 de abril de 2008.

Asimismo, el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por PerúRail, mediante la Resolución N° 7 del 4 de abril de 2008 y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución N° 1825 y ordenó a INDECOPI que se abstenga de dictar cualquier acto administrativo que tienda a desconocer la firmeza de la Resolución N° 064. Dicha resolución fue confirmada por la Sentencia del 16 de noviembre de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Por otra parte, FETRANS interpuso una demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, ante la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando su nulidad debido a que (i) se había interpretado de forma errada el Contrato de Concesión del FS y FSO, (ii) se había dictado una medida cautelar imprecisa y jurídicamente imposible, y (iii) la multa era arbitraria y desproporcionada. Asimismo, solicitaron que se declare que la Resolución N° 064 dictada por la Comisión de Libre Competencia adquirió la calidad de firme y causó estado, al no haber sido impugnada oportunamente por las partes en el procedimiento seguido contra FETRANS por supuesta infracción de las normas de libre competencia.

Dicha sala, sin embargo, declaró infundada la demanda mediante la Resolución N° 30 del 24 de diciembre de 2008, por considerar que: (i) no se había demostrado que la Resolución N° 064 hubiese adquirido la calidad de firme, (ii) la Resolución N° 1122 no había incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, la Corte Suprema declaró la conclusión de dicho proceso por sustracción de la materia, mediante Resolución s/n del 21 de enero de 2010,

dado que la Corte Superior de Justicia de Lima ya había confirmado la firmeza de la Resolución N° 064 en el proceso de amparo seguido por PerúRail.

9. Comentarios finales

En este caso hay dos temas centrales que ni la primera ni la segunda instancia quisieron o supieron enfrentar de manera adecuada, debido a que tomaron al pie de la letra las conclusiones de la Secretaría Técnica y no solicitaron una tercera opinión. Esto a parte del grave error cometido por el Tribunal al admitir una apelación fuera de plazo y que provenía de una entidad que no era parte en el proceso.

El primer tema es hasta qué punto se puede considerar que el material tractivo y rodante que FETRANS obtuvo en la concesión es, efectivamente, un *cuello de botella*. Sobre este punto es importante señalar, en primer lugar, que en ninguno de los informes realizados por OSITRAN hasta el 2003 se hace referencia a este tema. Incluso, en un estudio encargado por dicho organismo se señala expresamente que “tecnológicamente es factible utilizar el material tractivo y rodante en sistemas que tienen diferente ancho de trocha, mediante el cambio de *boogies*” (Tamayo, p. 134 N° 205). En los descargos de FETRANS también se hace referencia a este tema, señalando que todos los años la empresa hace el mantenimiento de los vagones y locomotoras del FSO en Arequipa, realizando este cambio de *boogies*. También se precisó que existen muchos ferrocarriles en el mundo con este ancho de trocha o uno muy similar (la trocha métrica) y que, por lo tanto, adquirir material nuevo o de segunda mano no representa mayor problema.

La mejor prueba de la posibilidad de adquirir el material tractivo y rodante es el reciente ingreso de dos nuevos operadores. El primero, Inca Rail comenzó a operar en septiembre de 2009 en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu y cuenta con seis autovagones que dan el servicio en tres frecuencias. Sus trenes partes a las 6:30 am, 11:25 am y 4:47 pm y regresan a las 8:25 am, 2:12pm y 7:38 pm. Ofrece un servicio Ejecutivo a US\$ 100 y de Primera Clase a US\$ 150.

La segunda empresa, Andean Railways, comenzó a operar en agosto de 2010, también en la ruta Ollantaytambo-Cusco, con el nombre de Machu Picchu Train. Cuenta con tres autovagones y por el momento opera con una sola frecuencia, que parte a las 7.20 am y regresa a las 4.12 pm, con

una tarifa de US\$ 59. Sin embargo, tiene planeado abrir dos frecuencias más.

PerúRail, por su parte, ofrece el servicio Expedition que parte del Cusco a las 7:42 am y regresa a las 5:03 con una tarifa de US\$ 96, el Vistadome parte a las 6:53 y regresa a las 4:00 pm cuesta US\$ 142, y el Hiram Bingham parte a las 9:19 y regresa a las 6:07, con una tarifa de US\$ 412.

El marcado contraste entre los hechos y la historia que cuenta el informe de la Secretaría Técnica revela la importancia de investigar con mayor profundidad los argumentos que presentan las partes, con el fin de emitir un juicio objetivo.

El segundo tema es el hecho de que aun en el caso negado de que dicho material constituyese efectivamente un cuello de botella, no fue obtenido por FETRANS de manera gratuita. El canon que ofrecieron tanto FETRANS como Ferrovías Central Andina en el proceso de concesión fue por el derecho de uso exclusivo tanto de las vías férreas como del material tractivo y rodante. Una parte importante de este material, como se ha visto más arriba estaba en mal estado o totalmente inservible y las dos empresas han tenido que realizar inversiones importantes para ponerlo operativo, y conseguir nuevo material en el extranjero. Esto a parte del hecho que las locomotoras y vagones necesitan un mantenimiento periódico. Como se ha visto más arriba, de las siete locomotoras del FSO solo una estaba en buen estado y de los ocho autovagones solo cuatro se encontraban en buen estado. En este contexto, la cita que hizo Tribunal de un informe de OSITRAN respecto a que FETRANS solo estaría utilizando el 59.88% de las locomotoras, el 60% de los autovagones y el 43% de los coches de pasajeros, fue bastante desafortunada.

Tanto la primera como la segunda instancia han considerado que este material era una suerte de maná caído del cielo, o como la resolución de la segunda instancia señala expresamente de un legado histórico.

Creemos que en este caso se han cometido errores muy graves que se hubiera podido evitar solicitando una tercera opinión o creando un mecanismo que evite que una sola entidad investigue, denuncie y resuelva un mismo caso.

Bibliografía

Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (CEPRI ENAFER). "Bases: Licitación pública especial internacional para la entrega en concesión de la administración de los ferrocarriles del centro, sur y sur-oriente". 1998. Lima: 18 de diciembre.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Sexta Cámara). "Oscar Bronner v. Mediaprint". 1998. 26 de noviembre.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Segunda Cámara). "European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v Commission of the European Communities". 1998. 15 de setiembre-

Comunidad Económica Europea. "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (97/C 372/03)", 1997. Official Journal C372. 9 de diciembre.

Comunidad Económica Europea. "Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road and Inland Waterway". 1998. Council Regulation N° 1017/68. 19 de julio.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (1998). *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. DAFFE/CLP (98).

Tamayo, Gonzalo. "Análisis de la Competencia en el Sector Ferroviario". Informe preparado para OSITRAN. 2000. Lima, 13 de setiembre.

Las relaciones aéreas internacionales del Perú con los países Árabes: La línea aérea de bandera¹

Julián Palacín Fernández*

SUMILLA

El Estado peruano como miembro de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Organismo Internacional que entró en vigencia en marzo del 2011, ha estrechado lazos con los países de La Liga Árabe como consecuencia de las reuniones Cumbre América del Sur-Países Árabes (ASPA), que en su primer encuentro busco, entre otros puntos consolidar el desarrollo científico y técnico. La III Cumbre ASPA, recientemente llevada a cabo en la ciudad de Lima, tuvo como objetivo incrementar el comercio y las inversiones mutuas. En este contexto, el autor presenta interesantes propuestas para mejorar la realidad aerocomercial de nuestro país, una de ellas es la implementación de una aerolínea de bandera que opere bajo un sistema "low cost" y se integre a la Liga Árabe mediante convenios multilaterales de cielos abiertos.

I) Introducción

La primera Cumbre ASPA, se celebró el 10 y 11 de mayo de 2005 en Brasilia entre los países miembros de la UNASUR y los Países Miembros de la Liga Árabe. El objetivo central de este Foro de Cooperación Internacional es impulsar el intercambio económico y comercial entre los países de la Liga Árabe y la UNASUR, además de buscar puntos de convergencia en temas políticos de gran importancia mundial².

La Reunión de Jefes de Estado se debe realizar cada dos años. Existe un Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores que se reúne anualmente con el fin de hacer una revisión del relacionamiento entre las dos regiones. La última reunión de Cancilleres se llevó a cabo en septiembre de 2011 en el marco de la 66 Asamblea General de ONU. De igual forma, semestralmente se hacen reuniones de Altos Funcionarios (RAF) así como reuniones sectoriales de relaciones exteriores, economía, educación y cultura, asuntos sociales y medio-ambiente³.

Miembros de UNASUR Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela, con la liga de los países Árabes: Argelia, Bahrain, Comoras, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Iraq, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Mauritania, Marruecos, Oman, Palestina, Qatar, Saudi Arabia, Somalia, Sudán, Siria, Túnez, Yemen, Yibouti. En este Foro de Cooperación Internacional se sembraron las semillas políticas de la integración con el establecimiento en el 2005, del proceso de Cumbres de los Países de América del Sur y los Países Árabes, ASPA. Este ámbito de cooperación internacional entre ambas regiones se nutre de una amplia agenda de temas de cooperación política, económica, cultural, de ciencia y tecnología, ambiental y de integración dentro de un contexto en el cual el ASPA nace y se desarrolla a través de Cumbres de Presidentes con la participación de los Ministros de Relaciones Exteriores y Grupos de Expertos y de empresarios del sector privado.

Retrocediendo en el tiempo, podemos observar que ya en el siglo XIX, los movimientos migratorios

* Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial del Colegio de Abogados de Lima (CAL). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Aéreo (IPDA), Presidente de la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial (CIJEDAE), ex asesor del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, ex Presidente de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial CORPAC abogado del Estudio Jurídico Julián Palacín Abogados www.estudiojuridicopalacin.com y Presidente de la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" www.aerolineascontigoperu.com

¹ Conferencia realizada en la III Cumbre Presidencial Países Árabes – América del Sur ASPA 2012.

² Ver <http://www.cancilleria.gov.co/international/consensus/saac>

³ Ídem.

del Oriente Medio llegaron a nuestra Región estableciendo lazos de sangre que se fortalecieron con posterioridad a la II Guerra Mundial, luego que varios países del medio oriente se independizarán de su metrópolis.

El renovado interés por construir puentes entre ambas regiones que se observa con la creación del foro ASPA, en donde se abren una diversidad de oportunidades que hasta ahora se habían mantenido poco exploradas debido a la ubicación geográfica, el desconocimiento de las realidades respectivas, lo limitado de las corrientes de comercio e inversiones recíprocas, la poca conectividad marítima y aérea, y la carencia de un marco jurídico institucional que requiere de mayor solidez para impulsar la relación aerocomercial entre los países miembros de UNASUR y la liga de países árabes⁴, es por ello que intentaremos establecer los principios con la hoja de ruta a seguir para sentar las bases que nos permitan la firma de un Convenio Multilateral de Cielos Abiertos entre los Países Árabes y América del Sur, en el cual podamos concebir un marco de cooperación multilateral interestatal entre líneas aéreas de bandera designadas por ambas Regiones, facilitando la promoción de las formulas de cooperación interempresarial entre las empresas de aviación de bandera⁵ designadas por los países miembros que se formarían a través de *"sociedades internacionales que surgen cuando dos o más empresas de aviación uniendo sus esfuerzos de tal manera que confluyen formando una sola persona jurídica."* Por ejemplo: Deruflut, TEA, etc.⁶.

El Perú abre las posibilidades a los inversionistas del Foro de Cooperación Internacional ASPA para que exploren la posibilidad de asociarse a la línea aérea de bandera del Perú *"Aerolíneas Contigo Perú"*, que tiene potencialmente la explotación de rutas internacionales que en los próximos 30 años podrían significar ventas anuales de 5,000 millones de dólares en billetes de pasajes y ese es el reto que planteo en esta III Cumbre Presidencial Países Árabes-América del Sur ASPA 2012, en razón a que inclusive podríamos pensar en líneas aéreas de bandera multinacionales que ejecutarían la hoja de ruta trazada por nuestro presidente Ollanta Humala en el mensaje presidencial de

asunción de mando el 28 de julio de 2011 en el Congreso de la República del Perú, cuando dijo: *"tomaremos las medidas necesarias para que el Perú tenga su línea aérea de bandera y que el mercado aerocomercial se más abierto y de mayor competencia, sobre todo para abaratar y ampliar la comunicación al interior del país"*⁷.

El tema aeropolítico de integración que nos ocupa es el de las relaciones aéreas del Perú con los países árabes, dentro de un contexto en el que debemos tener en cuenta la realidad económica, política y social de ambas Regiones, sus matices, su infraestructura aeroportuaria, las líneas aéreas de bandera y fundamentalmente la potencialidad de los mercados aerocomerciales; y el estándar de vida de sus habitantes para satisfacer ese deseo maravilloso llamado *"viajar"* que origina este fenómeno económico internacional llamado turismo, que crece hoy más que el comercio exterior.

El derecho internacional público no tiene naturaleza voluntaria; no obstante, impone a los Estados un conjunto de obligaciones independientemente de sus deseos, las cuales se originan en la multiplicidad de intereses internacionales que existen en el contexto internacional⁸.

Charles Rousseau expresa que existen diversas razones que atenúan el alcance del principio de soberanía del Estado, y no pueden ignorarse los límites, que la coexistencia con otros Estados impone a la libertad de acción y decisión del Estado, de ahí su frase: *"La soberanía absoluta solo puede existir si se acepta el derecho al aislamiento"*⁹.

Las relaciones aéreas internacionales de un Estado se exterioriza a través de su política aérea internacional plasmada en las relaciones con otros Estados basados en la simple reciprocidad en los Acuerdos o Memorandos de Entendimiento entre Autoridades de Aeronáutica Civil y en los Convenios Aéreos Bilaterales suscritos y ratificados dentro de un marco en donde la sociedad internacional es una aldea global, aeropolíticamente hablando que está regida por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional o Convenio de Chicago de 1944 que es la Carta Magna de la Aviación

⁴ Las relaciones de América Latina y el Caribe con el Medio Oriente: Situación actual y áreas de oportunidad. Caracas, Venezuela, Marzo 2011 SP/DI N° 06-11.

⁵ La línea aérea de bandera del Perú es Aerolíneas Contigo Perú. www.aerolineascontigoperu.com.pe

⁶ Libro Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial, Julián Palacín Fernández, Tomo III, editado por la CIJEDAE, p. 1772.

⁷ Ver <http://www.estudiojuridicoPalacin.com/evento/ollanta-humala-linea-bandera-mensaje-nacion.html>.

⁸ Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial, Julián Palacín Fernández, Tomo III, p. 1509, editado por la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, Lima, Perú 1991.

⁹ *Ibid.*

Civil Internacional que creó la Organización de la Aviación Civil Internacional OACI, y los instrumentos jurídicos multilaterales vigentes en materia de aviación civil internacional.

En este trabajo trataremos de analizar la realidad aerocomercial del Perú con la finalidad de plantear una propuesta creativa que nos lleve a liderar un convenio multilateral de cielos abiertos ASPA 2012 Perú¹⁰, que nos permitirá una mayor conectividad aerocomercial entre ambas regiones, es decir, debemos tratar de utilizar el mecanismo multilateral en la búsqueda de una propuesta global en el ámbito aéreo que pueda servir como tema de agenda a debatir en la próxima Cumbre Presidencial de los Países Árabes y de América del Sur.

Dentro de este contexto, es importante poner énfasis a los fenómenos económicos que se vienen desarrollando en distintas partes del mundo, en relación a las llamadas aerolíneas de bajo costo *low cost*, en las que quiero poner énfasis en razón a que creo que el crecimiento del mercado de transporte aéreo a nivel internacional en las próximas décadas va estar íntimamente ligado al éxito o no de estas nuevas formas de explotación aerocomercial que permiten que grandes capas poblacionales del planeta, de más de mil millones de personas en todo el mundo, para que puedan acceder al modo aéreo como forma de transportación con pasajes similares o un 15% a un 30% mayor a los que se paga en el transporte terrestre.

El término *low cost* procede de la literatura inglesa y existen tres acepciones que se relacionan en este contexto: el bajo precio o *low fare*, el bajo costo o

low cost y el sin adornos, *no frills*. Las aerolíneas de este tipo ofrecen vuelos a precios más bajos que las tradicionales. Para esto, ahorran significativamente en sus costos superficiales, eliminando servicios innecesarios sin afectar en nada la calidad y seguridad de las operaciones aéreas¹¹. Asimismo, debemos destacar que para que funcione este modelo de negocio aerocomercial de bajo costo en el Perú, para afianzar la relación con la liga de los países Árabes se requiere un profundo cambio en el pensamiento gubernamental de las autoridades de aeronáutica civil de la DGAC del MTC, quienes han pasado décadas sin entender el viejo axioma del Derecho Marítimo sajón: “*Ships being made to plough the seas, and not lie by the walls*”, es decir los buques se construyeron para surcar el mar, no para arrumbar contra los murallones¹².

La doctrina peruana de derecho aéreo que contiene este precepto, resulta perfectamente aplicable al sistema *low cost*, y la podemos traducir en el siguiente principio: “*Las aeronaves están hechas para surcar los cielos y no para reposar en los hangares*” esperando inspecciones técnicas o certificaciones de funcionarios de la DGAC que, bajo el amparo de algunos Ministros de Transportes, ineficientes, le originaron al sector privado pérdidas millonarias que hicieron que los ciudadanos fueran perdiendo el entusiasmo por invertir en la industria aérea peruana¹³. Ahora, renovamos en este trabajo un idealismo perdido y la posibilidad de que el Perú se proyecte para las nuevas generaciones, respetando principios y normas del derecho aéreo, y permitiendo el desarrollo y crecimiento del mercado aerocomercial con una activa participación de la línea aérea de bandera del Perú “Aerolíneas Contigo Perú” de reciente creación¹⁴ que se inscribe en el modelo de bajo costo denominada “Aerolíneas

¹⁰ El *hub* aeroportuario de Lima atiende en forma directa cuarenta y seis destinos operado por veintisiete aerolíneas y no hay vuelos directos entre Lima y los países miembros de la liga árabe.

¹¹ Libro “Línea aérea de bandera de bajo costo”, Julián Palacín Fernández, editado por www.aeronoticias.com.pe, pp. 31-37, Lima, Perú, 2011.

¹² Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial, Julián Palacín Fernández, Tomo II, p. 913, editado por la Comisión de Juristas en Derecho Aéreo y Espacial (CIJEDAE), Lima-Perú 1991.

¹³ En el 2007, una línea aérea privada de capital 100% peruano, había alcanzado ya el 21% del mercado doméstico en tres años de operaciones en servicio de transporte aéreo regular, antes había operado treinta y dos años en vuelos no regulares y turísticos y amenazaba, con su visible crecimiento, el cuasi monopolio que ejerce LAN hasta el día de hoy en el espacio aéreo peruano. Lamentablemente, la Ministra de Transportes entonces, que le había regalado quintas libertades a Chile sin reciprocidad y sin exigirle compensaciones económicas, actuó injustamente contra esta línea aérea con campañas públicas de una supuesta inseguridad que nunca tuvo, ya que no se conoce accidente aéreo alguno y la sacó del juego aerocomercial, demorándole las certificaciones a través de la DGAC durante más de un año. Esto por supuesto, les causó pérdidas millonarias a los accionistas que venían trabajando con honorabilidad, seguridad y eficiencia durante treinta y cinco años en el mercado aéreo peruano y las demoras les originaron tener que pagar los arrendamientos de las aeronaves que dormían en los hangares para complacencia de algunos funcionarios públicos de la época. Sin embargo, dejamos a salvo el hecho de que a veces en la función pública el que no acata órdenes superiores es privado de su puesto de trabajo. Algunos medios de comunicación que tenían jugosos contratos publicitarios con el cuasi monopolio hicieron su trabajo y contribuyeron a la desaparición de esta línea aérea, lo que prueba que en el Perú el poder del dinero muchas veces compra líneas editoriales y destruyen empresas, tema que esperamos en el futuro se pueda revertir con políticos honestos.

¹⁴ El martes 18 de setiembre de 2012, conmemorando los ciento dos años de la hazaña de Jorge Chávez Dartnell, se fundó en Lima “Aerolíneas Contigo Perú”, la línea aérea de bandera del Perú, que es el resultado de ocho años de investigaciones el

Contigo Perú” 100% privada como lo es hoy LAN Airlines, la línea aérea de bandera de Chile, que se ha fusionado con TAM dando nacimiento a LATAM, que estaría operando sin los permisos de operaciones de servicio de transporte aéreo internacional, lo que originaría un debate jurídico en relación a los derechos de los consumidores de los países afectados.

El concepto *low cost* surgió en los Estados Unidos, luego se extendió a Europa a principios de los 90 y de ahí al resto del mundo. Originalmente, el término era empleado dentro de la industria aérea para referirse a compañías con costos de operación bajos o menores que los de la competencia¹⁵. A través de los medios de comunicación de masas, su significado varió y ahora define a cualquier aerolínea en la que se requiere poca inversión y que da servicios seguros, eficientes y económicos con las limitaciones propias de este modelo¹⁶.

En el mercado europeo, la tendencia de la demanda de los consumidores de estos servicios se extiende a otros sectores de la economía y la industria, y está relacionada con el fenómeno de la globalización económica mundial.

La visión aeropolítica del desarrollo de los mercados en la actualidad está cambiando y ese es el reto que plantea hoy, es decir crear las condiciones necesarias para que ambos mercados aerocomerciales sean más abiertos y de mayor competencia sobre todo para abaratar y ampliar la comunicación al interior de ambas Regiones dentro de un Convenio Multilateral de Cielos Abiertos que propongo y para ello debemos establecer las condiciones de política aérea para que se desarrolle el mercado internacional *low cost*. Ambas Regiones deberán desarrollar las condiciones de política aérea que permitan a las empresas de aviación interesadas a desarrollar estrategias comerciales diferentes para generar

beneficios económicos financieros que satisfagan las demandas del tráfico aéreo tradicional y del bajo costo.

En el caso del Perú, se tiene que comenzar a trabajar en la doctrina latinoamericana “*low cost*”¹⁷ y de esta forma poder incorporar a millones de consumidores de menores ingresos a los viajes aéreos y turismo; y este es el reto que podemos trabajar dentro de un Convenio Multilateral de Cielos Abiertos dentro del seno del ASPA. Para ello, nuestro país tienen que implementar políticas de estado que eliminen los sobrecostos que afectan a la industria aérea, aperturar los vuelos comerciales en el aeródromo de Las Palmas en Surco¹⁸ para garantizar el principio constitucional de la libre competencia, se le tiene que exigir al concesionario del aeropuerto internacional Jorge Chávez, AIJCH, LIMA AIRPORT PARTNERS (LAP), que acelere la construcción de la segunda pista del AIJCH y que en la ampliación de dicho aeropuerto se construya un segundo terminal *low cost* para permitir la competitividad del mercado aerocomercial y turístico peruano entre otras medidas.

En el ámbito de las Autoridades de Aeronáutica Civil de los países del ASPA se tendrá que trabajar con políticas de Estado que conviertan a las viejas burocracias estatales de Aeronáutica Civil en organismo modernos, con un alto gerenciamiento internacional que permita crear las condiciones de seguridad jurídica que necesitan las inversiones que el Sector privado realizará en la industria aérea para iniciar los vuelos directos desde los países de la liga árabe implementando hoy la conectividad a inexistente.

Ambas regiones hoy en vía de integración dentro del ASPA tienen que comenzar a pensar en ser las constructoras de las bases para desarrollar el interés del sector privado aerocomercial internacional que

Proyecto de Ley N° 3519/09 de la bancada Nacionalista, el mensaje presidencial de Ollanta Humala el 28 de julio de 2011 y la publicación del libro “Línea aérea de bandera de bajo costo” www.lineaeradebanderadebajocosto.com

¹⁵ Para ampliar nuestro mercado aerocomercial, se tiene que tener en cuenta el crecimiento económico sostenido del Perú y mirar hacia la liga de los países Árabes buscando nuestros socios aerocomerciales potenciales dentro del marco de un convenio que propone este trabajo de investigación de un acuerdo multilateral de cielos abiertos ASPA 2012, Perú.

¹⁶ EasyJet Airline Company Limited es una empresa de aviación inglesa de bajo costo con sede en el aeropuerto de Londres que opera trescientos ochenta y siete rutas por toda Europa, con tarifas aéreas 400% inferiores a las que se cobran en el Perú.

¹⁷ Ver el Libro “Línea aérea de bajo costo” en donde el autor establece los principios para que este sistema de bajo precio en los billetes de pasaje llegue a América Latina. Libro “Línea aérea de bandera de bajo costo”, Julián Palacín Fernández, editado por www.aeronoticias.com.pe, pp. 31-37. Lima, Perú, 2011.
En: www.lineaeradebanderadebajocosto.com

¹⁸ Informe de Investigación de la Escuela Superior de Guerra Aérea de la FAP, maestría que se realizó en el 2007 en Convenio con la Universidad San Martín, profesor Julián Palacín Fernández.
En: http://aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?option=com_content&view=article&id=11455:plantean-comision-patriotica-para-defender-el-aerodromo-de-las-palmas-frente-a-la-amenaza-de-mauricio-mulder-de-desaparecerlo&catid=47:47&Itemid=578.

permita los vuelos directos y luego el crecimiento y desarrollo de las empresas de transporte aéreo internacional, en el pasado y todavía en el presente, los países del ASPA en cuanto a conexiones aéreas e integración por lo menos a lo que el Perú se refiere somos inexistentes, aeropolíticamente hablando, es por ello que creemos que los países de UNASUR deben lograr un consenso para la firma de un convenio multilateral de cielos abiertos, que sería ejecutado a través de las líneas aéreas de bandera¹⁹, tradicionales o de bajo costo, para que de esta forma se desarrollen las condiciones de mercado de integración ASPA que hoy estamos imaginando en lo que se refiere al Perú como una posibilidad para que la naciente línea aérea de bandera “Aerolíneas Contigo Perú” sea, en convenio con alguna mega transportadora internacional de los países Árabes, una realidad que pueda aspirar a intentar siquiera explorar las conexiones directas con los países miembros del ASPA²⁰.

Pero claro tenemos muchas dificultades que no tienen solución, por ejemplo, en Perú la línea aérea de bandera de Chile, LAN fundó hace unos años una sucursal llamada LAN PERÚ, que hoy es un apéndice de LATAM y que presta servicios seguros y eficientes en el mercado doméstico peruano y utilizando los derechos de tráfico de Perú con ventas de más de 1,000 millones de dólares por año que crecerán geométricamente con el consorcio LATAM, y con una clara posición de dominio en más del 70% en el mercado doméstico que originan problemas a los consumidores, por ejemplo, que en “temporada alta los pasajeros tienen que pagar, por rutas nacionales, tarifas mayores a lo que se paga normalmente por un pasaje internacional.

Viendo esto consideramos que en los últimos 12 años han existido serias distorsiones en el mercado aerocomercial peruano, entre ellas la dación de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú - Ley N° 27261, además de los extraños intereses económicos que la inspiraron, dentro de aquel contexto en el que se dio la Constitución de 1993, en la búsqueda del desarrollo de un mercado aparentemente libre, pero con posiciones de dominio que originan que el pueblo peruano reciba servicios de transporte aéreo, que en muchas circunstancias se les obliga a pagar tarifas aéreas exorbitantes en rutas nacionales, inclusive mayores a las que se pagan en vuelos internacionales en un mercado cuasimonopolico y sin líneas aéreas *low cost*, lo que nos muestra una realidad aerocomercial que en nada ha beneficiado a los consumidores²¹.

La aerolínea de bandera del Perú de bajo costo, “Aerolíneas Contigo Perú”, que hemos inspirado y fundado tiene su presupuesto una política aérea que elimine los sobrecostos que afectan a los sectores aerocomerciales nacionales e internacionales que operan en el mercado²², que nos permitan en una asociación pública y privada, operar en convenio con la Fuerza Aérea del Perú (FAP), que sería el asociado para la utilización comercial del aeropuerto de Las Palmas en Surco y acceder vía convenio de estabilidad a la preferencia de los derechos de tráfico del Perú como línea aérea de bandera, es decir LAN es la línea aérea de bandera de Chile y nosotros aspiramos a que se formalice nuestra designación como línea aérea de bandera del Perú²³ y este es el reto que asumimos y trataremos de desarrollar en la agenda de los próximos años, para que de esta forma haya

¹⁹ Argentina tiene su línea aérea de bandera que es Aerolíneas Argentinas, Chile tiene a LAN, Bolivia a BOA, Venezuela a Conviasa, Colombia a AVIANCA y en el Perú siguiendo la hoja de ruta del mensaje presidencial de Ollanta Humala.

Se fundó el 18 de setiembre de 2012 la línea aérea de bandera capital 100% privado “Aerolíneas Contigo Perú”, que en el plazo de un año seleccionará al inversionista internacional que se interese por un mercado que hoy significa 1,500 millones de dólares por año en las rutas del Perú en terceras y cuartas libertades, beneficio que hoy es usufructuado en más de un 70% por la línea aérea de bandera de Chile “LAN”, a través de su sucursal en el Perú, LAN PERU, nosotros no planteamos la desaparición de LAN PERU, lo que queremos es libre competencia y hacer lo que hace Chile, es decir este país vía licitación pública le da sus rutas a su línea aérea de bandera LAN que vende 5,000 millones de dólares por año y que con su fusión con TAM de Brasil venderá más de 15,000 millones de dólares por año.

²⁰ Ver mensaje presidencial <http://www.estudiojuridicoPalacin.com/evento/ollanta-humala-linea-bandera-mensaje-nacion.html>.

²¹ Si el Estado no logra concretar el proyecto de la línea aérea de bandera, es obligación de nuestras instituciones apoyar a las empresas 100% peruanas para que logren una mayor presencia en el mercado doméstico. El sistema de libre competencia tiene que volverse eficaz y en el supuesto de que continúe la posición de dominio, deberíamos pensar en modificar la Ley de Aeronáutica Civil a fin de realizar una apertura unilateral de los cielos que incluya el cabotaje a empresas de otros Estados con reciprocidad.

²² *Ibid.*

²³ El presidente Ollanta Humala en el mensaje presidencial del 28 de julio de 2011, prometió la línea aérea de bandera y los dueños del mercado a través de los medios de comunicación que tienen hipotecadas sus líneas editoriales con jugosos contratos publicitarios de LAN criticaron esta propuesta presidencial, expresando de que el Estado no debía invertir, bueno ahora se creó la línea aérea de bandera que prometió el Presidente con capital 100% privado y ya empezaron a criticar en el diario “La Razón” en dos carátulas los días 3 y 4 de setiembre de 2012, esgrimiendo que se distorsionaría el mercado aerocomercial al pretender utilizar comercialmente el aeródromo de Las Palmas, coincidentemente dicho diario sacó dos avisos publicitarios de quien siente afectado de nuestro proyecto la línea aérea de bandera de Chile, LAN, hemos presentado una querrela y hemos pedido una indemnización.

una auténtica competencia en el mercado del transporte aéreo peruano y latinoamericano, hoy amenazado con la fusión LATAM.

El contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), establecía que la segunda pista tenía que estar lista en el 2012, es decir este año; sin embargo, el concesionario LIMA AIRPORT PARTNERS (LAP) le solicitó al concedente, el Ministerio de Transportes del Perú vía OSITRAN una Adenda²⁴ para prorrogar esta construcción hasta el 2015 y nosotros creemos que en el mejor de los casos la segunda pista del AIJCH estará lista en el 2020, lo que plantea un verdadero problema para los nuevos operadores aéreos, como es el caso de "Aerolíneas Contigo Perú" la línea aérea de bandera que podría ser la pionera en la integración con los países árabes; sin embargo, 15 aeronaves Airbus A-330, A-319, Boeing 737-800, y Embraer 190 no tienen espacio en el AIJCH y en el mejor de los casos tendrían que esperar hasta el 2020, la ampliación de nuestro primer terminal aéreo lo que significa que el mercado seguirá dominado por una sola transportadora de capitales mayoritariamente chilenos LAN, ahora LATAM, con el consiguiente perjuicio de los consumidores peruanos y a los turistas extranjeros que reclaman tarifas aéreas de bajo costo. Es por ello, que se solicitará a la DGAC del Ministerio de Transportes y Comunicaciones la autorización para que la línea aérea de bandera "Aerolíneas Contigo Perú" opere en el aeródromo Las Palmas, que hoy está habilitado a través de la Resolución Directoral N° 062-2009-MTC con las limitaciones del caso, ya que se tendrá que cumplir con el Anexo 14 sobre aeródromos previa certificación para la operación nacional e internacional.

El éxito de una empresa de aviación, nacional o extranjera, depende de su eficiencia y del marco que pueda tener en la política aérea de un país. Dentro de este contexto, el Estado es responsable de garantizar el principio de economicidad en la prestación de los servicios a los operadores

y el nacimiento de nuestra *low cost* "Aerolíneas Contigo Perú" depende de esta política de Estado para beneficiar a los consumidores para que de esta forma podamos mirar con optimismo la integración inclusive con los países del ASPA²⁵.

La economía de los servicios de transporte aéreo, tiene que analizarse a través de métodos para el cálculo de la influencia en los costos marginales que son los orientadores en la formación de los precios y sus efectos sobre la eficiencia de los recursos y el bienestar económico general. Se debe estudiar un marco teórico de costo aplicable, mediante la utilización del método técnico directo que elimine en el modelo *low cost*, los servicios y gastos no esenciales. En la estructura empresarial, se debe tener en cuenta la conducta de las empresas de transporte aéreo con respecto a la determinación de las tarifas aéreas según las condiciones actuales de funcionamiento del mercado aerocomercial ya que la desregulación de éstos, exige cada vez más efectividad; este es el reto para la aviación civil de las próximas décadas. Un análisis de las prácticas habituales sobre la formación de los precios de pasajes aéreos, debe tener en cuenta los sobrecostos gubernamentales impuestos por las autoridades de aeronáutica civil a través de reglamentaciones y prácticas administrativas.

Por ello, el Estado tiene que entender los aspectos teóricos y prácticos de la tarifación al costo marginal y otros efectos que establecen la conexión entre los conceptos y las posibilidades de su aplicación práctica, sobre la base de decisiones de política aérea y reglamentaciones que se tendrán que poner en vigencia.

Previo al desarrollo del concepto de costo marginal en transporte aéreo y su aplicación práctica, es oportuno volver a hacer referencia a la importancia que representan para las empresas de aviación. Estos deben estar organizados y registrados de tal forma que puedan extraerse para analizar y evaluar acciones y conductas

²⁴ Ver Adenda 3 y 4 al contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en donde LAP solicita una serie de beneficios que le otorgó el concedente del MTC, sin embargo el Perú le permitió a LAP que incumpla el contrato de concesión al cerrar la sala de prensa del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez que está subvencionada por el pago del TUAAs aeroportuario que pagan millones de pasajeros y fue la Comisión de Derecho Aeronáutico del Colegio de Abogados de Lima (CAL) que inició un procedimiento trilateral ante el MTC y OSITRAN para que LAP cumpla con esta obligación, sin embargo existen extraños intereses que hasta la fecha no le devuelven al pueblo peruano su sala de prensa dentro del AIJCH, en donde parecer ser que las facilidades para los medios de comunicación incomoda, lo cual nos llevará inclusive a continuar la defensa de los derechos del Perú en el Poder Judicial en defensa de la libertad de prensa y los derechos de millones de pasajeros que ante la violación de sus derechos, no tienen cómo informarle los hechos a los medios de comunicación que durante once años no han tenido su sala de prensa en el AIJCH, ver <http://www.estudiojuridicoPalacin.com/video/julian-Palacin-atv+-sala-prensa-aeropuerto-cal.html>.

²⁵ El inversionista extranjero en la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" podría tener hasta el 70% del capital, de conformidad a la Ley N° 27261 y su Reglamento, ver libro "Línea aérea de bandera de bajo costo", Julián Palacín Fernández, pp. 364-471, editado por Aeronoticias www.aeronoticias.com.pe

pasadas. No debería sino entristecernos recordar casos como el de Aeroperú, por citar un ejemplo, y a la vez se tienen que utilizar estas herramientas como información de gestión futura para lo que no se debe hacer²⁶. Los avances en los sistemas de gestión de costos se orientan para satisfacer ambos aspectos. El primero de los objetivos significa utilizar los costos para determinar los ingresos y las ganancias de la empresa. Sobre esta base se debe fijar la distribución de las utilidades, las cuales en una línea aérea de bajo costo, no existirán hasta después de diez años ya que todo debería ser reinvertido. Para esto nos basamos en una estructura *low cost* cuyo uso estará referido al control de gestión sobre la eficacia, productividad, nivel de stocks de partes, piezas y repuestos, etc.

Dentro de esta perspectiva, en la práctica se requiere que el Estado sintonice con el sector privado para que se eliminen los extremos de las reglamentaciones antieconómicas y la falta de estandarización de criterios de inspección técnica. Para ello hay que revisar las RAP dentro de un contexto en el cual se prevea que para que el sistema funcione en los próximos veinte años, se tendrá que cubrir un déficit de 3 mil pilotos civiles²⁷.

El Estado peruano ya promovió la creación de una línea aérea de bandera de bajo costo que hoy con capital 100% privado²⁸, se prepara para cumplir con el sueño de la integración de un país llamado Perú, y que nos permitirá buscar una asociación de una mega empresa de transporte aéreo de nivel global, además de lograr confianza y la seguridad jurídica que se tendrá que estructurar a través de la DGAC del MTC, creando las condiciones de mercado aerocomercial *low cost* para que se estimule más la competencia y bajen los pasajes aéreos a través de varias aerolíneas de servicio de transporte aéreo internacional tradicionales y *low cost*, que decidan venir al Perú; lo que estimularía la libre competencia y *“abatar y ampliar la comunicación al interior del país”*²⁹. De esta forma, millones de consumidores puedan recibir los beneficios de pasajes aéreos baratos,

principio que debe ser una aspiración permanente de nuestra sociedad siguiendo el ejemplo de otras regiones del mundo como es el caso de Europa. Pues nos preguntamos: ¿Por qué un pasajero de la Comunidad Europea que tiene un nivel de ingreso económico superior al de cualquier ciudadano de los países de América Latina, puede adquirir un billete en la Ryanair, EasyJet o Air Berlín, a un costo 60% ó 70% más bajo de lo que paga un pasajero peruano con cualquiera de los operadores aéreos de nuestro país? ¿Acaso Ryanair no tiene billetes de 40 euros con un rendimiento del 20% y existen inclusive ofertas de 19, 29 o hasta de 9 euros, que si bien podrían no funcionar a largo plazo, son una forma innovadora de servir a los mercados?³⁰

EasyJet, la aerolínea inglesa de bajo costo que opera trescientos ochenta rutas por toda Europa, cobra por un pasaje Londres-Roma-Londres, 61 euros, y Madrid-Paris-Madrid, 60 euros³¹.

¿Por qué los consumidores peruanos no pueden beneficiarse con un sistema aerocomercial de bajo costo que si está funcionando con éxito en distintas partes del mundo, si para ser implementado se requiere de una simple decisión política del Estado? Nosotros trataremos de impulsarla proponiendo una estrategia comercial integral que desarrollaremos en este planteamiento académico³².

Como cuestión previa tenemos que tener en cuenta que no basta solo con la creación de una línea aérea de bandera de bajo costo para lograr el objetivo. Lo que requiere el Perú es que se creen las condiciones reales de liberalización del mercado de transporte aéreo para incorporar, en los próximos diez años, 12 millones de pasajeros nacionales más, de los cuales esperamos que 6 millones sean transportados por la línea de bandera y los otros 6 millones por los demás operadores que quieran insertarse en este nuevo modelo que viene revolucionando el negocio aéreo mundial³³.

El sistema planteado requiere de la concertación entre el Estado y las Regiones para crear una red

²⁶ A finales de los noventa era un secreto a voces el saqueo empresarial dentro de Aeroperú, sin embargo, ciertos sectores lograron el apoyo del Congreso para la Ley N° 27261, en mayo del 2000. Ésta permitió la creación de líneas aéreas nacionales con 70% de capital extranjero, posición con la que discrepé al ser consultado por el congreso de la republica en 1996, cuando se inició la reforma de la Ley N° 24882.

²⁷ En el 2001 propuse el fondo de desarrollo de la aviación civil para impulsar un Aeroclub y una Escuela de Aviación Civil en cada región del país.

²⁸ Con el mensaje del presidente constitucional Ollanta Humala Tasso el 28 de julio de 2011.

²⁹ Ver: <http://www.estudiojuridicoPalacin.com/evento/ollanta-humala-linea-bandera-mensaje-nacion.html>

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

de aeródromos secundarios *low cost*, eliminando los sobrecostos burocráticos de la DGAC y de los servicios de navegación aérea de CORPAC para generar una estrategia internacional que nos permita captar la mayor cantidad de empresas de aviación y de servicios de transporte aéreo internacional, regular y no regular, vuelos *charters* turísticos y de carga, a fin de explicarles las bondades y beneficios del mercado aéreo peruano de bajo costo, que ofrecería a las líneas aéreas internacionales, sin reserva ni limitación alguna, la posibilidad de acceder a un turismo receptivo en las condiciones más ventajosas, y a los nuevos aeropuertos internacionales de bajo costo que se habilitarían en Lima y en las Regiones³⁴.

II) Identificación de las nuevas oportunidades de acercamiento con los países árabes en materia de transporte aéreo

- A) Impulsar la conectividad aérea entre los países miembros de UNASUR y la liga Árabe dentro del ASPA a través de un convenio multilateral de cielos abiertos que considere la operación conjunta y diversos acuerdos de explotación, y propiedad común entre las líneas aéreas de bandera, de los países miembros.
- B) Implementación de acuerdos bilaterales para garantizar a las líneas aérea de bandera designadas por los países miembros del ASPA la preferencia en el ejercicio de los derechos de tráfico e intercambio de derechos aerocomerciales previstos en el Tratado Multilateral de cielos abiertos ASPA 2012.

Con este documento pretende contribuir a la discusión de la necesidad de lograr la integración aerocomercial ASPA, así como proponer las vías para fortalecer la relación en el contexto de una nueva situación política y social que viven ambas Regiones.

Creo que el marco democrático de libertad y respeto de los derechos humanos por el que viene transitando los países de UNASUR en las últimas décadas deben de seguir afianzándose dentro del principio de seguridad jurídica para las inversiones nacionales y extranjeras compartiendo estas experiencias de democratización con nuestros socios de la liga Árabe, para que de esta forma la Región Latinoamericana pueda aportar en base a sus experiencias en el tránsito de estos procesos de

cambios aeropolíticos que nos deben acercar con la línea Árabe. La globalización de la industria aérea mundial en donde de manera progresiva Sudamérica requerirá en el 2025 de mil trescientos cuarenta y cuatro pilotos por año para volar el parque aéreo de las aeronaves que existirán, entonces nos llevan a pensar en la necesidad que tienen los Estados de entender que se requieren políticas de apoyo a las Escuelas de aviación civil y de los aeroclubes, ya que la falta de pilotos es un fenómeno reciente y obedece al extraordinario crecimiento que ha experimentado la industria aérea en Regiones, tales como medio oriente, China e India. El desarrollo de las líneas aéreas de bajo costo en Europa, Asia y en América Latina especialmente en Brasil con la línea aérea Azul son una oportunidad a explorar para considerar este nuevo fenómeno dentro del marco propuesto por el Convenio Multilateral de cielos abiertos ASPA 2012.

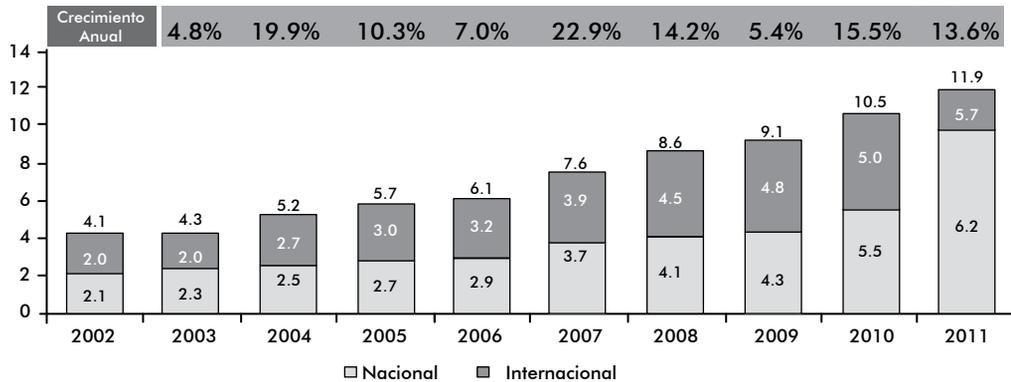
El crecimiento se puede ver con las órdenes de Boeing, Airbus y Embraer que superan las 1300 al año, y los pedidos de Emirates, Qatar, o Eithad que están recibiendo un boeing 777 o Airbus A 330 al mes, es por ello que el factor económico de esta realidad nos debe llevar a entender por ejemplo, que una línea aérea requiere de treinta pilotos por cada aeronave en rutas de largo alcance y en vuelos domésticos entre diez y cinco pilotos y según la IATA el transporte aerocomercial mundial crecerá en un 5% en los próximos diez años, mientras que el crecimiento en India y en China se anticipa que aumentará el 7%, lo que nos demuestra el crecimiento futuro promisorio de esta actividad para el mundo.

El funcionamiento de la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" permitirá afianzar el mercado aerocomercial incorporando a millones de consumidores de bajo costo en los vuelos domésticos internacional y especialmente miraremos la integración con los países miembros de UNASUR que vendrían con tarifas aéreas de 350 dólares en un Lima-Buenos Aires-Lima por ejemplo, siempre que se nos permita operar desde el aeródromo *low cost* de Las Palmas.

Esta estadística oficial, ha sido expuesta por el Dirección General de Aeronáutica Civil, Coronel. FAP (R) Ramón Gamarra Trujillo, en el Primer Congreso Aero Comercial del Perú, llevado a cabo el 20 y 21 de setiembre de 2012 en el Centro de Convenciones María Angola.

³⁴ Con la construcción del aeropuerto internacional de Chinchero, el Estado debería planificar que el aeropuerto Alejandro Velasco Astete de Cusco se convierta en un aeropuerto *low cost*.

EVOLUCIÓN DEL TRÁFICO TOTAL DE PASAJEROS 2002-2011 MILLONES DE PASAJEROS



La demanda total de pasajeros ha consolidado su crecimiento durante los últimos años, manteniendo un ritmo promedio anual de 12.5% entre el 2003 y 2011.

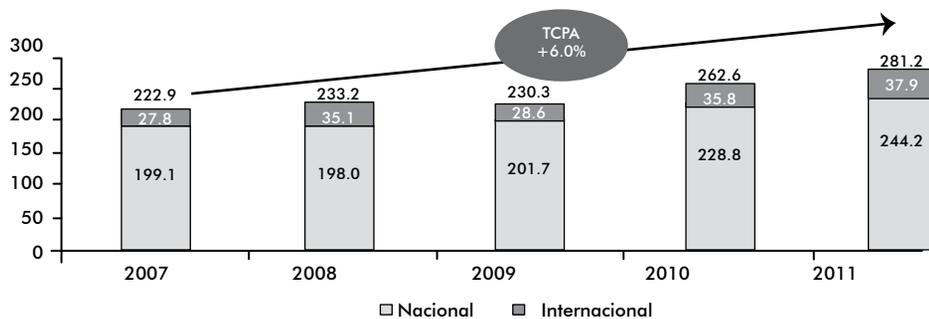
Fuente: Proyección de la aviación Comercial en el Perú. Ramón Gamarra Trujillo, Director de la DGAC del M1 Aero Expo Perú, Primer Congreso internacional Aero Comercial del Perú, Centro de Convenciones María Ango 20 y 21 de setiembre de 2012, Lima-Perú.

Se necesita la construcción de un terminal de bajo costo cuando se construya la segunda pista del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH)

Consideramos que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú a través de la Dirección de Concesiones tiene que negociar con el concesionario del AIJCH, LIMA AIRPORT PARTNERS

(LAP), que con la construcción de la segunda pista del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez se construya un terminal *low cost*, que le permita al Perú ser parte de este fenómeno económico internacional de las líneas aéreas que operan con este tipo de billetes de pasajes al alcance de las grandes capas poblacionales de menores ingresos, ellos nos permitirán un 30% adicional del crecimiento del mercado por año hasta el 2030.

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CARGA (MILES DE TONELADAS) 2007-2011



- Tasa de crecimiento promedio anual (TCPA) de 6.0% durante el periodo 2007-2011.
- Más de 281 mil toneladas de carga durante el año 2011.

Fuente: Proyección de la aviación Comercial en el Perú. Ramón Gamarra Trujillo, Director de la DGAC del MTC, Aero Expo Perú, Primer Congreso internacional Aero Comercial del Perú, Centro de Convenciones María Angola, 20 y 21 de setiembre de 2012, Lima-Perú.

La incorporación del Perú al mercado de las aerolíneas de bajo costo nos permitirá conseguir bodegas en aeronaves con fletes más económicos en beneficios de los exportadores, lo que permitirá más competencia con las líneas aéreas tradicionales. El negocio de la carga aérea se dinamizará con el *hub* de bajo costo que planteamos realizar desde el aeropuerto de Las Palmas en Surco, en donde pensamos realizar un *hub* hacia el Asia y los países Árabes.

La política aérea internacional del Perú tiene que tener en cuenta, no solo el objetivo de la captación del turismo receptivo que necesitamos, sino también los fletes aéreos competitivos para lograr una presencia creciente y competitiva de nuestro comercio exterior, lamentablemente quienes diseñaron el contrato de concesión del AIJCH y quienes lo firmaron el 14 de febrero de 2001 no tuvieron en cuenta la consultoría aeronáutica que

me solicitó el Congreso de la República antes de su firma y en el que cuestioné entre otras cláusulas la del monopolio dentro de los 150 kilómetros que ha originado hoy la falta de competencia con otro aeropuerto y los fletes aéreos altos en perjuicio de la competitividad de nuestro comercio exterior y nadie se ha preocupado en interpretar jurídicamente el contrato de concesión del AIJCH, que claramente establece que la cláusula de monopolio no se aplica al aeródromo Las Palmas por ser un viejo aeropuerto³⁵.

No puede haber expansión sin competitividad y hoy el AIJCH no tiene donde albergar a nuevas líneas aéreas nacionales, es decir, no tiene espacio, porque entre otras cosas Lima Airport Partners LAP no ha construido la segunda pista del AIJCH y la ampliación del terminal, entonces si queremos hablar de expansión necesitamos infraestructura aeroportuaria y es por ello que se tendrá que autorizar la utilización comercial del aeródromo Las Palmas hasta que se termine la construcción de la segunda pista del AIJCH y el segundo terminal que pedimos sea de bajo costo para que el Perú pueda afianzar su ingreso a esta modalidad de explotación aerocomercial, que significará movimientos económicos financieros de unos 500 millones de pasajeros por año y con ventas globales de 100,000 millones de dólares a partir del 2015 en adelante.

El aeródromo de Las Palmas fue autorizado por Resolución Directoral N° 062-2009-MTC por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú. Con la operación del aeródromo Las Palmas a favor de la línea aérea de bandera Aerolíneas Contigo Perú se generará una competencia hoy

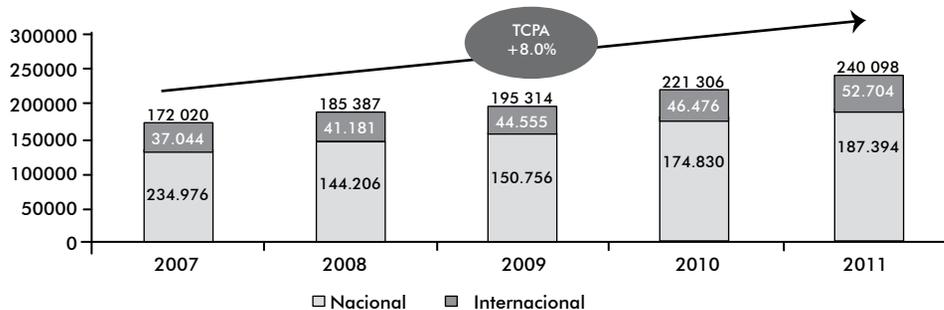
inexistente habida cuenta que la Constitución Política del Perú en el Régimen Económico en el Título III Régimen Económico, Capítulo I establece en el artículo 61° "que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas". Ninguna Ley o concertación puede autorizar ni establecer monopolio, por lo tanto la cláusula de dominio de los 150 Km. a favor de LAP es inconstitucional.

Chile ejerce dominio en el espacio aéreo peruano a través de LAN

En el Perú, la tasa de crecimiento promedio anual (TCPA) de 9.3% durante el periodo 2011 es positiva como hemos explicado en el cuadro anterior y dentro de este contexto el mercado de transporte aéreo internacional concentra aproximadamente el 80% de las operaciones aéreas totales que son dominadas en casi un 70% por la línea LAN que con la fusión LATAM seguirá creciendo, creando como es lógico problemas de monopolio en perjuicio de los consumidores. Dentro de este contexto, en el Perú se diseñó una hoja de ruta para la creación de la línea aérea de bandera del Perú, con el proyecto 3519-09, que presentáramos oficialmente en el Salón Raúl Porras Barrenechea del Congreso de la República el 22 de setiembre de 2009³⁶.

Posteriormente, se activo un ejército de periodistas al servicio de los intereses chilenos en el Perú, por el efecto que se anunciara el virtual nacimiento de "Contigo Perú", la línea aérea de bandera del Perú que prometió el presidente Ollanta Humala en su mensaje a la Nación el 28 de julio de 2011, pudimos constatar que se inició una guerra virtual a

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE PASAJEROS (A/D) 2007-2011



- Tasa de crecimiento promedio anual (TCPA) de 9.3% durante el periodo 2007-2011.
- El mercado internacional concentra aproximadamente el 80% de las operaciones totales.

Fuente: Proyección de la aviación Comercial en el Perú. Ramón Gamarra Trujillo, Director de la DGAC del MTC, Aero Expo Perú, Primer Congreso internacional Aero Comercial del Perú, Centro de Convenciones María Angola, 20 y 21 de setiembre de 2012, Lima-Perú.

³⁵ Ver contrato de concesión del AIJCH que claramente establece que la cláusula de monopolio es aplicable a los nuevos aeropuertos, es decir a los que se construyeron después del 14 de febrero de 2001.

³⁶ <http://www.estudiojuridicoPalacin.com/video/julian-Palacin-congreso-jorge-chavez-bandera.html>.

través de un periodista que anunció este tema y su preocupación por la respuesta de un representante chileno que contestó “nos opondremos”, dicho y hecho y como una prueba de cómo Chile a través de sus agentes intervienen en los asuntos internos del Perú, es que los días 3 y 4 de setiembre de 2012 y siguiente se inició una campaña en un diario en donde LAN puso dos avisos publicitarios en la carátula; en una línea editorial, en donde primero se cuestionaba el proyecto Aerolíneas “Contigo Perú” y su derecho a operar desde el aeródromo Las Palmas, y pretendiéndose politizar una iniciativa que es 100% privada, se comenzó a mentir y desinformar a la población creando pruebas inexistentes y fantasmas que apadrinarían intereses de LAN.

Al respecto, LAN es la línea aérea de bandera de Chile que tiene como sucursal a LAN PERÚ y esta línea chilena vía procedimiento administrativo de licitación pública de rutas, viene operando en quintas libertades y sin pagar las compensaciones que establece la Ley de Aeronáutica Civil del Perú, todas las rutas internacionales del Perú y claro le preocupa que se funde la línea aérea de bandera, que a través de un convenio de estabilidad con el Estado peruano para operar con tarifas de bajo costo y a rutas no servidas por las líneas aéreas regulares como el caso de Chachapoyas y a las rutas tradicionales, esto pone en peligro el cuasimonopolio y los casi 1,000 millones de dólares que factura LAN en el Perú que irán creciendo con la fusión LATAM.

Chile tiene su línea aérea de bandera que es LAN AIRLINES, la cual opera con sucursales, una de ellas LAN PERÚ que ha logrado que en los últimos años que todas las aerolíneas que quisieran hacerle competencia desaparezcan y de una u otra forma, las campañas de medios de comunicación dominados por Chile en el Perú han contribuido decididamente a este objetivo, con la colaboración claro está, con gobiernos y ministros como es el caso de la aprista Verónica Zavala Lombardi, quien firmó en el 2007 un lesivo convenio aéreo Perú-Chile que favoreció al país del sur al otorgarle quintas libertades a LAN AIRLINES al mercado norteamericano, permitiéndole ventas de millones de dólares sin pagar un solo dólar de las compensaciones que exige el artículo 98° de la Ley N° 27261-Ley de Aeronáutica Civil ante la falta de reciprocidad.

Cuando opere “Contigo Perú” desde el aeródromo Las Palmas lo primero que se va a pedir es la denuncia del lesivo convenio aéreo Perú-Chile y de esta forma LAN AIRLINES ya no tendrá quintas libertades en el Perú, ya que estas rutas las servirá “Contigo Perú” esa es la primera preocupación de los intereses chilenos y de sus periodistas asalariados en diversos medios de comunicación en el Perú, el otro problema es que “Contigo Perú” aspira a tener el 50% del mercado en los primeros tres años, lo que significa más o menos ventas por 750 millones de dólares anuales, lo que lógicamente preocupa a nuestro competidor LAN PERU, sucursal de LATAM, integrada por LAN AIRLINES.

Lamentablemente, en el Perú hay periodistas y medios de comunicación que alquilan sus conocimientos o venden su conciencia, sin embargo hay otros que tienen principios. El artículo periodístico aparecido los días 3 y 4 de setiembre de 2012³⁷ con carátula “Faenón aéreo con base de la FAP”, fue el primer aviso de LAN que se luchará por mantener el cuasimonopolio y el dominio en el espacio aéreo peruano, las tarifas altas y las ganancias exorbitantes que la han convertido en la primera transportadora aérea en rutas nacionales e internacionales en el Perú, en fin en los próximos meses veremos como Chile pretende defender su derecho a seguir ejerciendo soberanía aérea en el espacio aéreo peruano, y nos tocará la responsabilidad histórica de seguir desarrollando la doctrina peruana de derecho aéreo en defensa de los “principios de soberanía, justicia, bilateralidad y multilateralismo cuando corresponda, el derecho a comunicarnos, el derecho a la no discriminación, el principio de la unidad de tráfico de igualdad de oportunidades y reciprocidad, el de la uniformidad legislativa en el derecho aéreo latinoamericano, el de la libertad de tráfico y fundamentalmente el principio de que el espacio aéreo es patrimonio aéreo de las Naciones, entre otros”³⁸.

Creemos que el principio de soberanía reconocido por la Constitución Política y los Tratados Internacionales es el poder jurídico que tienen los Estados para hacer valer dentro del ámbito de sus competencias su poder coercitivo, su dominio, sus Leyes y su jurisdicción, es por ello que afianzar las relaciones internacionales del Perú con los países árabes e inscribirnos en un marco multilateral de cielos abiertos, requiere defender nuestros

³⁷ Lo que originó que presentáramos una querrela penal contra el responsable de la difamación y contra el tercero civilmente responsable, LAN, a quien le exigimos una indemnización, coincidentemente la empresa chilena LAN puso dos avisos publicitarios en la carátula del mismo diario.

³⁸ Ver libro “Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial”, Julián Palacín Fernández, Tomo III, pág. 1566, editado por la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, Lima-Perú 1992.

fueros soberanos y desarrollar nuestro derecho a tener nuestra línea aérea de bandera "Aerolíneas Contigo Perú"³⁹.

El funcionamiento de la *low cost* de bandera de "Aerolíneas Contigo Perú" permitirá que el Aeropuerto de Chinchero mueva 3 millones de pasajeros al año y el Aeropuerto Velasco Astete, que planteamos se quede como aeropuerto de bajo costo hasta 2 millones de pasajeros al año, Arequipa aumentará en el 2016 a 2 millones de pasajeros anuales, Iquitos a 1 millón y medio de pasajeros anuales, Piura a 900,000 pasajeros anuales, Tarapoto a 800,000 pasajeros anuales, Trujillo a 700,000 pasajeros anuales y Chiclayo a 600,000 pasajeros anuales, es decir el incremento sostenido de tráfico aéreo en los aeropuertos de provincia se logrará en la medida de que hagamos una oferta interesante a los millones de usuarios de los servicios de transporte terrestre, a quienes si se les permite acceder a los servicios de transporte aéreo con tarifas competitivas, lógicamente antes de irse al terminal de Fiori se irán al aeropuerto de Las Palmas para subirse a un moderno Airbus A-319, ahorrarse decenas de horas en un bus y ganar tiempo, economía y eficacia en este modelo de explotación *low cost* que queremos que llegue al Perú.

Las Regiones del Perú tendrán que comenzar a pensar en el objetivo que ha planteado el Instituto Peruano de Derecho Aéreo (IPDA), que en cada Región haya un Aeropuerto de bajo costo, una Escuela de Aviación Civil y un Aeroclub y de

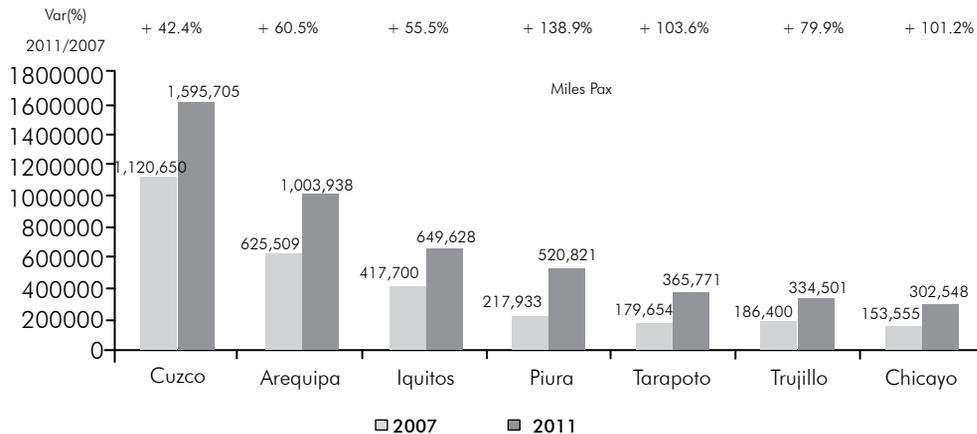
esta forma aumentará el tráfico aéreo en los aeropuertos de provincia.

El AIJCH es el *hub* natural de la línea aérea de bandera de Chile, LAN, y de la salvadoreña TACA, en la estrategia comercial de la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú", pensamos en la utilización comercial en asociación público privada con la Fuerza Aérea del Perú FAP del aeródromo Las Palmas de Surco, lo que permitirá un 25% de crecimiento de promedio anual, desde el 2015 al 2021, superando de esta forma el dinamismo mostrado por Brasil y Chile, en razón a que muchos pasajeros de los servicios de transporte terrestre al tener tarifas aéreas con poca diferencia de costo, originaran un fenómeno masivo en donde los peruanos desearían volar en su aerolínea con matrícula peruana, con aeronaves nuevas de fábrica, trasladándose al céntrico Aeródromo de Las Palmas en Surco.

Consideramos que el funcionamiento de la *low cost* "Aerolíneas Contigo Perú" como línea aérea de bandera permitirá un movimiento económico financiero por año de ventas de 500 millones de dólares con un efecto multiplicador en el sector turismo en la captación de turismo receptivo de bajo costo de los principales centros emisores, especialmente de los países de UNASUR.

El Perú tiene derecho a hacer y desarrollar su propio tráfico y a tener una línea aérea de bandera, Chile lo ha logrado a través de LAN que tiene su

EVOLUCIÓN DEL TRÁFICO DE AEROPUERTOS DE PROVINCIA



CRECIMIENTO DE LOS PRINCIPALES AEROPUERTOS DE PROVINCIAS

Fuente: Proyección de la Aviación Comercial en el Perú. Ramón Gamarra Trujillo, Director de la DGAC del MTC, Aero Expo Perú, Primer Congreso Internacional Aero Comercial del Perú. Centro de Convenciones María Angola, 20 y 21 de setiembre de 2012. Lima-Perú.

³⁹ http://aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?option=com_content&view=article&id=31427:chile-ejerce-dominio-en-el-espacio-aereo-peruano-a-traves-de-lan&catid=75:finanzas-corporativas.

sucursal en el Perú, LAN PERU, que ejerce dominio en el espacio aéreo peruano.

Desempeño del mercado a partir de la alianza LATAM

LATAM Airlines Group es el nombre del consorcio aerocomercial formado por la fusión entre la aerolínea chilena LAN Airlines y la brasileña TAM Líneas Aéreas. Por su tamaño en flota y pasajeros, es la compañía aeronáutica más grande de América Latina y la décima más grande a nivel mundial.

LATAM Airlines Group fue anunciada el 13 de agosto de 2010 cuando ambas compañías anunciaron la firma de un memorándum de entendimiento y su formación ha sido aprobada por las respectivas autoridades de cada país. Cada compañía mantiene sus operaciones por separado en sus sedes de Santiago de Chile y São Paulo.

Finalmente la fusión se concretó el 22 de junio de 2012. La fusión permitirá un mayor desarrollo de economías de escala entre ambas empresas y beneficiará a sus usuarios al poder aumentar el número de vuelos disponibles, esperando que se produzca una sinergia que entregue utilidades superiores a los 400 millones de dólares. Este sistema es similar a lo ocurrido con la fusión que dio origen a Air France-KLM, la principal compañía mundial aeronáutica.

Disputas sobre la fusión

En enero de 2011, las autoridades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile suspendieron la fusión de LAN y TAM luego de una demanda presentada por la organización de consumidores CONADECUS. Apenas fue recepcionada la única demanda, el Tribunal decidió iniciar una investigación, que en casos interiores tarda en promedio ocho meses. La decisión fue criticada por LAN y su equipo legal evalúa impugnar la decisión. Dentro de las razones indican el apoyo dado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), junto a la cual presentaron un plan de mitigación unas horas después de presentada la demanda de CONADECUS, y el hecho de que este tipo de demandas solo pueden ser presentadas por la FNE o por partes activamente involucradas en la compra. El punto controvertido aeropolíticamente hablando es que se utilizarán derechos de tráfico

con la participación de otras aerolíneas en los tramos entre Santiago, Sao Paulo, Río de Janeiro y Asunción, y así a nuestro criterio se ayudará a la formación de un cuasi monopolio que lógicamente tendrá que ser analizado por las autoridades de aeronáutica civil de los países de la Nación. Tras la aprobación, se espera que el conglomerado esté funcionando durante el primer trimestre de 2012.

¿LAN cambia de razón social en el Perú...?

Un tema a analizar es el hecho de que el Departamento de Ventas de LAN Perú, informó que a partir del 1 de octubre de 2012, los comprobantes de pago que emitían a nombre de Lan Airlines S.A. Sucursal Perú, ahora deberán ser emitidas a nombre de LATAM Airlines Group S.A. Sucursal Perú, manteniendo el mismo número de RUC y domicilio fiscal. Por ello, pidió a las empresas que procedan a las actualizaciones correspondientes en su sistema a fin de evitar cualquier inconveniente, ya que a partir de la fecha mencionada no se recibirán comprobantes de pago con la razón social anterior⁴⁰.

El Perú ejerce soberanía exclusiva y absoluta sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y podemos definir "los derechos aerocomerciales que los Estados se conceden en forma bilateral o multilateral para embarcar y desembarcar pasajeros, correo y carga en servicios regulares o no regulares de transporte aéreo internacionales y que son ejercidos por la línea aérea en el supuesto de designación única, o líneas aéreas –multidesignación– de los países respectivos"⁴¹. El Perú en la firma de sus convenios bilaterales, actas o memorandos de entendimiento entre autoridades de aeronáutica civil o simple reciprocidad, no ha otorgado permiso de operación de servicio de transporte aéreo internacional a este *holding* LATAM, es por ello que llama la atención que la autoridad de Aeronáutica Civil del Perú, la DGAC, no haya coordinado con INDECOPI el efecto en el mercado aerocomercial que significa para los consumidores autorizar a que esta fusión utilice los derechos de tráfico del Perú sin permiso de operaciones, lo que plantea un debate jurídico que tendrá que darse en los próximos meses.

Empresas integradas del holding LATAM

La nueva compañía contará con las siguientes empresas (en *cursiva*, empresas de transporte de carga):

⁴⁰ http://aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?option=com_content&view=article&id=31926:lan-peru-cambia-de-razon-social&catid=66:transporte-aereo-nacional&Itemid=574.

⁴¹ Libro "Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial", Julián Palacín Fernández, Tomo III, p. 1639, editado por la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial (CIJDAE), Lima-Perú 1992.

LAN Airlines

- LAN Airlines
- LAN Argentina
- LAN Colombia
- LAN Ecuador
- LAN Express
- LAN Perú
- ABSA
- LANCO
- LAN Cargo
- MasAir

TAM Linhas Aéreas

- TAM Linhas Aéreas
- Pantanal Linhas Aéreas
- TAM Paraguay
- TAM Cargo

Características

Destinos de LATAM Airlines, incluyendo aquellos de LAN (en azul) y de TAM. De acuerdo con LATAM Airlines Group, el nuevo conglomerado será una de las principales compañías a nivel mundial. Considerando las cifras de 2009, LATAM sería la décimo quinta aerolínea con mayores utilidades y la décimo primera con mayor número de pasajeros transportados.

Cifras	LAN Airlines S.A.	TAM S.A.	LATAM (estimado)
Número de pasajeros (millones)	15,4	30,4	45,8
Destinos atendidos	70	63	116
Países atendidos	17	14	23
Empleados	17.700	26.300	44.000
Flota de aviones	106	143	241
Aviones solicitados	121	90+	210+
Capacidad de pasajeros (asientos × kilómetros, 2009)	38.800	64.700	103.500
Toneladas cargadas	649.000	183.000	832.000
Ingresos (miles de millones de dólares, 2009)	US\$ 3,66	US\$ 4,89	US\$ 8,55
Rentabilidad (2009)	22,5%	14,0%	
Capitalización bursátil (millones de dólares al cierre del 3/08/2010)	US\$ 9.250	US\$ 2.504	US\$ 11.754

Alianza global de líneas aéreas

Con respecto a la futura afiliación de LATAM Airlines Group a una alianza global de líneas aéreas, ninguna de las partes ha pronunciado al respecto durante la fase de fusión y solo ha manifestado la ampliación de los programas de

cliente frecuente, sin mencionar detalles. Mientras LAN pertenece a la alianza Oneworld desde el año 2000, TAM pertenece desde 2010 a Star Alliance. Ambas líneas aéreas son los únicos socios de sus respectivas alianzas en Sudamérica, por lo que resultan piezas fundamentales para ambos grupos. Star Alliance anunció sus intenciones de incorporar a LAN tras el anuncio de fusión. "Creemos poseer una muy buena propuesta" dijo Jaan Albrecht, director ejecutivo de la alianza. En tanto, en noviembre de 2010 Star Alliance anunció la invitación oficial al conglomerado Synergy Group formado por Avianca y TACA, asegurando su presencia en América Latina. Aunque Oneworld no se ha manifestado públicamente sobre el tema, la alianza con LAN es de suma importancia y es considerada una de las más valiosas. Al ser LAN el líder de la fusión, se espera que la cercanía de esta empresa con Oneworld finalmente incline la balanza hacia esta alianza, aunque desechar a Star Alliance no es tan sencillo. La posibilidad, en tanto, de mantener un híbrido entre ambas alianzas se ve sumamente complejo considerando la intención de unificar los programas de fidelización.

Las posibilidades del ingreso de LATAM Airlines Group a Star Alliance son cada vez más probables. Jaan Albrecht director ejecutivo de la alianza, asegura que LAN acepto dialogar la posibilidad de su ingreso en Star Alliance ya que la misma alianza le propuso una interesante propuesta que actualmente no se sabe cuál es⁴².

Falta de conectividad aérea directa con los países miembros de la liga Árabe

Este cuadro nos muestra como existe falta de conectividad aérea desde Lima con los países miembros de la liga árabe, es por ello que nuestro planteamiento en esta cumbre es la firma de un convenio multilateral de cielos abiertos sin restricciones en la utilización de segmentos inclusive de quinta libertad, para las líneas aéreas de ambas regiones con un sistema de libre determinación de capacidad y libertad de tarifas, que permita que ambas Regiones satisfagan las necesidades de sus poblaciones, de tener más conectividad aérea y servicio de transporte aéreo seguros, eficaces y económicos.

No puede existir un plan de expansión aerocomercial en el plano internacional de las líneas aéreas de bandera de la liga árabe y de los países miembros de UNASUR, sino logramos consolidar este

⁴² Ver Wikipedia http://es.wikipedia.org/wiki/LATAM_Airlines_Group.

instrumento internacional multilateral propuesto que tiene que ir acompañado de la ampliación y modernización de la infraestructura aeroportuaria, especialmente de la habilitación de aeródromos y aeropuertos *low cost*.

Como se pudo lograr un mayor crecimiento entre el 2003 y 2011

El crecimiento del mercado aerocomercial peruano responde a las variables de la economía nacional e internacional, seguridad jurídica para la inversión nacional y extranjera, buen manejo de la economía, promoción turística e imagen del Perú en los mercados internacionales.

Sin embargo, creemos que si el Perú hubiera desarrollado los principios para establecer las bases de una política aérea *low cost*, teniendo la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, una actitud más proactiva en defensa de las líneas aéreas 100% peruanas hubiera habido más competencia y muchas no hubieran desaparecido por las acciones u omisiones, precisamente de esta DGAC que con algunos ministros de Transportes estuvo sin brújula como ocurrió en el 2007, es por ello que creo que el crecimiento nacional e internacional en el 2003 el 5%, en el 2004 el 3%, en el 2005 el 3.5%, en el 2006 el 4%, en el 2007 el 4%, en el 2008 el 5%, en el 2009 el 5%, en el 2010 el 5.5% y en el 2011 el 5.9%, estas metas no se han alcanzado y hemos perdido entre 500,000 y 1 millón y medio de pasajeros por año en estos últimos ocho años.

Potencial del aeródromo las palmas de surco como hub aeroportuario para Sudamerica

La competencia aeroportuaria en los países desarrollados es fundamental para el crecimiento, expansión y tarifas aéreas bajas en el mercado del transporte aéreo, lamentablemente en el Perú y algunos países de Sudamérica los ideólogos del concesionamiento de aeropuertos influenciados seguramente por los intereses económicos de los futuros explotadores, incluyeron cláusulas monopólicas que en el caso peruano violan la constitución política del Perú al establecer la obligación del Estado de no otorgar permisos para la explotación de aeropuertos dentro de un radio de 150 kilómetros, sin embargo esta cláusula en el caso del AIJCH es aplicable como dice textualmente el contrato de concesión a cualquier "nuevo aeropuerto", lo que significa que en este

contrato Ley se excluyó expresamente al aeródromo de Las Palmas, que esperamos se convierta en la infraestructura aeroportuaria que requiere la aerolínea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" a iniciar operaciones de servicio de transporte aéreo nacional e internacional en el 2013.

Potencial del aeródromo Las Palmas de surco como hub aeroportuario de Sudamérica

Pasajeros que estimamos lo utilizarían en conexión:

2014: 600,000 pasajeros
2015: 650,000 pasajeros
2016: 700,000 pasajeros
2017: 800,000 pasajeros
2018: 900,000 pasajeros
2019: 1'000,000 pasajeros
2020: 1'100,000 pasajeros

A partir del 2020, se podría usar el terminal de bajo costo del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, luego que se construya la Segunda Pista que según el contrato de concesión firmado por el Estado Peruano con LAP el 14 de febrero de 2001 debió estar lista en el presente año 2012.

Rol de la línea aérea del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" en la captación de pasajeros del mercado de la aviación latinoamericana hasta el 2030

Consideramos que la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú", que como línea aérea del pueblo peruano designada para ejercer la preferencia de los derechos de tráfico del Perú a nivel internacional, podrá lograr hasta el 50% del tráfico aéreo nacional e internacional del Perú con ventas que hasta el 2030 significarán en bruto entre 1,000 y 3,000 millones de dólares de facturación anual. Hoy los dueños del mercado de transporte aéreo internacional del Perú son las sucursales de la línea aérea de bandera de Chile "LAN", que factura un aproximado de 1,000 millones de dólares por año en el mercado peruano, pero sus aeronaves son todas de nacionalidad y matrícula chilena, algo similar sucede con la salvadoreña TACA que opera a través de una pequeña empresa formada en el Perú y cuyo Directorio inicial estuvo integrado por dos ciudadanos costarricenses y dos peruanos llamada TRANSAM AIRLINES S.A.

El Estado peruano ejerce soberanía sobre su espacio aéreo y en ambos casos LAN y TACA son líneas aéreas de banderas de otros países, que a través de pequeñas empresas prácticamente

inexistentes creadas en el Perú, se quedaron con los derechos de tráfico y el dominio del mercado con ventas de 1,500 millones de dólares por año aproximadamente.

La línea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú" y su aspiración a captar parte del tráfico Latinoamericano

La International Air Transport Association (IATA) fue fundada en 1945 y agrupa a casi todas las empresas de transporte aéreo internacional del mundo, tiene como objetivo principal la defensa de los intereses económicos de sus afiliados, abarcando los problemas jurídicos que afectan a las compañías de transporte aéreo⁴³.

El éxito económico de las líneas aéreas *low cost* en distintas partes del mundo nos ha llevado a analizar en el libro "Línea aérea de bandera de bajo costo"⁴⁴, las razones por las cuales millones de consumidores peruanos no pueden disfrutar hasta la fecha de tarifas aéreas sumamente económicas como cobra hoy la Ryanair y easyJet en Europa. Aspiramos a tener una presencia creciente en este tráfico aéreo latinoamericano con miras al 2030 y tener un rol protagónico de integración aerocomercial con los países miembros de la liga árabe, inclusive ellos podrían ser parte del accionariado de la línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú".

Aerolíneas Contigo Perú se prepara para ser parte del crecimiento del tráfico aéreo Latinoamericano

En el Perú, el pueblo tiene consenso del nacimiento y desarrollo de nuestra línea aérea de bandera "Aerolíneas Contigo Perú", que tendrá 70% de capital extranjero y que aspirará a tener una importante porción del tráfico aéreo latinoamericano.

Los inversionistas extranjeros deben tener presente que como línea aérea de bandera del Perú, tendremos a nivel internacional la preferencia de los derechos de tráfico del Perú, que hoy están en un 70% en poder de la línea aérea de bandera de Chile, quien los utiliza a través de la sucursal de LAN creada en el Perú.

Creemos que ningún mercado aerocomercial tiene que tener monopolios o posiciones de

dominio o *Hub*, en donde estas mega empresas internacionales, tienen privilegios y plantean muchas veces situaciones injustas para sus competidores, es por ello que reclamamos la competencia entre aeropuertos y la habilitación del aeródromo Las Palmas que no tiene ninguna restricción para operar de acuerdo con el contrato de concesión del AIJCH se aplica a los nuevos aeropuertos y en el caso del aeródromo Las Palmas es un viejo aeropuerto.

Personal aeronáutico

La línea aérea de bandera del Perú "Aerolíneas Contigo Perú", considera que los pilotos de combate de nuestra Fuerza Aérea podrán habilitarse también en las modernas aeronaves comerciales y se establecerá una política en el que podrán hacer horas en "Aerolíneas Contigo Perú" sin dejar la FAP, es decir tenemos que apoyar el objetivo de no quedarnos sin pilotos de combate como está ocurriendo, ya que eso afecta la seguridad y la defensa nacional, es por ello que consideramos que la Fuerza Aérea del Perú FAP, tiene que ser el socio natural de la línea aérea de bandera "Aerolíneas Contigo Perú" en una alianza con el sector privado que desarrolle las bases para utilizar la infraestructura aeroportuaria del aeródromo Las Palmas⁴⁵. En el Perú nos prepararemos para la demanda de pilotos que requiere la industria aérea, a través de un plan estratégico que está diseñando el Instituto Peruano de Derecho Aéreo (IPDA), en el que asesoraremos a las Regiones para que creen infraestructuras aéreas de bajo costo con una escuela de aviación civil y un aeroclub regional, para que todos los años tengamos una promoción de un mínimo de 500 pilotos peruanos de todas las Regiones del país.

La Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Ley N° 27261 establece en el artículo 4° inciso 3 que es objetivo permanente del Estado en aeronáutica civil promover la capacitación del personal aeronáutico, mediante el apoyo a la creación y desarrollo de las Escuelas de Aviación de Tripulantes técnicos, aeroclubes, centros de instrucción y asociaciones aerodeportivas en general.

Coincidimos con el análisis de la Boeing y como país necesitamos un mínimo de 10,000 pilotos para los próximos veinte años, es por ello que estamos trabajando a través del IPDA y

⁴³ Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial Tomo I, p. 59. Julián Palacín Fernández, editado por la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, Lima 1991.

⁴⁴ Ver www.lineaareadebanderadebajocosto.com

⁴⁵ http://aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?option=com_content&view=article&id=11455:plantean-comision-patriotica-para-defender-el-aerodromo-de-las-palmas-frente-a-la-amenaza-de-mauricio-mulder-de-desaparecerlo&catid=47:47&Itemid=578

la Comisión Consultiva de Derecho Aeronáutico del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL), con el apoyo del Estudio Jurídico especializado en aviación, Estudio Jurídico Julián Palacín Abogados, en la elaboración de los estudios para que cada Región del país tenga una infraestructura aeroportuaria de bajo costo, una escuela de aviación civil y un aeroclub, lo que nos permitirá apoyar a la juventud peruana para que pueda acceder a esta carrera profesional de piloto, para lo cual se espera coordinar con las universidades como Alas Peruanas y la universidad San Martín de Porres y otras universidades que se dediquen a la aviación y tenemos, que diseñar esa hoja de ruta académica que no nos ha planteado hasta ahora la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) en su rol promotor del desarrollo de las escuelas y aeroclubes. Lamentablemente, el Estado a través de la DGAC en este ámbito ha fracasado y prueba de ello es lo que pasó con el aeródromo de Collique y la inexistencia de un plan nacional de desarrollo de la aviación civil que tendrá que impulsar el sector privado para que dejemos de ser uno de los países de América del Sur con menos pilotos civiles y menor parque aéreo civil y comercial.

Los altos estándares de seguridad, economicidad y eficiencia son los principios que debemos tener en cuenta para el desenvolvimiento y desarrollo de la aviación civil de acuerdo a los principios y normas del Convenio de Chicago de 1944 y la modernización de la infraestructura aeroportuaria debe llevarnos a solicitar que el Ministerio de Transportes utilice los recursos de la concesión del AIJCH en las ayudas a la navegación, radiocomunicaciones aeronáuticas y control de tránsito aéreo, se tendrá que fortalecer la autonomía y capacidad técnica y económica de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación (CORPAC), dentro de una armonización normativa que profundice el principio de economicidad a que se refiere el artículo 44° del Convenio sobre Aviación Civil Internacional o Convenio de Chicago de 1944 con una política aérea concreta de *low cost*.

El Perú ha logrado altos estándares de seguridad aerocomercial, dentro de contexto en donde la doctrina peruana de derecho aéreo de los juristas peruanos que integran el Instituto Peruano de Derecho Aéreo (IPDA), la Comisión Consultiva de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL) y de la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial (CIJEDAE) al lado de las diversos funcionarios técnicos y autoridades de la Dirección General

de Aeronáutica Civil (DGAC), se ha logrado hace muchos años no solo lograr la categoría uno a nivel FAA de Los Estados Unidos, sino un reconocido prestigio y reconocimiento internacional, ya que somos un país serio, aeronáuticamente hablando y la doctrina peruana de derecho aéreo nos permite hoy afirmar que los principales tratadistas europeos como el jurista español, Doctor José Daniel Parada Vásquez (+), citan nuestra doctrina que es el resultado del pensamiento académico de treinta y tres años de labor ininterrumpida del Instituto Peruano de Derecho Aéreo (IPDA).

Aeropuertos Internacionales de Emiratos Árabes

- Aeropuerto Internacional de Abu Dhabi (situado a 115 Kms de Dubai)
- Aeropuerto Internacional de Dubai (situado a 4kms al Sudeste de Dubai)
- Aeropuerto Internacional de Al Ain (situado a 118 kms de Dubai)
- Aeropuerto Internacional de Fujairah (situado a 99 kms de Dubai)
- Aeropuerto Internacional de Ajman (situado a 135 kms de Abu Dhabi Intl Airport)
- Aeropuerto Internacional de Ras Al Khaimah (situado a 71 km s de Dubai)
- Aeropuerto Internacional de Sharjah (situado a 16 kms de Dubai)

Descripción de los principales Aeropuertos de Emiratos Árabes:

Aeropuerto de Abu Dhabi

El Aeropuerto Internacional de Abu Dhabi, es uno de los más importantes de los Emiratos Árabes Unidos, sirviendo a su capital. Está en plena expansión y para 2016 se espera la incorporación de una nueva terminal, para incrementar su capacidad a 20 millones de pasajeros. Alrededor de 12.4 millones lo transitaron en 2011. Opera con los principales puntos de Europa, gran parte de Asia, países de África, Sudáfrica, Estados Unidos y Canadá, entre otros.

Aeropuerto de Dubai

El Aeropuerto de Dubai es el más importante del Medio Este Asiático. Está en plena expansión con una tercera terminal que será de las más modernas del mundo. Por otro lado para el 2017 se espera inaugurar otro aeropuerto en la vecina localidad de Jebel Ali: el Dubai World Central International Airport, que será de los más lujosos y grandes del mundo. En el año 2011, el Aeropuerto Internacional de Dubai, fue transitado por, alrededor de 50.98

millones de pasajeros. Opera con los principales puntos de Europa, gran parte de Asia, Países del Norte de África, Sudáfrica, Estados Unidos, Brasil y Canadá, entre otros.

Aeropuertos donde operan las Líneas aéreas de Bajo Costo

Aeropuerto Internacional de Abu Dhabi (AUH). Ciudad: Abu Dhabi.

Aeropuerto Internacional de Dubai (DHB). Ciudad: Dubai.

Aeropuerto Internacional de Al Ain (AAN). Ciudad: Al Ain.

Aeropuerto Internacional de Sharjah (SHJ). Ciudad: Sharjah.

Emiratos Árabes unidos - información económica:

Producto Interno Bruto (PIB)

\$260.8	miles de millones	(2011 est.)
\$252.5	miles de millones	(2010 est.)
\$244.6	miles de millones	(2009 est.)

Producto Interno Bruto (PIB) - Tasa de Crecimiento Real

3,3%	(2011 est.)
3,2%	(2010 est.)
-3,2%	(2009 est.)

Producto Interno Bruto (PIB) per cápita

\$48,500	(2011 est.)
\$48,400	(2010 est.)
\$48,300	(2009 est.)

Tasa de inflación (precios al consumidor)

2,5%	(2011 est.)
0,9%	(2010 est.)

Tasa de desempleo

2,4% (2001)

Deuda pública

43.9%	of GDP	(2011 est.)
51.2%	of GDP	(2010 est.)

Deuda externa

\$167,2 miles de millones (31 December 2011 est.)
\$151,8 miles de millones (31 December 2010 est.)

Inversión extranjera directa - entrada

\$81.33 billion (31 December 2011 est.)

\$74.13 billion (31 December 2010 est.)

Inversión extranjera directa - salida

\$57.93 billion (31 December 2011 est.)
\$53.43 billion (31 December 2010 est.)

Recomendaciones finales

1. Que se redacte un proyecto de Convenio Multilateral de Cielos Abiertos para que se abra la firma de los países miembros de UNASUR y los países miembros de la liga árabe, propuesta que solicitamos se ponga en debate el 1 y 2 de octubre en la Tercera Cumbre Presidencial Países Árabes-América del Sur ASPA 2012.

Dicho convenio se debe basar en:

1.1 Libre ingreso al mercado de los países miembros del ASPA

No debe existir regulación económica por parte de las autoridades de aeronáutica civil de ambas regiones. La regulación se producirá en forma natural por el libre juego de las fuerzas normales del mercado, la oferta y demanda.

- 1.2 Los operadores deberán cumplir con los requisitos técnicos y de seguros.
- 1.3 Las autoridades de aeronáutica civil de los países, otorgarán los permisos de operaciones sujetos al principio de reciprocidad.
- 1.4 Libertad de tarifas.
- 1.5 Los países miembros de este tratado podrán invertir hasta un 70% de capital en las líneas aéreas de bandera de los países miembros del ASPA.
- 1.6 Los Estados se comprometen a desarrollar infraestructura aeroportuaria de bajo costo en una segunda terminal en los aeropuertos internacionales o en nuevos aeropuertos.

Tratado de Cielos Abiertos Aspa Perú 2012- Ante Proyecto Generalidades

Los Estados miembros de UNASUR y de la liga Árabe que conciertan el presente Tratado, denominados aquí en lo sucesivo, colectivamente, "Región Parte" o, individualmente, "Estado Parte".

Recordando los compromisos que han contraído en la I Cumbre ASPA que se celebró el 10 y 11 de mayo de 2005 en Brasilia entre los países miembros de UNASUR y los países miembros de la Liga Árabe con el objetivo central de impulsar el intercambio económico y comercial entre la Liga Árabe y UNASUR.

Acogiendo con satisfacción los históricos acontecimientos que ya en el siglo XIX, los movimientos migratorios del Oriente Medio llegaron a nuestra Región estableciendo lazos de sangre que se fortalecieron con posterioridad a la II Guerra Mundial, luego que varios países del medio oriente se independizarán de su metrópolis, renovando el interés por construir puentes entre ambas regiones que se observa con la creación del foro ASPA en donde se abren una diversidad de oportunidades que hasta ahora se habían mantenido poco exploradas debido a la ubicación geográfica, el desconocimiento de las realidades respectivas, lo limitado de las corrientes de comercio e inversiones recíprocas, la poca conectividad marítima y aérea, y la carencia de un marco jurídico institucional que requiere de mayor solidez para impulsar la relación aerocomercial entre los países miembros de UNASUR y la liga de países árabes, considerando que se tiene que establecer los principios con la hoja de ruta a seguir para sentar las bases que nos permitan este Convenio Multilateral de Cielos Abiertos entre los Países Árabes y América del Sur, en el cual podamos concebir un marco de cooperación multilateral interestatal entre líneas aéreas de bandera designadas por ambas Regiones, facilitando la promoción de las formulas de cooperación interempresarial entre las empresas de aviación de bandera designadas por los países miembros que se formarían a través de sociedades internacionales que surgen cuando dos o más empresas de aviación uniendo sus esfuerzos de tal manera que confluyen formando una sola persona jurídica.

Contemplando la necesidad de lograr un régimen de Cielos Abiertos entre ambas Regiones.

Disposiciones Generales

1. Por el presente Tratado se establece un régimen, que se conocerá como régimen de Cielos Abiertos, para la realización de las operaciones aéreas de los Estados Parte miembros de UNASUR y de la Liga Árabe.
2. Cada uno de los Anexos y sus apéndices conexos forma parte integral del presente Tratado.
3. Objetivos
 - 3.1 Los Estados designarán a sus líneas aéreas de bandera, Aerolíneas Contigo Perú es la aerolínea designada por el Estado peruano para la ejecución de este tratado.

- 3.2 Las Líneas aéreas de bandera o designadas de UNASUR y el ASPA podrán tener hasta el 70% de capital extranjero de inversionistas de ambas Regiones.
- 3.3 Las autoridades de aeronáutica civil de ambas Regiones otorgarán derechos de tráfico sin limitación de capacidad, con libertad de tarifas,
- 3.4 Se otorgarán si ningún tipo de limitación segmentos de quinta libertad a las líneas aéreas de bandera designadas por los países miembros de UNASUR y de la liga de países Árabes.

Bibliografía

PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial Tomo I. Lima: Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, 1991.

PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial Tomo II. Lima: Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, 1991

PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Curso de Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial Tomo III. Lima: Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo y Espacial, 1991

PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Sub – Comisión de transferencia DGAC y CORPAC T. I, II, III, IV. Lima: Peru Posible, 2001.

PALACIN FERNÁNDEZ, Julián. “La OACI y la CLAC en el Desarrollo del Transporte Aéreo en la Región” Lima 1994.

PALACIN FERNÁNDEZ, Julián. “Línea aérea de bandera de bajo costo” editado por www.aeronoticias.com.pe Lima, 2011.

MEISSNER MARTINA. Las líneas aéreas de bajo coste. España: Universidad de Malaga, 2008.

DUERI, EDUARDO. Informe sobre los planes de contingencia año 2000 para servicios de tránsito aéreo y aeropuertos del Caribe y Suramérica. REVISTA AITA N° 50. 1999.

DONATO, ANGELA MARINA. La OACI frente a los nuevos desafíos de un transporte aéreo globalizado, REVISTA AITAL, N° 52, 2000.

PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Seguridad de los aeropuertos después de los atentados terroristas

contra las Torres Gemelas. Perú: Edición N° 69, Revista de la Academia Diplomática del Perú, 2002.

GAGGERO, EDUARDO. Formas más recientes de colaboración empresarial. Peru: Revista Internacional de Derecho Aereo, Edición N°12, 1987.

FLOREZ VILLAVERDE, MARILYN, Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial del Colegio de Abogados de Lima. Aeropuertos Internacionales de Emiratos Árabes www.estudiojuridicopalacin.com

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 81/2009. Republica de Chile. En: http://www.tdcl.cl/UserFiles/P0001/File/SENTENCIAS/Sentencia_81_2009.pdf.

Enlaces de interés:

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Susana Vilca juró como vicepresidenta de minas. LIMA 08 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Ministro de defensa apoya creación de línea aérea de bandera. LIMA 08 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. El Comercio. lan ataca a la línea aérea de bandera. LIMA 08 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Líneas aéreas europeas tienen fíales de bajo costo. LIMA 09 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Indacochea, Canales y Secada no confirman debate sobre línea aérea de bandera con Palacín. LIMA 09 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Debate sobre línea aérea de bandera en el CAL. LIMA 09 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Mañana debaten en CAL sobre creación de la línea aérea de bandera. LIMA 10 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Constitución del Perú fue tema de debate en el CAL. LIMA 10 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Trabajadores de Corpac anuncian paro de 72 horas. LIMA 11 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. COMEX le mintió al presidente Humala sobre aerolínea de bandera LIMA 11 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Constitución del 93 perjudicó a la aviación comercial peruana. LIMA 11 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Libro analiza información financiera de Iberia, Ryanair, Lan, Lufthansa y British Airways. LIMA 12 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Ex Trabajadores de AeroPerú protestaron durante el debate por creación de Línea aérea de Bandera. LIMA 12 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Instituto Peruano de Derecho Aéreo apoya línea aérea de bandera. Lima 13 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Se debe investigar destino de mil millones de dólares de regalías que pagó LAP al MTC. Lima 14 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Empresa estatal Air China tiene beneficios, dice Dr. Palacín. Lima 14 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Información financiera prueba que líneas aéreas tienen ganancias. Lima 15 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Planteamiento presidencial de línea aérea de bandera en encuesta nacional. Lima 15 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Línea aérea de bandera no será subsidiada. Lima 15 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Canatur se equivoca para proteger monopolio aéreo. Lima 16 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Canatur se equivoca para proteger monopolio aéreo. Lima 16 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Jaujinos apoyan aerolínea peruana de bandera. Lima 17 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Libro sobre línea aérea de bandera trata los costos de los A – 319 vs. B-737-700. Lima 17 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Subsidios son convenientes para CANATUR en lugar de línea aérea de bandera. Lima 17 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. ¿Cómo funcionaría la línea aérea de bandera de bajo costo del Perú? Lima 17 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Contraloría y congreso deben investigar a la DGAC. Lima 19 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Consideran exagerada suspensión de vuelos de Peruvian Airlines. Lima 19 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Congresistas de Alianza Parlamentaria apoyan creación de aerolínea de bandera. Lima 19 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Peruvian Airlines construirá su centro de operaciones en Jauja Lima 19 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Pasajeros en el Perú tuvieron que pagar hasta 700 dólares por un pasaje aéreo nacional. Lima 20 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Trabajadores de CORPAC piden total reorganización de su empresa. Lima 23 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Periódico cusqueño apoya aerolínea de bandera. Lima 26 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Lao Airlines se convierte en nuevo cliente de Airbus con pedido de dos aviones. Lima 26 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Perú si tendrá su línea aérea de bandera. Lima 27 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Asociación de trabajadores de Aeroperú se pronuncian sobre línea aérea de bandera. Lima 28 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Estudio sobre la línea aérea de bandera del Perú analiza Boeing 737 – 700. Lima 28 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. En programa de Jaime de Altahus, Alejandro Indacochea no dijo la verdad sobre Ryanair. Lima 28 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. SITE-CORPAC reclama derechos laborales. Lima 29 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Ministro de Economía habla sobre línea de bandera de bajo costo. Lima 29 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Ex presidente de CORPAC recomienda analizar observaciones sobre Aeropuerto de Chinchero. Lima 29 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Sigue batalla por una aerolínea peruana de bandera. Lima 30 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Informe de la Comisión de transferencia recomendó línea aérea de bandera de bajo costo. Lima 30 de agosto 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Ex presidente de CORPAC recomienda analizar observaciones sobre Aeropuerto de Chinchero. Lima 01 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Publicación del Colegio de Contadores de Lima destacó proyecto de Línea aérea de bandera. Lima 01 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. MTC habría pagado 43 millones de dólares por el ex hangar de Faucett. Lima 08 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Destacan importancia del acuerdo aéreo Perú – Turkia. Lima 09 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Se consolidaría el cuasimonopolio aerocomercial en el espacio aéreo peruano. Lima 10 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

HURTADO MARTÍNEZ, Raymundo. Celebrarán Día del Periodista de Aviación. Lima 15 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

PLANA PERIODISTICA. Empresas nacionales ingresarán al mercado aerocomercial. Lima 10 de setiembre 2011. En: www.aeronoticias.com.pe

Algunos impactos generales de los contratos de concesión sobre las operaciones de las Empresas Operadoras de las infraestructuras de Transporte y sobre los consumidores en el Perú

Julio Aguirre Montoya*

SUMILLA

Este artículo muestra, de manera general, algunos impactos que los contratos de concesión supervisados y regulados por OSITRAN han generado sobre la eficiencia de las empresas a cargo de las infraestructuras de transporte de uso público; así como, los efectos de los mismos sobre los consumidores, usuarios de dichas infraestructuras. Se observa que los contratos de concesión han contribuido a la atracción de inversiones, al mejoramiento del desempeño de las operaciones de las empresas que en el pasado estuvieron administradas por el Estado y que ello ha redundado en efectos positivos sobre los consumidores.

I. Introducción

La década de los noventa fue una época en la que el Perú dio un viraje rotundo hacia políticas públicas que condujeron al país en una atractiva senda de crecimiento económico; para ello, basta observar actualmente los principales indicadores económicos que evidencia el importante salto que ha dado el Perú en el ranking de competitividad (tras una mejora de 19 posiciones en el último quinquenio), ocupando el puesto 67 de un total de 142 países (y ubicándose séptimo en la región latinoamericana, la cual lidera Chile, seguido de Panamá y Brasil), según el Informe Global de Competitividad 2011-2012, elaborado por el *World Economic Forum* (WEF).

Existe consenso en la literatura económica en destacar la importancia de la inversión en infraestructura de transporte y sus efectos sobre el crecimiento económico de un país¹. En el caso peruano, a pesar de la tendencia favorable, aún

existe una brecha en infraestructura que reducir y estar a niveles similares que Chile, nuestro principal referente en la región. En efecto, de acuerdo al Instituto Peruano de Economía (IPE), la brecha en inversión en infraestructura estimada en el sector transporte estimadas para los años 2005 y 2008 es de US\$ 7,7 mil millones (35% de la brecha total²) y US\$ 13,9 mil millones (38% de la brecha total).

A pesar de lo anterior, la inversión en infraestructura de transporte canalizada a través de los contratos de concesión ha sido importante y beneficiosa para el país. En ese sentido, identificar algunos efectos positivos de dicha inversión a cargo de los operadores privados, quienes se adjudicaron los diversos contratos, es el espíritu de este artículo. Seguidamente a este breve acápite introductorio, en las siguientes dos secciones se describen los principales impactos de los contratos de concesión (a nivel de las propias empresas operadoras y de los usuarios) y se presentan las respectivas conclusiones.

* Economista de la Universidad del Pacífico. Investigador asociado del Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico. Todas las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no comprometen a ninguna institución mencionada. Cualquier error pertenece al autor [e-mail: jcaguimont@gmail.com]. Este artículo es un extracto de la consultoría "Lecciones Aprendidas de los Contratos de Concesión de Infraestructuras de Transporte de Uso Público", realizada por el autor para OSITRAN en el año 2010.

¹ Ver CALDERÓN y SERVÉN (2004) y BANISTER y BERECHMAN (2001).

² Que considera la brecha de infraestructura en los sectores transporte, saneamiento, electricidad, gas natural y telecomunicaciones. Las brechas totales calculadas por el IPE (2005 y 2009) son de US\$ 22 mil millones y US\$ 37 mil millones.

II. Eficiencia en la provisión de los servicios de infraestructura de transporte

OSITRAN fue creado en 1998 e inició su experiencia regulatoria y supervisora en el sector de infraestructura de transporte de uso público con tres contratos de concesión. Al mes de mayo de 2012, el número de contratos se incrementó a 26, abarcando una inversión comprometida de US\$ 6,9 mil millones, de las cuales el 51% (US\$ 3,5 mil millones) ya ha sido ejecutada (Cuadro N° 1).

Siguiendo a GALAL y NAURIYAL (1995), es posible (y de interés) analizar si el marco regulatorio aplicado a los contratos de concesión ha inducido a las “Empresas Prestadoras”, en adelante EP, a operar de manera eficiente, lo cual se puede hacer evaluando el comportamiento de algunas variables como: inversiones realizadas, operatividad y productividad, condiciones de competencia en los servicios no regulados que acceden a las infraestructuras reguladas e indicadores de calidad de servicio que brindan las EP.

Cuadro N° 1:
Operadores de las infraestructuras de uso público bajo la supervisión de OSITRAN

	INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA	Fecha de inicio de la Concesión	Plazo de la Concesión	Inversión comprometida US\$	Inversión acumulada mayo 2012 US\$	% Cumplimiento
CARRETERAS				3,616,981,405	2,659,815,145	
1	Red Vial N° 5 - Tramo Ancón-Huacho-Pativilca ^A	2003	25 años	75,048,073	33,398,073	44.5%
2	Red Vial N° 6 - Pucusana-Cerro Azul-Ica ^B	2005	30 años	231,856,390	86,525,021	37.3%
3	IIRSA Norte: Paita-Yurimaguas ^C	2005	25 años	453,100,707	380,062,370	83.9%
4	IIRSA Sur, Tramo 2 : Urcos-Inambari ^C	2005	25 años	641,448,081	633,030,870	98.7%
5	IIRSA Sur, Tramo 3: Inambari-Iñapari ^C	2005	25 años	591,701,430	577,302,035	97.6%
6	IIRSA Sur, Tramo 4: Azángaro-Inambari ^C	2005	25 años	513,538,384	510,782,558	99.5%
7	Buenos Aires-Canchaque ^C	2007	15 años	36,746,461	36,746,461	100.0%
8	IIRSA Sur, Tramo 1: Marcona – Urcos ^C	2007	25 años	135,869,761	134,197,525	98.8%
9	IIRSA Sur, Tramo 5: Ilo, Matarani – Azangaro ^C	2007	25 años	185,120,841	178,047,461	96.2%
10	Red Vial N° 4 - Pativilca - Puerto Salaverry ^A	2009	25 años	286,165,961	21,672,544	7.6%
11	Tramo Vial - Ovalo Chancay - Huaral – Acos ^C	2009	15 años	41,571,735	37,072,106	89.2%
12	Tramo Vial - Mocupe - Cayaltí – Oyotún ^C	2009	15 años	24,850,923	24,832,919	99.9%
13	Autopista del Sol * Trujillo – Sullana ^A	2009	25 años	299,962,658	6,145,203	2.0%
14	IIRSA Centro - Tramo 2 ^C	2010	25 años	100,000,000	0	0.0%
AEROPUERTOS				1,163,022,000	343,586,879	
15	Aeropuerto Jorge Chávez ^A	2001	30 años	1,061,700,000	295,667,957	27.8%
16	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales ^C	2006	25 años	53,537,000	47,918,922	No aplicable
17	Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales ^C	2010	25 años	47,785,000	0	0.0%
PUERTOS				1,852,684,797	385,653,850	
18	Terminal Portuario de Matarani ^A	1999	30 años	6,042,000	29,114,072	No aplicable 1/
19	Terminal de Contenedores Muelle Sur Callao ^A	2006	30 años	706,870,000	355,655,100	50.3%
20	Terminal Portuario de Paita ^A	2009	30 años	227,000,000	884,678	0.4%
21	Transportadora Callao S.A. ^A	2011	20 años	120,330,000	0	0.0%
22	Terminal Muelle Norte ^A	2011	30 años	748,714,000	0	0.0%
23	Terminal Portuario de Yurimaguas ^C	2011	30 años	43,728,797	0	0.0%
FERROCARRILES				232,857,143	105,409,621	
24	Ferrocarril del Centro ^A	1999	40 años	FRA II	27,648,259	No aplicable 2/
25	Ferrocarril del Sur y Sur Oriente ^A	1999	35 años	FRA II	77,761,362	No aplicable 2/
26	Tren Eléctrico-Línea 1 ^C	2011	30 años	232,857,143	0	0.0%
	TOTAL			6,865,545,345	3,494,465,495	

Fuente: Gerencia de Supervisión – OSITRAN

Notas: (A) Concesión autosostenida, (C) Concesión Cofinanciada.

2.1. Atracción de inversiones

Uno de los objetivos que tuvo la implementación de la política de concesiones que el Estado promovió a inicios de la década pasada, fue atraer inversiones. Diversa literatura económica coincide en que son muy necesarias para el desarrollo de los países; sin embargo, para atraerlas es indispensable que internamente el país trabaje en otras variables complementarias, tales como: el desempeño macroeconómico y la solidez institucional. Es decir, si un país está bien económicamente y cuenta con un marco institucional débil o si la solidez institucional es aceptable, pero la situación económica no es la adecuada, entonces el país no atraerá capitales foráneos³.

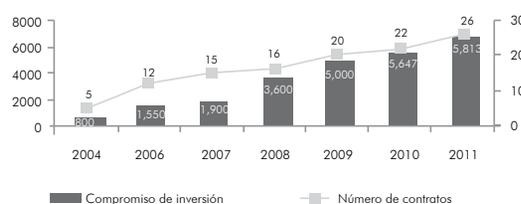
Respecto al desempeño económico no hay duda, el país se ha conducido bien. Por su parte, en cuanto a la solidez institucional, la labor del regulador es solo una de los componentes que busca contribuir a dicha solidez. Si bien los contratos de concesión no son diseñados por el Regulador, la gestión de éste en el tiempo igualmente constituye un *signaling* frente a los inversionistas. Lo crucial es que los aspectos regulatorios son únicamente un determinante de los resultados en las industrias. "(...) Un buen marco regulatorio en una industria incoherente o en estructuras de mercado contradictorias es poco probable que contribuya a una mejora en el desempeño sectorial y a la inversión, (...) evaluar los resultados del marco regulatorio pasa por determinar si éste ayuda o representa un estorbo (...)"⁴.

El Gráfico N° 1 muestra la evolución de los compromisos de inversión en infraestructura de transporte en cada sector bajo regulación y supervisión de OSITRAN. Se observa que la inversión comprometida creció a una tasa promedio anual de 36,7%. Se puede deducir que cada vez el país se ha hecho más atractivo para los inversionistas, sobre todo por la demanda creciente de infraestructura muy necesaria para poder mantener la senda de crecimiento económico que viene registrando el Perú.

Específicamente, por cada sector, el mayor crecimiento de la inversión se ha registrado en las carreteras, sobre todo entre 2005 y 2006, que

se multiplicó por 23 veces (de US\$ 9,4 millones acumulado en el año 2005 a US\$ 221,3 millones al año siguiente). Esto como consecuencia de las concesiones de las carreteras de la iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA). El siguiente sector que ha mostrado fuerte crecimiento en inversión es el portuario, que en los dos últimos años dicha variable se ha quintuplicado, pasando de US\$ 4,5 millones en el 2007 a US\$ 168,1 millones en el 2009. En este caso, por el inicio de las concesiones del Nuevo Terminal de Contenedores del Callao y del Terminal Portuario de Paita en Piura.

Gráfico N° 1:
Contratos de concesión y compromisos de inversión 2004- noviembre 2011



Nota: US\$ Millones (eje vertical izquierdo) y Número de contratos (eje vertical derecho)

Fuente: Gerencia de Supervisión OSITRAN

En tercer lugar, la inversión en aeropuertos se inició con la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en el 2001, y en el año 2005 registró una inversión acumulada equivalente a US\$ 148,2 millones. Posteriormente en el 2006, se concesiona el Primer Grupo de Aeropuertos Regionales del Perú, llevando a que ambas concesiones acumulen para el 2009 una inversión de US\$ 257,8 millones. Finalmente, a pesar de que la concesión de los ferrocarriles del Perú no incluía compromisos de inversión en los contratos respectivos de las dos empresas encargadas de los mismos, dichos contratos incorporaban mecanismos de incentivos a la inversión, registrando una inversión acumulada en el 2005 de US\$ 44,2 millones y de US\$ 104,6 millones al 2009.

No se puede dejar de mencionar el rol determinante que vienen teniendo, en la atracción de inversión privada, las Asociaciones Público Privadas, (en adelante APPs,) que se han constituido en una

³ BANISTER y BERECHMAN (2001) ilustran las condiciones necesarias del desarrollo económico de los países en desarrollo como el nuestro: (i) situación económica favorable; (ii) solidez institucional, y (iii) nivel adecuado de inversión en infraestructura. Así, si un país está bien económicamente y cuenta con un marco institucional sólido, pero carece de inversiones, o, si la inversión y la solidez institucional están presentes, pero la situación económica no es la adecuada, entonces el país no avanzará en su desarrollo económico. Por lo tanto, es indispensable que las tres condiciones vayan de la mano.

⁴ KERF et al., 1995.

alternativa eficiente para la entrega de proyectos financieramente no rentables, pero rentables socialmente (tal es el caso de las carreteras IIRSA y del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales del Perú, que unen ciudades de bajo poder adquisitivo pero con fuerte potencial de desarrollo como consecuencia de la interconexión entre ellas)⁵.

En el Cuadro N° 1 se muestra que de las 26 concesiones a cargo de OSITRAN, 14 (53%) han sido adjudicadas bajo la modalidad de cofinanciamiento y comprometen una inversión de más de US\$ 3 mil millones, 45,2% del total comprometido por el conjunto de infraestructuras en concesión.

2.2. Operatividad y productividad

Un aspecto importante a tener en cuenta en la economía del transporte es que la demanda de los servicios que brindan en las infraestructuras de transporte es una “demanda derivada” de

otras actividades de producción (exportación o importación de productos, por ejemplo) o de consumo (turismo, por ejemplo). Así, mientras el desempeño de las empresas prestadoras conlleven a la generación de mayores y mejores niveles de uso de las facilidades (por ejemplo, flujo de pasajeros en un aeropuerto o el tráfico de vehículos en una carretera), se puede decir que los contratos de concesión y sus mecanismos de incentivos incorporados, tienen el impacto deseado a favor de la sociedad.

Los principales usuarios de las infraestructuras de transporte de uso público, que OSITRAN supervisa, son los pasajeros que demandan los servicios brindados por las empresas de transporte ferroviario y aeroportuario; las empresas que movilizan su carga, ya sea por importación o exportación y requieren de las facilidades portuarias, de carreteras y ferroviarias; así como, las empresas de carga y particulares que se movilizan por las carreteras.

**Cuadro N° 2:
Indicadores de operatividad según empresa prestadora 1998-2010**

Indicador	EP	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Operaciones ^(a)	AdP										55.12	80.45	98.46	98.07
	LAP	77.78	70.70	67.40	72.19	70.25	70.24	72.43	73.28	77.32	92.98	98.73	104.97	120.50
	Tisur			278.00	272.00	257.00	244.00	233.00	269.00	314.00	339.00	324.00	339.00	350.00
Carga ^(b)	AdP										18.41	23.86	19.39	22.85
	LAP	98.27	98.08	107.00	114.00	135.00	153.00	167.00	173.00	192.00	218.00	230.00	226.39	261.25
	FVCA				1.49	1.46	1.72	1.71	1.60	1.63	1.81	1.88	1.53	1.65
	Fetransa					0.46	0.29	0.30	0.34	0.41	1.11	1.30	1.21	1.27
	Tisur	1.04	1.13	1.29	1.43	1.49	1.54	1.63	1.63	1.99	2.82	2.90	2.79	3.35
Pasajeros ^(c)	AdP										1.56	1.82	1.93	2.54
	LAP	4.34	4.31	4.51	4.12	4.13	4.30	4.82	5.34	5.68	7.00	7.64	8.06	9.39
	Fetransa					0.83	0.92	1.05	1.18	1.22	1.40	1.52	1.61	1.28
Vehículos ^(c)	IIRSA Norte								1.02	1.56	2.38	1.83	1.86	2.30
	Covi Perú									3.81	4.26	4.93	5.20	5.62
	Norvial					3.81	3.68	3.67	3.71	3.94	4.30	4.67	4.82	5.34
IMD ^(d)	IIRSA Norte								3.69	4.38	6.55	5.02	5.11	6.31
	Covi Perú								10.89	11.69	13.46	14.25	15.41	
	Norvial					10.59	10.23	10.05	10.15	10.80	11.79	12.75	13.20	14.64

Notas: (a) AdP y LAP en miles de operaciones (aterrizaje/despegue), Tisur, en naves (tráfico); (b) AdP y LAP en miles de TM, FVCA, Fetransa y Tisur en millones de TM; (c) en millones; (d) en miles de vehículos por día.

Fuente: Gerencia de Regulación – OSITRAN. Elaboración propia.

El Cuadro N° 2, muestra que los aeropuertos concesionados reportan niveles anuales crecientes en el número de operaciones, pasajeros y carga atendidos desde que fueron adjudicados a las correspondientes empresas prestadoras.

Por un lado, en el caso de Aeropuertos del Perú S.A. (AdP), que se adjudicó la concesión del Primer Paquete de Aeropuertos Regionales (PPAR) (Iquitos, Pucallpa, Trujillo, Tarapoto, Cajamarca, Tumbes, Anta, Chachapoyas, Talara, Piura, Chiclayo y Pisco)

⁵ Como referencia, según Mia et al. (2007), entre 1990 y 2003, la región ha atraído aproximadamente US\$390 mil millones vía APPs.

en diciembre del año 2006, por un periodo de veinticinco años, el tráfico de operaciones, carga y pasajeros se incrementó 77,9%, 24,1% y 62,8%, respectivamente, entre los años 2007 (primer año de la concesión) y 2010.

Por su parte, la empresa Lima Airport Partners S.A., en febrero de 2001, inició la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH), por un periodo de treinta años, registró incrementos entre los años 2001 (primer año de la concesión) y 2010 en el tráfico de operaciones, carga y pasajeros de 69,2%, 129,2% y 127,9%, respectivamente.

Respecto con las concesiones de carreteras, en junio de 2005, fue otorgada en concesión a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., la construcción, rehabilitación, mejoramiento, conservación, mantenimiento y explotación de 955 km. de la carretera que une las ciudades de Paita, Piura, Olmos, Tarapoto y Yurimaguas, por un periodo de veinticinco años.

De acuerdo con la información disponible sobre esta concesión, el tráfico total de vehículos pesados y ligeros se incrementó entre los años 2005 y 2010 en 125,4%. El mismo comportamiento fue mostrado por el Índice Medio Diario (IMD, promedio del total de vehículos –ligeros y pesados- que circulan por la carretera en un día) al aumentar en 71%, para el mismo periodo.

En septiembre de 2005, la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (Covi Perú) se adjudicó la concesión de la Red Vial N° 6, tramo Puente Pucusana – Cerro Azul de la Carretera Panamericana Sur, por un periodo de treinta años. De acuerdo a las cifras disponibles, el tráfico total de vehículos pesados y ligeros se incrementó, entre los años 2006 y 2010, en 47,5%. Por su parte, un comportamiento similar mostro el IMD al aumentar 41,5%, para el mismo periodo.

La concesión para la construcción, mantenimiento y explotación del tramo Ancón –Huacho– Pativilca de la Carretera Panamericana Norte (Red Vial N° 5) fue otorgada a la empresa Norvial S.A. en enero de 2003, por un periodo de veinticinco años. En esta concesión, el tráfico total y el IMD de vehículos pesados y ligeros se incrementó, entre los años 2003 y 2010, en 45,1% y 43,1%, respectivamente.

En cuanto a la infraestructura ferroviaria, en el año 1999, Ferrovías Central Andina S.A. (FVCA) y Ferrocarril Transandino S.A. (Fetransa) se adjudicaron el derecho a operar, explotar,

mantener y proveer infraestructura ferroviaria del Ferrocarril del Centro (Callao – La Oroya: 489,6 km) y el Ferrocarril Sur (une el Terminal Portuario del Sur con Cusco, pasando por Arequipa-Puno y Juliaca: 862 km.) y Sur Oriente (une Ciudad del Cuzco con el Santuario Macchu Pichu: 134 km.), respectivamente, por un periodo de treinta años. En cuanto a la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario, el diseño de la concesión no contempló la entrega en concesión del Servicio de Transporte Ferroviario de pasajeros y carga, los cuales podrían ser prestados por otros operadores de Servicios de Transporte Ferroviario.

En el caso de FVCA, su principal negocio es el transporte de carga, el cual se incrementó entre los años 2002 y 2010, en 13,01%; mientras que en el caso de FETRANSA, su principal negocio es el de transporte de pasajeros, el cual mostró un crecimiento de 54,2%, para el mismo periodo.

En materia portuaria, el 17 de agosto de 1999, la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. (TISUR) se adjudicó el contrato de concesión para el diseño y construcción de mejoras, reparación, conservación, mantenimiento y operación del Terminal Portuario de Matarani (TPM), y que lo obliga a prestar durante treinta años los servicios portuarios (a la nave y a la carga), garantizando los criterios de calidad especificados. Tanto el tráfico de naves y los servicios a la carga se incrementaron de manera importante entre los años 2000 y 2010, en 25,9% y 159,7%, respectivamente.

El Cuadro N° 3, muestra información de algunos indicadores de productividad. En primer lugar, la disponibilidad de locomotoras (DdL), se muestra más favorable para FETRANSA que para FVCA (al menos, para esta última, en el periodo 2008 - 2010), con cifras superiores al índice sugerido por el Banco Mundial (80%).

Esta mayor disponibilidad no solo es el reflejo de cambios en las actividades de mantenimiento y reparación implementadas por FETRANSA, determinando reducciones en los tiempos requeridos en dichas actividades, sino también de la programación de trenes de acuerdo con las exigencias de la demanda (OSITRAN, 2008a y 2008b).

En segundo lugar, el indicador de pasajeros-KM por empleado (Pas-KM/L) muestra que, por ejemplo, en el año 2008 se necesitó cerca de cinco trabajadores por cada millón de pasajeros-KM, mientras que en el año 1998 (antes de la concesión) hubiesen sido necesarios doce trabajadores (OSITRAN,

Cuadro N° 3
Indicadores de productividad y eficiencia según empresa prestadora (EP)

Indicador	EP	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Ddt ^(a)	FVCA		81.3	84.8	78	85.2	88	81.9	86.1	71.9	69	72
	Fetransa	76.0	92.0	91.0	92.0	92.0	92.0	91.0	90.0	95.0	89	91
TM-KM/L ^(b)	Fetransa	0.36	0.82	0.56	0.46	0.44	0.49	0.41	0.44	0.43	0.43	0.36
Pas-KM/L ^(c)	Fetransa	0.14	0.25	0.2	0.28	0.3	0.33	0.24	0.23	0.19	0.18	0.10
RdA ^(d)	Granos	168.08	192.42	123.34	188.24	371.00	495.72	526.96	561.47	600.00	436.7	547.2
	Minerales			565.76	569.09	603.00	671.38	686.77	1126.00	1179.75	1276.5	1271.6
	Contenedores			7.14	5.90	9.19	8.62	9.73	10.64	14.53	17.84	16.87
TM/L ^(e)	Tisur	4.36	3.31	3.65	3.93	3.43	3.75	5.70	6.43	7.94	7.73	9.36
PA/N ^(f)	Tisur	32.02	34.06	34.8	35.2	31.4	28.9	31	29.3	26.1	25.69	28.70
PA/TM ^(g)	Tisur	6.88	6.48	5.91	5.58	4.45	4.87	4.89	3.53	2.91	3.12	3.00

Notas: (a) Disponibilidad de locomotoras en %; (b) TM-KM por trabajador; (c) Pasajero-KM por trabajador; (d) rendimiento de amarraderos en Tisur; (e) TM por trabajador; (f) Permanencia en amarraderos por nave; (g) Permanencia en amarraderos por TM.

Fuente: Gerencia de Regulación - OSITRAN.

Elaboración propia.

2008a y 2008b). Es decir, puede decirse que la competitividad del Ferrocarril Sur y Sur Oriente ha mejorado significativamente respecto de la administración del Estado, ya que durante el periodo 2001 – 2008, el indicador ha estado alrededor de los 4 trabajadores por cada millón de pasajeros-KM. Que este indicador muestre una tendencia creciente en los últimos años, se debe a que el servicio de transporte de pasajeros el tramo Sur Oriente dejó de ser monopolístico y pasó a ser competitivo, lo que, probablemente, determinó mayores requerimientos de mano de obra para más rutas y horarios.

ESTACHE y DE RUS (2000) sugieren como valor deseable para el transporte de carga, 0,75 millones de TM-KM por empleado (TM-KM/L). En el Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, durante los años previos a la concesión, la productividad apenas representó el 20% del nivel recomendado por el Banco Mundial (0,16 millones de TM-KM por empleado en 1998). Durante la concesión, entre el periodo 2000-2010, éste ha sido, en promedio de 47%, alcanzando un máximo en 2001 (82%), superando la sugerencia del Banco Mundial.

Con relación a la productividad de la mano en el terminal portuario (TM/L) de Tisur, entre los años 2001 y 2008, ésta se ha incrementado en 182,8%. Asimismo, algunos indicadores de eficiencia evidencian que el desempeño operativo de la infraestructura portuaria ha sido favorable en lo que va de la concesión. El indicador “tiempo de permanencia de las naves” (PA/N) señala que el tiempo medio de estadía de una nave en los amarraderos del TPM, dada una estructura de carga, volumen y tecnología utilizada, ha

disminuido de 34,8 horas en el año 2002 a 28,7 horas en el año 2010. Similar tendencia muestra el indicador “ajustado por el tonelaje movilizado por nave” (PA/TM) pues un mayor volumen atendido demanda una mayor permanencia, aun cuando los rendimientos de embarque o descarga se incrementaran.

En cuanto al rendimiento de los amarraderos (RdA), indicador de productividad portuaria que mide el volumen de embarque o descarga por unidad de tiempo (que depende del tipo de carga y de la tecnología), éste se ha incrementado, entre los años 2002 y 2010, en 343,7%, 124,8% y 136,2%, en la descarga de granos, minerales y contenedores, respectivamente.

2.3. Impacto en los consumidores

El impacto en los consumidores del desempeño de las infraestructuras de transporte concesionadas puede ser aproximado observando tres aspectos.

En primer lugar, si la regulación da espacio a la generación de competencia intermodal, intramodal o multimodal y, al mismo tiempo, permite el acceso de usuarios intermedios demandantes de las facilidades para satisfacer las necesidades de otros agentes intermedios de la cadena de servicio. De ser así, se hace posible que los usuarios dispongan de alternativas (efectivas o potenciales) de proveedores de los servicios, restándose en cierta medida el poder de mercado natural que poseen estas infraestructuras.

En segundo lugar, con la finalidad de reducir costos, las empresas tienen incentivos a esforzarse

menos al momento de ofrecer servicios de calidad. Que los contratos de concesión incorporen cláusulas que prevengan dicho incentivo perverso es importante, toda vez que no solo podría generar el deterioro de la calidad del servicio (y más bien, servicios deficientes), sino que también alteraría las expectativas de la sociedad frente a la política de concesiones. En tercer y último lugar, observar el comportamiento de las tarifas es de interés, puesto que cada contrato incorpora el mecanismo de actualización y revisión de las tarifas (anual o quinquenalmente, según sea el caso), y permite ver en el tiempo (en términos nominales y reales) la evolución del costo por el servicio al que los usuarios se enfrentan.

Por razones de espacio, en este artículo se desarrollan, y de manera general, solo los dos primeros aspectos:

2.3.1. Competencia y acceso

Si bien se regulan infraestructuras con características de monopolio natural, dentro de éstas es factible el desarrollo de actividades en entornos de competencia. En efecto, si bien en algunos contratos de concesión se estipula que las mismas empresas operadoras pueden realizar dichas actividades, también se les obliga brindar el acceso a otras empresas en igualdad de condiciones. Este aspecto es muy bien complementado por el marco normativo de OSITRAN, a través del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura, en adelante REMA, el cual contiene la metodología y fijación de cargos de acceso a las facilidades esenciales, así como sus alcances.

En las facilidades aeroportuarias, el operador está obligado, por contrato, a brindar acceso en igualdad de condiciones a empresas que brinden servicios no necesariamente bajo su exclusividad (por ejemplo, los servicios de rampa o mantenimiento de naves). Por otro lado, en facilidades ferroviarias, los operadores están obligados a brindar acceso a empresas operadoras de transporte de carga y de pasajeros, y éstas pueden competir entre sí.

En lo que va de la concesión del Primer Paquete de Aeropuertos Regionales del Perú, el servicio de rampa viene siendo tercerizado por AdP para la totalidad de dichos aeropuertos. En efecto, este servicio (que consiste en la asistencia a la nave en tierra dentro del aeropuerto e involucra las actividades de clasificación de equipajes y carga, escalinatas, limpieza de escarcha, depuración

de aguas, equipos para entregas y recepción de equipaje y carga -fajas transportadoras-, zonas de almacenamiento o estacionamiento de *handling* para asistencia en tierra) puede ser prestado por operadores independientes o vinculados al concesionario.

En la realidad, existen empresas que se dedican exclusivamente a prestar el servicio de rampa, así como aerolíneas/naves que se autoproveen este servicio. Asimismo, en los informes de evaluación anual elaborados por OSITRAN, se encuentra una relación directa entre el volumen de tráfico y el número de operadores en cada aeropuerto; y, al mismo tiempo, es predominante la autoprovisión del servicio por parte de las mismas líneas aéreas.

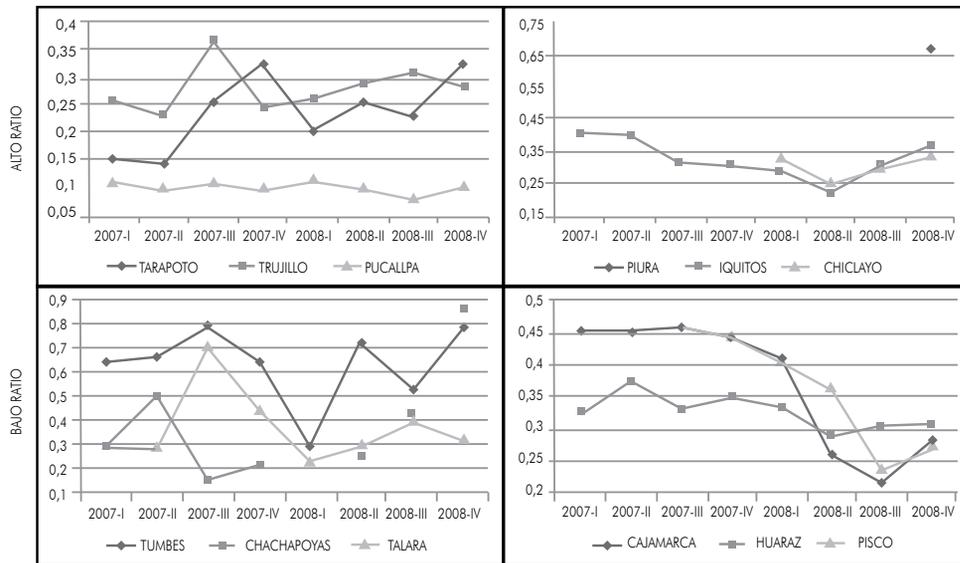
Asimismo, en promedio, el índice de concentración (Índice Herfindahl-Hirschman, IHH⁶) es alto y bajo en los aeropuertos regionales de bajo tráfico (Cajamarca, Chachapoyas, Huaraz, Pisco, Talara y Tumbes) y en los de alto tráfico (Chiclayo, Iquitos, Piura, Pucallpa, Tarapoto y Trujillo), respectivamente (Gráfico N° 2).

Entonces, es interesante notar que en los aeropuertos de alto tráfico, siendo el servicio de rampa prestado mayoritariamente por las propias aerolíneas, algún intento de dominancia en el mercado por empresas dedicadas exclusivamente a la prestación del servicio se ve contrarrestado por la autoprovisión. En efecto, el alto porcentaje de líneas aéreas que se autoproveen dicho servicio (67,6%) es un indicador de la existencia de una demanda por el mismo que puede ser satisfecha por los actuales y/o potenciales operadores de rampa que lo prestan exclusivamente (OSITRAN, 2008c). Esto sugiere que el negocio de servicio de rampa enfrenta bajas barreras de entrada. De otro lado, en la medida que en los aeropuertos de bajo tráfico la transitabilidad de pasajeros se incrementa, se esperaría una disminución en el grado de concentración del servicio.

Otro ámbito regulado por OSITRAN es el acceso al uso de la infraestructura en manos del concesionario. Dicho uso se da por parte de un usuario intermedio, que brinda un servicio dentro de la cadena de servicios que permite el transporte de pasajeros y carga de un punto a otro. En ese sentido, el Regulador vela porque los usuarios intermedios de la infraestructura puedan hacer uso de esta, bajo condiciones similares a las que existirían, si hubiera competencia en la provisión de la misma. Los cargos de acceso para cada

⁶ Este índice se calcula mediante la suma al cuadrado de las participaciones de las empresas de la industria.

Gráfico N° 2:
Grado de concentración según aeropuerto y nivel de tráfico



Fuente: OSITRAN (2008c)

servicio son determinados por OSITRAN a través de mandatos de acceso, de acuerdo con REMA⁷.

Los servicios esenciales para los cuales se determinan los respectivos cargos de acceso son: (i) alquiler de oficinas operativas; (ii) *check-in*; (iii) equipaje rezagado; (iv) mantenimiento preventivo de aeronaves; (v) abastecimiento de combustible; (vi) servicios de rampa a terceros; (vii) uso de infraestructura para la prestación de autoservicios de rampa.

En el caso de los ferrocarriles concesionados en el Perú, se observa la presencia de competencia intermodal y de competencia intramodal. La primera, que se da cuando compiten distintos modos de transporte, se basa en el grado de sustitución existente entre estos siempre que la demanda a ser atendida goce de similares características particulares. La segunda, surge dentro de un mismo modo de transporte cuando confluyen más de una empresa al brindar el mismo servicio y disputar la demanda del mismo.

En la red central, en la que la Empresa Ferrovías Central Andina S.A. administra la vía férrea y en la que el principal negocio es el transporte de carga, en manos de su operador vinculado, la empresa Ferrocarril Central Andino enfrenta competencia

intermodal de la Carretera Central, la cual se despliega casi en paralelo a la línea férrea, principalmente para el servicio de transporte de carga. En particular, es el transporte (en ferrocarril y/o en camiones) de los minerales y del cemento que se demanda, dado sus altos volúmenes de carga y proximidad a sus centros de producción y/o explotación (aproximadamente, el 75% del total de carga movilizada en ferrocarril).

Por su parte, en la red sur, en la que la empresa Ferrocarril Transandino S.A. administra la vía, y en la que también el principal negocio es el transporte de carga, ocurre algo similar que en la red central. En efecto, la carga movilizada por el Terminal Portuario de Matarani y que no es transportada en ferrocarril (por el operador PerúRail S.A., empresa vinculada a FETRANSA), ésta es transportada en camiones que utilizan la carretera Arequipa – Matarani o la Carretera Binacional (Ilo – Desaguadero).

Finalmente, en la red sur-oriental, la empresa PerúRail brinda el servicio de transporte de pasajeros, actividad principal en dicha red por ser un negocio principalmente que satisface una demanda de transporte derivada del principal atractivo turístico en Machu Picchu (Cusco). En este caso, a partir del año 2009, la actividad paso

⁷ Mediante Resolución N° 020-2006-CD-OSITRAN, modificada por Resolución N° 031-2006-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Acceso a la Infraestructura (REA) del AIJCH presentado por LAP, donde se especifica la definición de servicios esenciales, cuáles de estos servicios enfrentan restricciones de disponibilidad de uso y cuáles requieren la suscripción de un Contrato de Acceso.

de ser monopólica a competitiva, debido al interés de otros operadores de transporte ferroviario de ingresar a la vía férrea y competir con PerúRail.

En este punto es relevante destacar que los mismos contratos de concesión contemplan cláusulas que prevén disputabilidad del mercado de transporte, sea de carga o de pasajeros, estableciendo las reglas de juego a seguir en caso operadores adicionales estén interesados en una misma ruta u horario servido por el operador vinculado a la empresa encargada de la concesión en cada red. El que dichas reglas de juego sean efectivas en promover la competencia es un punto positivo a destacar que los contratos de concesión en el caso de los ferrocarriles en el Perú consideren la promoción de la competencia, a favor de los usuarios finales. Por último, en el Terminal Portuario de Matarani, a cargo de TISUR, también se realizan actividades que se desenvuelven en entornos de competencia intraportuaria, interportuaria y multimodal.

En el caso de la competencia intraportuaria, ésta es desarrollada por las empresas que prestan servicios dentro de un puerto y que no tienen características de monopolio natural, pero que se definen como servicios portuarios (por ejemplo, los servicios de practicaje, remolcaje, estiba/desestiba, entre otros). En efecto, estos servicios pueden ser prestados por el operador y/o por empresas distintas de este, las que deben competir en iguales condiciones en la provisión de dichos servicios.

Es de destacar, que si bien el contrato de concesión también le permite a TISUR brindar los servicios antes mencionados pero sin exclusividad y, efectivamente, se brindan pero a través de empresas vinculadas (TRAMARSA y RAMSA), existen otras empresas que compiten con ella. De hecho,

para el año 2008, competían al menos 10, 13 y 26 empresas en los mercados de agenciamiento marítimo, estiba-desestiba de carga contenerizada y estiba-desestiba de carga no contenerizada, respectivamente.

Evaluar si este escenario es positivo o negativo pasa por comparar las eficiencias que se generan del hecho de que compitan empresas vinculadas al concesionario (por lo tanto, integradas verticalmente) con empresas no vinculadas y especializadas en el negocio. Como referencia, el Cuadro N° 4 muestra, sobre la base de información disponible, por ejemplo, que en el caso de las actividades de agenciamiento marítimo⁸, el grado de concentración (utilizando el IHH y el Índice de Dominancia⁹) del mercado mostró una tendencia creciente en el periodo 2002- 2005 y decreciente en el periodo 2005-2008. Dada la disminución de la participación de mercado de TRAMARSA (empresa vinculada a TISUR) y los aumentos sostenidos de Cosmos, Faposa y Tridentum (empresas competidoras), puede inferirse la no existencia de una posición de dominio por parte de Tramarasa en el mercado de servicios de agenciamiento. Por el contrario, respecto del servicio de estiba y desestiba, la empresa Tramarasa acrecentó su posición de dominio a partir del año 2003, en el que contaba con el 79% del mercado, para alcanzar en el 2008 el 87% de participación en el caso de carga contenerizada (OSITRAN, 2008d). Con IHH y ID en niveles por encima del umbral de referencia, dichos índices sugieren una disminución en el grado de competencia y, más bien, la presencia de un mercado concentrado.

La evolución del grado de concentración en estos mercados dependerá de la dinámica de los mismos en el tiempo. En todo caso, el regulador

Cuadro N° 4:
Índices de concentración según mercado

Mercado	Indicador	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Agenciamiento marítimo	IHH	0.23	0.21	0.15	0.17	0.19	0.26	0.2	0.2	0.17
	ID	0.31	0.37	0.2	0.33	0.47	0.67	0.47	0.4	0.28
Estiba y desestiba de carga contenerizada	IHH	0.43	0.4	0.38	0.64	0.68	0.69	0.83	0.82	0.76
	ID	0.52	0.7	0.82	0.95	0.9	0.96	0.99	0.98	0.99
Estiba y desestiba de carga no contenerizada	IHH	0.37	0.34	0.27	0.23	0.26	0.27	0.23	0.33	0.41
	ID	0.62	0.83	0.6	0.45	0.63	0.58	0.5	0.76	0.83

Fuente: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

⁸ Este servicio consiste en representar al dueño (armador) de la nave o barco en tierra para todo lo relacionado a trámites derivados de la transacción entre exportador – puerto – armador.

⁹ Para el cálculo de este índice se estima la contribución (cada participación al cuadrado se divide por el IHH) y se calcula la suma al cuadrado. Este índice está diseñado para revelar los efectos que producen las altas participaciones.

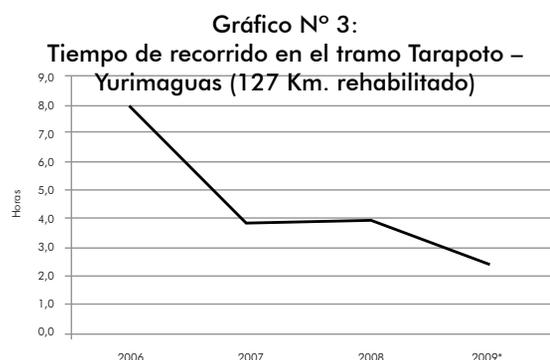
tiene siempre el rol de monitorear las condiciones de competencia año a año, ya que las eficiencias que pueden lograrse al permitir que empresas integradas verticalmente con el operador compitan con otras empresas, puedan ser más bien contrarrestadas por los incentivos a reforzar posiciones dominantes por parte del operador.

2.3.2. Calidad de servicio

Un aspecto importante a considerar en todo proceso de concesiones, es que esta política no solo determine que las infraestructuras operen de manera eficiente (asignativa y productivamente), sino también que redunden en una aceptable calidad de servicio en beneficio de los usuarios finales.

Es positivo destacar que los contratos de concesión en análisis contemplan cláusulas específicas que apuntan a optimizar la calidad del servicio definiendo estándares de servicio; sin embargo, se debe mencionar que éstos no permiten establecer o definir indicadores de calidad de servicio que sean medibles y monitoreados en el tiempo. Un punto de referencia a seguir es la designación por parte de la *World Travel Awards*¹⁰ del AIJCH como el mejor aeropuerto (respecto de otros 38 aeropuertos del mundo en cuanto a la calidad de servicio que reciben los pasajeros desde el *check-in*, llegada y transferencias en puertas de embarque), sobre la base de una encuesta a pasajeros, sobre otros aeropuertos de la región.

En el caso de las carreteras concesionadas, por ejemplo, en el caso de NORVIAL, el índice de serviciabilidad y el tiempo máximo de espera en las estaciones de peaje, el tiempo de recorrido promedio que los vehículos livianos demoran en transitar el tramo Tarapoto – Yurimaguas (127 Km. rehabilitados) se ha reducido en 4h 35m entre el mes de agosto de



Información a Julio 2009
Fuente: Concesionario IIRSA Norte S.A.

¹⁰ En: <http://www.worldtravelawards.com>

2005 y junio de 2009 (Gráfico N° 3).

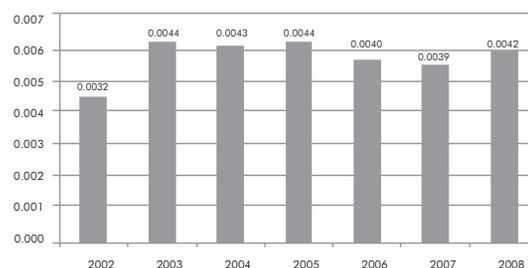
Con respecto a los ferrocarriles en concesión, se puede aproximar, en cierta medida, la calidad del servicio observando el comportamiento del porcentaje de mermas, número de descarrilamientos y accidentes en las redes ferroviarias concesionadas, y de los fletes por TM transportada.

En el caso particular del Ferrocarril Central, la existencia de mermas en el transporte de carga afecta principalmente a las empresas que transportan minerales concentrados o refinados, así como también a las empresas que transportan combustibles.

Sin embargo, la existencia de mermas en el transporte, no solo afecta los ingresos de los usuarios (dado que las mismas redundan directamente en el volumen neto recibido y por tanto en sus ingresos totales), sino que también tiene un impacto directo sobre el medio ambiente, pudiendo ocasionar daños difícilmente reversibles.

Así, para fines del año 1999, el porcentaje de mermas en el Ferrocarril del Centro era de 3,5%. Para el año 2008, este porcentaje se redujo a 0,0042%. Ello se ha logrado fundamentalmente gracias al mantenimiento realizado a los vagones y a las medidas de seguridad implementadas por el concesionario para evitar robos de la carga (Gráfico N° 4).

Gráfico N° 4:
FVCA- Porcentaje de mermas
(Expresado como porcentaje del total del volumen de carga movilizado)

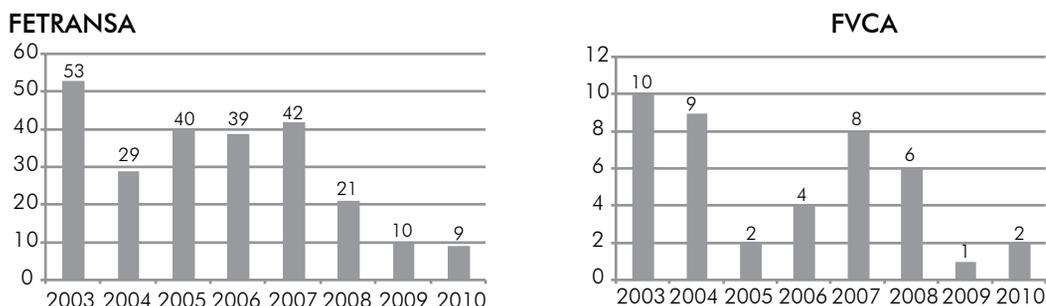


Fuente: Ferrocarril Central Andino
Elaboración: Gerencia de Regulación - OSITRAN

Por su parte, en cuanto al número de descarrilamientos, para el FVCA, durante el año 2008 han ocurrido únicamente seis descarrilamientos, uno menos que el registrado en el año 2007 (Gráfico N° 5).

Se puede observar también que desde el año 2003 se registra una baja incidencia de descarrilamientos a diferencia de lo registrado anteriormente. De

Gráfico N° 5:
Número de descarrilamientos



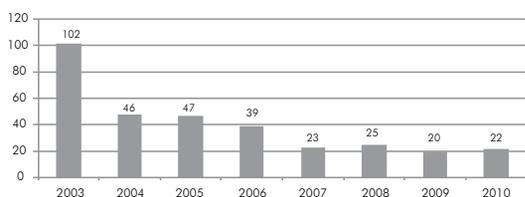
Fuente: Ferrocarril Central Andino, Ferrocarril Transandino
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN

otro lado, para FETRANSA se tiene que en el año 2003 se registraron cincuenta y tres, mientras que en el 2010 la cifra descendió a nueve.

Desde el año 2003 se puede observar una importante reducción en el número de accidentes en los ferrocarriles del Sur y Sur Oriente (Gráfico N° 6).

Así, mientras en el año 2003 hubo un promedio de ocho accidentes por mes, a partir del año 2004 el promedio se redujo significativamente, para situarse en cuatro accidentes por mes. Luego, para el año 2010, el promedio registrado ha sido de casi dos accidentes por mes.

Gráfico N° 6:
FETRANSA- Número de accidentes



Fuente: ENAFER, Ferrocarril Transandino S.A., PerúRail S.A.
Elaboración: Gerencia de Regulación – OSITRAN.

Cuadro N° 5:
Algunos resultados del índice de competitividad global Perú

	2009-10	2010-11	Variación
	Puesto	Puesto	Puesto
ÍNDICE GENERAL	78	73	5
A. REQUERIMIENTOS BÁSICOS	88	87	1
2. Infraestructura	97	88	9
2.1 Calidad en Infraestructura	102	92	10
2.2 Calidad de las Carreteras	93	92	1
2.3 Calidad de la infraestructura ferroviaria	87	91	-4
2.4 Calidad de la infraestructura portuaria	126	113	13
2.5 Calidad de la infraestructura aeroportuaria	87	78	9

Fuente: WEF
Elaboración propia

¹¹ CALDERÓN y SERVÉN, 2004.

Finalmente, para una evaluación global del impacto de la operación de las infraestructuras concesionadas relacionada con la calidad de las mismas, existe evidencia de una mejora relativa en la calidad de las infraestructuras (respecto de la de otros países), lo cual se refleja en el mejor posicionamiento que mantiene el país en el índice de competitividad global elaborado por el Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés).

III. Conclusiones

El entorno macroeconómico del Perú se viene consolidando como uno de los más sólidos de la región; y, para continuar con la senda de crecimiento que viene registrando y hacerla sostenible en el largo plazo, es importante que el flujo de inversiones no se detenga. Mucha literatura económica coincide en concluir que la inversión en infraestructura y desarrollo están positivamente correlacionados (más allá de no haber mucho consenso en cuál causa a la otra).

Se puede hablar de dos grandes impactos: el primero, sobre el crecimiento económico, ya que los servicios de infraestructura aumentan la productividad y reducen los costos de producción; y, el segundo, sobre la desigualdad y la pobreza, toda vez que el acceso a los servicios de infraestructura tiene mayor efecto positivo sobre los ingresos y el bienestar de los segmentos más pobres: mejor acceso a los mercados (de trabajo, por ejemplo) y/o mejora del capital humano (directamente, accediendo a agua potable o saneamiento; e indirectamente, con transporte para ir al colegio)¹¹.

En ese sentido, la labor del Regulador en la supervisión de la inversión en infraestructura de transporte

público es crucial, no porque ello determine un impacto directo en el desarrollo económico del país, sino más bien porque su rol es simplemente una parte, pero muy importante, de los componentes del gran motor que mueve una economía: (i) situación económica favorable; (ii) solidez institucional; y, (iii) nivel adecuado de inversión en infraestructura. Una política de concesiones que no atrae inversiones necesarias y que más bien no es efectiva sería insuficiente para el crecimiento de un país, por más que sea sólido económica e institucionalmente.

Dado que la inversión en transporte es canalizada a la economía a través de contratos de concesión, es de suma importancia evaluar si el diseño de dichos contratos están efectivamente deviniendo en más (cantidad), en mejor (calidad) y en accesible (universalidad del acceso) servicios de infraestructura de transporte.

El diagnóstico conjunto realizado sobre variables de inversiones, operaciones, productividad, rentabilidad e impacto sobre los consumidores del desempeño de las empresas prestadoras es alentador. Las inversiones han registrado un aumento sustancial. Las variables de operaciones y productividad, en general, dan señales de que la gestión privada de infraestructuras que antes estaban bajo la administración pública ha sido muy aceptable: mayor tráfico (de barcos, pasajeros, vehículos y carga) y eficiencia en el manejo de los recursos (por ejemplo, el tiempo de permanencia de los barcos en los amarraderos ha disminuido gracias al eficiente empleo de la infraestructura involucrada).

Respecto del impacto en los consumidores, estos se vienen beneficiando de la mejor calidad de los servicios ofrecidos en las infraestructuras de transporte concesionadas; así como las bondades de la competencia inter e intramodal que les permiten disponer de más de una alternativa de provisión de servicios, que les permitan completar sus transacciones económicas.

Bibliografía

BANISTER, D. y BERECHMAN, Y. (2001). "Transport investment and the promotion of economic growth", *Journal of Transport Geographic* 9, pp. 209-218.

CALDERÓN, C. y SERVÉN, J. (2004). "Trends in infrastructure in Latin America, 1980-2001", Banco Central de Chile, Documento de Trabajo N° 269, Santiago, Chile, Septiembre.

ESTACHE, A. y DE RUS, G. (2000). Privatization and Regulation of Transport Infrastructure. Guidelines for

Policy-makers and Regulators. World Bank Institute, Washington D.C., EEUU.

GALAL, A. y NAURIYAL, B. (1995). "Regulating Telecommunications in Developing Countries: Outcomes, Incentives, and Commitment". Policy Research Working Papers, World Bank ,

Instituto Peruano de Economía (2005). "La Infraestructura que necesita el Perú. Brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos", Preparado por encargo de la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos (ADEPSEP), Lima, Perú.

Instituto Peruano de Economía (2009). "El Reto de la Infraestructura al 2018. La Brecha de Inversión en Infraestructura en el Perú 2008", Preparado por encargo de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), Lima, Perú.

KERF, M., R. D. GRAY, T. Irwin, C. Levesque y R. Taylor (1995). *Concessions; A guide to the design and implementation of concession arrangements for infrastructure services*, Washington: World Bank.

OSITRAN (2001). Memoria Institucional, Lima - Perú.

OSITRAN (2007). "Evaluación Económica de la Concesión del Terminal Portuario de Matarani 2007", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2008). Memoria Institucional, Lima - Perú.

OSITRAN (2008a). "Informe de Desempeño Económico del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente 2008", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2008b). "Informe de Desempeño Económico del Ferrocarril del Centro 2008", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2008c). "Evaluación Económica de la Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia del Perú 2008", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2008d). "Informe de Desempeño Económico del Terminal Portuario de Matarani 2008", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2009). "Informe de Evolución de las Tarifas en el Sector de Infraestructura de Transporte de Uso Público", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

OSITRAN (2009a). "Propuesta. Revisión de Tarifas Máximas en el Terminal Portuario de Matarani y Desregulación de sus Servicios Prestados en Régimen de Competencia Efectiva. Versión 2.0", Gerencia de Regulación, OSITRAN, Lima, Perú.

Entrevista sobre las Asociaciones Público-Privadas¹

Cecilia O'Neill de la Fuente*

SUMILLA

En la presente entrevista la doctora O'Neill, hace un repaso sobre el contenido de las APP's, no solo sobre la base del diseño legal que ostenta y de las similitudes o diferencias que puede presentar con otros mecanismos que promueven la inversión privada, sino que también nos responde a inquietudes de sus posibles utilidades y retos con una mirada de cara al futuro.

1. ¿Cuál es el origen y qué son las Asociaciones Público-Privadas? ¿En qué se podría diferenciar de otras modalidades de inversión? Como por ejemplo, la concesión de obra o de servicio.

En Inglaterra en los años ochenta, se crea un mecanismo para potenciar los esfuerzos del Estado (responsable de la prestación de ciertos servicios, básicamente, infraestructura) y de los privados (interesados en generar valor y obtener ganancias), para generar alianzas interesantes.

Esta idea encaja, perfectamente, en un contexto como el que estamos: el de la economía de mercado, pero con una dimensión social que nunca se tiene que perder de vista. Entonces, creo que este concepto enlaza cabalmente dentro de los objetivos nacionales y valores constitucionales que se encuentran amparados en el más alto nivel de nuestra normativa.

Las Asociaciones Público Privadas (APP's) aparecen como una modalidad de inversión en la segunda etapa de la participación privada en la economía, luego de las privatizaciones. Creo que se aprendieron de las lecciones, respecto de la primera etapa de "privatización" (procesos de privatización absolutos, en los que el Estado pierde el control sobre los bienes que transfiere por venta de acciones y activos, los cuales en algunos casos fueron mal conducidos). Además, con esto se propició una manera más

inteligente de mantener la participación privada en la economía, mediante la cual se lograría un correcto desarrollo del país. Sin embargo, existe una etapa adicional en la que recién estamos explorando y no se ha avanzado mucho: la infraestructura soft o la infraestructura social.

Con respecto a la diferencias con otras modalidades de inversión. En el caso de la concesión de obra o servicio, en el fondo resultan ser una forma APP's. No obstante, lo relevante en la concesión de obra es que supone un financiamiento privado para la construcción de la infraestructura a cambio de la posibilidad de explotarla, con cargo a una tarifa, y tiene por virtud o característica -a diferencia de la concesión por servicio público- que su contrato es muy normativo, es decir, fija la tarifa que responde a las necesidades concretas de esa concesión específica. Por otro lado, en la concesión de servicios públicos lo más importante es la continuidad del servicio público. De forma tal que, en la concesión de servicio público el tema de acceso universal y de garantía del servicio son especialmente relevantes.

Sin embargo, como lo mencioné al inicio, las APP's son una suerte de concepto madre, ya que es una categoría genérica (si uno mismo se fija en la definición del reglamento²), resulta ser un mecanismo que facilita la participación privada, que supone una correcta distribución de los riesgos propios del contrato.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por University of Pennsylvania. Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

¹ La presente entrevista fue realizada por Adriana Romo Quispe, egresada de la Facultad de Derecho de la PUCP, y Favio Montenegro Monteza, alumno de cuarto ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembros del Círculo de Derecho Administrativo.

² Decreto Supremo 146-2008-EF

2. ¿Nos podría contar brevemente sobre la experiencia internacional generada gracias a esta sinergia entre el Estado y la inversión privada?

En Colombia hay muchas experiencias interesantes. Lo que se me viene a la mente como experiencia internacional –por lo relevante que es para nosotros y por su cercanía a nuestro contexto– es el tema de la Educación. Por ejemplo, la experiencia chilena en este tema, sobre ello conversaremos más adelante

Hace pocos años, ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (EIU) desarrolló una herramienta de aprendizaje interactivo e índice de referencia, denominado INFRASCOPIO. El estudio analiza la legislación existente, los reglamentos, las instituciones y las prácticas que afectan al entorno de las alianzas público privadas. Y, en realidad, el Perú no salió tan mal. En el marco regulatorio e institucional nuestro país –junto con Chile– ha recibido las mejores puntuaciones. Por un lado, nuestro marco regulatorio ha sido muy elogiado, hemos madurado mucho en veinte años, se ha podido consolidar excelentes técnicos, lamentablemente hay mucha injerencia política, el tema de infraestructura es muy lucrativo y atractivo económicamente, por ello, se presentan muchos intereses de por medio, sin duda no es un mundo perfecto. Por otro lado, a pesar de que al inicio en el tema institucional (político) se han presentado algunos problemas, se ha podido observar un avance y mejora considerables. Es así que, desde el punto de vista internacional, Perú se posiciona alentadoramente.

3. Según su opinión ¿se podría afirmar que las APP's funcionan y desarrollan bajo el marco del principio del rol subsidiario del Estado?

Yo creo que sí. De hecho, las APP's son un mecanismo "realista". No nos "vamos a leer la mano entre gitanos", sabemos lo que somos y la limitación que tenemos para financiar grandes obras, además de la necesidad de que,

efectivamente, el Estado sea subsidiario. Cuanto menos el Estado intervenga es mejor.

En cuanto a la provisión de servicios públicos o de infraestructura sí tiene un rol subsidiario, por lo que creo que es una buena idea la inversión del privado, debido a que algunos proyectos son muy costosos; en ese sentido, resulta adecuado lograr el desarrollo a través del rol protagónico del cofinanciamiento.

Sinceramente, no creo que las APP's vulnere el principio de subsidiariedad del Estado.

4. De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1012 - Ley Marco de las APP's, el artículo 4° establece una clasificación de sus modalidades, estas son: autosostenibles y cofinanciadas ¿En qué consiste cada una de ellas?

Sobre las modalidades de APPs autosostenibles y cofinanciadas, estas tienen que ver con quién va a asumir el proyecto.

Las APP's autosostenibles son aquellas que no necesitan del apoyo público para financiarse, pero sí pueden tener garantías estatales siempre que sean mínimas. Me explico, hay dos tipos de garantías que puede otorgar el Estado a un concesionario: las financieras y no financieras. Las primeras de ellas son aquellas ejecutables de inmediato, esta es la típica garantía financiera, líquida. En cambio, las segundas son aquellas que enfrentan, básicamente, un riesgo de demanda y que le dan al privado la tranquilidad de que si el mercado no está suficientemente desarrollado para que esta concesión genere los flujos necesarios para pagarse, el Estado pueda garantizar una demanda mínima.

Entonces, ¿cuándo una garantía financiera o no financiera hará que la APP sea autosostenible o cofinanciada? Es autosostenible tratándose de garantías financieras muy bajas (5 % de la obra) o, cuando la garantía sea no financiera el riesgo de que el Estado tenga que hacer frente a esa garantía

Artículo 1°.- Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos relacionados a ésta. Las APP pueden comprender bajo su ámbito, de manera enunciativa, la infraestructura de transporte en general, incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos y similares, las obras de servicios públicos, como las de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, otras obras de interés social como la infraestructura turística, la infraestructura de tratamiento y procesamiento de desechos, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de salud y de educación, entre otras. Asimismo, puede incluir la prestación de servicios vinculados a la infraestructura antes referida.

Las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint ventures, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por Ley.

también sea bajo. La APP será cofinanciada cuando, evidentemente, el rol del Estado en el financiamiento sea mucho más considerable.

Ahora ¿por qué es este punto importante? Porque hasta junio del año 2011 las iniciativas privadas solamente podían recaer sobre proyectos autosostenibles, lo cual era una necesidad.

Esto es así pues se tiene dos fuentes posibles para realizar una APP: una iniciativa privada del proyecto (por ejemplo, a un privado se le ocurre que sería conveniente construir un carril adicional que cuente con un sistema de estacionamiento novedoso en una avenida muy congestionada de Lima) y la iniciativa pública del proyecto (el Estado considera necesario incentivar la inversión en la remodelación de infraestructura en los puertos del país, por ejemplo).

¿Cuál es la mejor? No importa, lo importante es que el proyecto se concrete. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente: hacer un proyecto es muy costoso, identificar las potencialidades y realizar los estudios demandan mucho dinero, tiempo, y, sobre todo, requieren de esfuerzos humanos muy valiosos. Ante ello, el Estado –pese a sus limitaciones- tiene el deber de asegurar los incentivos posibles para que los privados sean los que identifiquen los proyectos. ¿Cómo logro ello? Pues permitiendo, a modo de ejemplo, que la iniciativa privada termine en una APP autosostenible y que no haya problema para que también sea cofinanciada.

A partir de lo señalado, ¿qué implica una iniciativa privada? Implica un trámite que supone una petición de gracia -y esto es muy importante desde el punto de vista administrativo, ya que la administración pública no tiene la obligación de justificar su decisión si opta por no declarar el proyecto de interés.

Entonces ¿en esos casos, cual es la garantía del Estado?

Por un lado, si al final el privado no logra que se declare de interés su proyecto -al ser petición de gracia- la decisión es inimpugnable. Por otro lado, si el proyecto es declarado de interés, en ese momento, el Estado se apropia de él y lo publicita a toda la comunidad, es decir, llama a concurso. Al fin y al cabo, cualquiera puede ir a concurso. Entonces el privado (que fue el que realizó todos los esfuerzos para concretar su idea en el proyecto) participa como uno más dentro del concurso público. Sin embargo, felizmente cuenta

con algunas prerrogativas; en primer lugar, el derecho al reembolso de gastos en caso de pérdida -siempre que sea razonable- ; en segundo lugar, la más importante es el derecho a “la segunda vuelta” o “repechaje”. Por ello, creo que este procedimiento alinea bien los intereses, pues tanto el Estado como el privado resultarían protegidos de participar en estos procesos.

Ahora, volviendo a lo señalado antes, hasta el 2011 estaba prohibido que una iniciativa privada se presente respecto a una APP cofinanciada, y como lo mencioné, esto era una necesidad, un capricho y una idea inconsistente, pues si el Estado considera un proyecto de interés y es bancable por sus arcas, pues entonces ¡que lo haga! No importa de dónde venga la iniciativa, porque en cualquier caso -si esto va adelante- no necesariamente lo va a hacer el privado (ya que perfectamente llamaría a concurso). El Estado lograría ahorrarse los costos de identificación y de desarrollo del proyecto, ya que tendría un privado que se tomó el trabajo de pensar qué hacer y de sustentarlo técnicamente, ello es muy costoso y requiere de mucho tiempo invertido.

Es por ello que, ya casi al finalizar el gobierno anterior, en julio de 2011 se modificó la Ley de APP's y se abrió la posibilidad para que existan iniciativas privadas respecto de proyectos cofinanciados, lo cual creo es una correcta disposición legislativa, se corrigió el peor defecto que tenía la normativa.

5. Generalmente, se considera que la APP sirve para proyectos de infraestructuras con alta rentabilidad social, -lo cual permite la inclusión social-, pero con una inseguridad en la rentabilidad privada. En ese sentido, la distribución del riesgo resulta ser significativa; no obstante, si se quiere incentivar la inversión privada tampoco se puede perjudicar al Estado, entonces ¿Qué criterios deberían ser los adecuados para encontrar un equilibrio entre los intereses del privado y del Estado?

Para mí, en realidad, el criterio es la seguridad jurídica. Los proyectos de infraestructura recaen sobre lo que los economistas llaman “bienes públicos”, es decir, aquellos bienes que tienen un alto costo de exclusión y un no consumo rival. Entonces, a este tipo de bienes que están involucrados en el manejo de una APP, creo que hay que darles un matiz de “bien privado”. No me refiero a que se asigne el derecho de propiedad en sentido clásico y civil, sino a que el privado tenga los incentivos adecuados para invertir, así como

la seguridad de poder excluir a los demás, es decir, brindarle un contrato que tenga estabilidad jurídica. Este debe ser un contrato donde se asigne adecuadamente los riesgos, que el inversionista sepa en qué circunstancias se va a modificar la tarifa establecida, quién asumirá los costos por una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, si su controversia será arbitrable o no. Más allá de ver quién asume qué riesgo, lo importante es lo que se diga, es decir que se tenga certeza.

6. Una de las críticas que se ha hecho al Decreto Legislativo comentado, es que se establecen pasos, que de alguna forma significan “trabas” para los inversionistas, lo cual implica demora en los procesos de las APP’s; y, en consecuencia, se desincentive a la iniciativa privada, ¿Está usted de acuerdo con esta crítica? ¿Cuánto se demora la evaluación y aprobación de un proyecto?

Definitivamente estoy de acuerdo con esa crítica. He visto muchos ejemplos lamentables. Acá el principal problema es que no está regulado con claridad el trámite a seguir. Si miramos la Ley de APP’s, su Reglamento, el Reglamento de OSITRAN de APP’s, el Reglamento de PROINVERSION, etc., nos podemos dar cuenta que sobre las APP’s hay descoordinación y cruces normativo, lo que provoca una incertidumbre total en el trámite.

7. ¿Se podría decir que algunos de los inconvenientes que presentan la viabilidad de las APP’s son: la falta de información sobre este mecanismo de inversión, los gastos en investigación en los que incurren los inversionistas - tanto administrativos como legales-, así como la inseguridad de obtener la buena pro del proyecto, pese a haber tenido la iniciativa de financiarlo y, sobre todo, la presencia fiscalizadora del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)?

Con respecto al tema de la información. Creo que iniciativas como las de ustedes van a lograr a que se propicie y difunda mucho más este tema. Creo que esta falta de información cada vez se está revirtiendo más. Los medios de comunicación están cumpliendo un rol importante también en esto.

Sobre la inseguridad de obtener la buena pro, no creo que exista una “inseguridad” ni trabas en ese sentido. En realidad nos encontramos en un contexto de competencia. Si bien en el caso de

las iniciativas privadas, “nadie sabe para quien trabaja” (puesto que como inversionista uno toma mucho tiempo para desarrollar un proyecto y al final puede perder), para paliar esa situación es que existen las prerrogativas ya comentadas.

Sobre el SNIP, en realidad estoy totalmente de acuerdo en su existencia, a pesar de que exista mucha gente que no se sienta cómoda con él. El SNIP, conceptualmente, es bueno, el problema radica en su agilidad, ese es el trabajo pendiente. Pero, sin lugar a dudas, tiene que existir.

8. La doctrina suele hacer una diferencia entre infraestructura *hard* e infraestructura *soft*, ¿a qué se debe esta diferencia y por qué se hace la misma?

Básicamente, *hard* es infraestructura física y *soft* es inversión en educación y salud. En el Perú no hay experiencias notorias de APPs en educación. La educación pública deja mucho que desear. Muchos maestros no internalizan su verdadera labor como docentes. Entiendo sus reivindicaciones económicas, pero no utilizan la mejor forma de solucionar sus problemas. Si quieres ganar más, pues entonces, capacítate más, mejora como profesional.

Por ello, esta idea de *soft* en el Perú no está funcionando. Donde sí existen experiencias interesantes es en Chile. En ese país lo que hace el Estado es no financiar a las familias, sino a los colegios. Esto es bastante interesante, porque el tema de la educación supone jugar con dos valores; por un lado, es el acceso a la educación universal (que la mayor de cantidad de gente posible acceda a ella), y, por otro lado, el valor equidad.

Entonces ¿qué pasa con este sistema? Lo que sucede es que los colegios captan a las familias mostrando sus ventajas, luciéndose y compitiendo para ello –lo cual está bien -, pero existe un problema de equidad, porque si tú le asignas una cantidad de dinero al colegio privado, lo que va a querer hacer es generar el mayor valor posible respecto a esa cantidad, porque dicho monto es inamovible; es decir, no es que uno pueda ganar subiendo de precio, se gana haciendo que la estructura de costos sea la más beneficiosa posible, que la brecha entre el costo y lo recibido sea la menor posible. Una de las formas de lograrlo es; en primer lugar, transmitiendo al mercado una imagen de buena calidad para generar mayor competencia y eso se logra teniendo los mejores alumnos, pues -al captar a los chicos más calificados- todos

desearían estar ahí. Sin embargo, el problema está en ¿quiénes son los chicos buenos? Serán aquellos que reciben una buena alimentación (factor biológico), aquellos con un hogar no disfuncional (factor social) y otros factores que impactan en su rendimiento académico. El problema que señalan los especialistas es que este sistema premia la captación de los mejores y hace que se excluya al resto, es ahí donde se quebraría el valor equidad. Una forma de paliar esto sería exigiendo a los colegios la captación de estudiantes de distinto nivel de rendimiento (lo que generaría otro tipo de problemas).

En cuanto al tema de salud, en nuestro país se ha avanzado un poco. Sé que existe la idea para establecer concesiones de hospitales o clínicas por un número determinado de afiliados. Esto funcionaría de la siguiente manera: "yo Estado te pago a ti concesionario un monto fijo y quiero que atiendas a una cantidad también fija de personas". Entonces, ¿cuál es la ganancia del concesionario, más dinero? La respuesta es no. Lo que hace el concesionario es prevención; esto es, cuanto menos de estos afiliados vengan mejor será para él, pues los atenderá menos, logrará que el monto fijo que recibe sea más aprovechable; así invertirá en prevención, ya que a mediano y largo plazo le saldrá mucho más barato que curar y establecer

tratamientos. A través de este ejemplo se logra ver una correcta generación de incentivos que darán lugar a una cultura de prevención enorme.

9. Ya casi a cinco años de la puesta en vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 – Ley Marco de las APP's ¿Cuáles son los retos y mejoras que se deben implementar?

Creo que, básicamente, se presentan tres retos: en primer lugar, los trámites. Es importantísimo ordenar realmente el tema de las opiniones previas, establecer plazos que sean exigibles; en segundo lugar, regular adecuadamente a las iniciativas privadas cofinanciadas; y, en tercer lugar, el arbitraje.

Sobre esto último el reglamento de la Ley señala que no son arbitrables las controversias, referidas a las decisiones tomadas por el Regulador. Esa disposición me parece incorrecta, pues el regulador en una concesión interviene en diversos temas, incluso contractuales. Al final, si yo como concesionario tengo discrepancias con mi concedente, este último sostendrá que su conducta fue producto de los señalado por el regulador; entonces, ¿cuándo se podrá arbitrar? Esto es grave, pues no estamos hablando de inversiones de poca envergadura.



Círculo de
Derecho
Administrativo

Oficina CDA: Primer piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel - Lima
Teléfono: 626-2000 Anexo 5692
Dirección electrónica: <http://www.cda.org.pe>

Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no?

Patricia Vilcanqui Velásquez*

“La creatividad requiere el valor de desprenderse de las certezas”
Erich Fromm

SUMILLA

El presente artículo busca analizar los alcances y limitaciones del factor “creatividad” en las iniciativas privadas en proyectos de inversión y la razonabilidad en el carácter de la petición de gracia regulada por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, con la finalidad de determinar si la norma cumple adecuadamente con incentivar a los particulares a formular proyectos de inversión.

1. Introducción

En el año 2008 fue toda una novedad la aprobación del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, porque el nuevo régimen de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas apostaba a una apertura del Estado a recibir propuestas de inversión por parte de los inversionistas sobre cualquier bien, proyecto o activo del Estado, previa aprobación discrecional.

De este modo, a diferencia de una inicial concepción de un Estado cuadrulado y poco flexible, donde éste siempre tenía la última palabra y cuya misión principal era el resguardo del difuso interés público, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aparentemente, tenían intenciones de cambiar ese parámetro y flexibilizar al Estado, propiciando que los proyectos de inversión provengan de propuestas por parte de los particulares.

No obstante, la finalidad de la norma de incentivar la creatividad de los inversionistas no se cumple cuando la propia normativa y la burocracia de las entidades públicas no armonizan con la creatividad empresarial, la rapidez que caracterizan las transacciones comerciales con la intensión estatal de promover la inversión privada. Por ello, en el presente artículo se reflexionará acerca de los alcances del factor *creatividad* en las iniciativas

privadas en proyectos de inversión y la razonabilidad en el carácter de petición de gracia regulado en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, con la finalidad de evaluar si la norma cumple adecuadamente con incentivar a los particulares a formular estos proyectos de inversión.

2. ¿Cuál es la importancia de las iniciativas privadas en proyectos de inversión en nuestro ordenamiento jurídico?

En este apartado se analizará desde distintas perspectivas la importancia de las iniciativas privadas en proyectos de inversión, con la finalidad de probar que este no solo es un tema de relevancia jurídica y que a su vez, implica una serie de factores interesantes.

2.1. Un poco de historia: la evolución en el régimen de las iniciativas privadas

Las iniciativas privadas en proyectos de inversión constituyen en el ordenamiento jurídico peruano, un mecanismo adicional para la promoción de la inversión privada, que al igual que otros como la concesión y la venta de activos, adquiere protagonismo en el rol del Estado en la economía, luego de superada la crisis económica de inicios de los noventa y la primera década del año 2000¹.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia del Curso Régimen de los Servicios Públicos y Concesión de Bienes Públicos. Ex miembro del Círculo de Derecho Administrativo.

¹ Este último dato corresponde al período en el cual entró en vigencia la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada,

Según RUIZ CARO, la crisis económica por la que atravesó el Estado peruano surgió a partir de la segunda mitad de los años setenta, hasta inicios de los años noventa. En esta temporada, tanto la inversión pública como la privada decrecieron y se produjo *una involución económica que fue reforzada por la violencia terrorista que ocasionó importantes pérdidas de capital estatal*².

Es en este escenario de crisis, el Estado peruano necesitaba liquidez con urgencia, por ello, el Gobierno, inspirado en el Consenso de Washington, planteó la reforma del Estado en la actividad económica, teniendo como un instrumento principal, la privatización³.

Según la citada autora, la implementación de formas y mecanismos de privatización no constituyeron para el Gobierno una venta de activos ni su debilitamiento; por el contrario, la privatización:

*(...) fue concebida como una herramienta a través de la cual el Estado trasladaba al sector privado la iniciativa productiva y empresarial con el fin de fortalecerse y tornarse eficiente en aquellas áreas en las que había perdido presencia en las últimas décadas: educación, salud, seguridad y administración de justicia. Correspondía al sector privado, por lo tanto, encargarse directamente de toda la actividad productiva, y constituirse en el motor del desarrollo del país*⁴.

Dentro de esta visión instrumental de las privatizaciones **en lo que corresponde a las iniciativas privadas**, a partir de las disposiciones legales existentes, podemos identificar tres momentos de evolución en su consolidación en el ordenamiento jurídico peruano. El primero, corresponde al paquete de reformas legislativas de los años noventa; el segundo al impulso descentralizador de la década

del 2000; y finalmente el tercero, a las reformas en materia económica impulsadas a propósito de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el año 2008.

En la primera etapa, el paquete de reformas en la actividad económica del Estado, está conformado por el Decreto Legislativo N° 757, que aprueba la Ley marco para el Decreto Legislativo N° 758, que dictó normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, su modificatoria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 839 y, la unificación de ambas normas, a través del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

El Decreto Legislativo N° 758, modificado por el Decreto Legislativo N° 839, y unificado en el TUO de Concesiones⁵, reguló a las iniciativas privadas en el artículo 11^{o6} denominándolas *sugerencias* para la concesión de posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos.

Esta figura es lo más parecido al régimen de las iniciativas privadas que actualmente conocemos. Tal como se puede advertir, éstas operan únicamente en el ámbito de las concesiones de obras públicas de infraestructura o de servicios públicos *susceptibles de concesionarse* y las decisiones de las autoridades competentes sobre dichas sugerencias no vinculan o comprometen al Estado.

En la segunda etapa de esta evolución, consideramos que se forma propiamente la figura de la iniciativa privada en proyectos de inversión, pues de acuerdo al artículo 7° de la Ley Marco de

Ley N° 28059 y su Reglamento, los cuales instituyeron propiamente a la iniciativa privada como un mecanismo activo en la promoción de la inversión privada.

² RUIZ CARO, Ariela. El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf>, revisado el 8 de setiembre de 2012, p. 17

³ RUIZ CARO, Ariela. Op cit, p. 21.

⁴ Ibídem

⁵ Cabe indicar que las iniciativas privadas fueron incorporadas en el artículo 40°, del TUO de Concesiones, el cual unificó las disposiciones dispersas en materia de concesiones en obras de infraestructura y servicios públicos.

⁶ Artículo 11°.- *Las personas jurídicas nacionales o extranjeras podrán presentar únicamente ante la PROMCEPRI, a manera de sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a esa Comisión informarse sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado, según lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo. Una vez analizadas tales sugerencias, y previa opinión favorable del Comité Especial respectivo, el cual introducirá las ampliaciones o modificaciones que juzgue convenientes, los indicados proyectos podrán eventualmente sujetarse a los procesos de promoción de la inversión privada en el marco del presente Decreto Legislativo. La recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones que sobre tales sugerencias pueda adoptar la PROMCEPRI no establecen compromiso alguno de esa Comisión para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva, en futuras convocatorias a Licitación o Concurso.*

Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059⁷ y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 013-2007-PCM⁸, se instituyó una regulación especial, un procedimiento y hasta diversas situaciones que pueden ocurrir en este procedimiento.

La instauración de la noción de iniciativa privada en vez de sugerencia fue un cambio acertado. Asimismo, a diferencia de la anterior regulación se optó por ampliar su ámbito de operatividad hacia los activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (y ya no únicamente al campo de las concesiones en obras de infraestructura y servicios públicos)⁹, en todos los niveles de gobierno, por tanto ello habilitó a las respectivas autoridades del Gobierno Nacional, Regional y Local, conocerlas, promoverlas y tramitarlas.

Otro aspecto importante introducido por la referida Ley y su Reglamento fue la determinación de su carácter de petición de gracia, de acuerdo con el artículo 112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que le sea aplicable¹⁰.

En lo que respecta a la tercera etapa de esta evolución, consideramos que el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 106-2011-EF, suponen un avance en la institucionalización de este instrumento de promoción de la inversión privada en el ordenamiento jurídico peruano, pues, a diferencia de las anteriores regulaciones, se simplifica el procedimiento administrativo previo de evaluación, se otorgan incentivos al proponente como el derecho al empate y la posibilidad de competir únicamente entre quienes manifestaron

su interés en el proyecto en el plazo indicado en la norma¹¹.

Una vez agotada la descripción de este proceso evolutivo, podemos afirmar que la importancia histórica de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano radica en que fue concebida como un mecanismo para la participación privada en proyectos de inversión; es decir un instrumento que fue adquiriendo mayor protagonismo y relevancia con el paso del tiempo; sin embargo, falta dilucidar ¿cuál podría ser la razón de este creciente protagonismo?, y ¿por qué?

2.2. Cuando las ideas se le acaban al Estado

El estudio de los antecedentes normativos de las iniciativas privadas es de vital importancia para entender la razón de estos cambios legislativos, las reformas económicas, el cambio en el rol del Estado, y a su vez, ayuda a buscar la razón de ser de esta institución jurídica.

Las privatizaciones en el Perú históricamente también han evolucionado. En un primer momento eran identificadas con la venta de activos y en un segundo momento se admitió la figura de la concesión; sin embargo, cuando se agotaron los activos que vender y los proyectos que concesionar, se advirtió que quien estaba llamado a identificar y proponer al Estado estos proyectos de inversión sobre sus bienes, activos y servicios públicos, era y siempre fue el inversionista privado.

SESÍN, en el prólogo al libro denominado *Iniciativa Privada* de Juan Carlos de Goycochea, define del siguiente modo la idea que tratamos de transmitir:

(...) la labor intelectual de la administración se complementa y a veces se sustituye por

⁷ Artículo 7°.- Iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales.

Los distintos niveles de gobierno promoverán la inversión privada en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, por iniciativa privada, conforme a los siguientes mecanismos: (...)

⁸ Artículo 15°.-

15.1. Las iniciativas privadas de proyectos de inversión que sean presentadas por particulares, tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del particular se agota con su presentación ante la autoridad competente, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial, salvo los supuestos expresamente contemplados en el inciso 15.6 del presente artículo. El encargado de aprobar las iniciativas privadas en el caso del Gobierno Nacional es el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN; en el caso de los Gobiernos Regionales es el Consejo Regional; y en el caso de los Gobiernos Locales es el Concejo Municipal.

⁹ HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Iniciativas privadas sobre proyectos estatales*. En: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oIqYBA&usq=AFQjCNFhd4fzPa_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ, revisado el 10 de setiembre de 2012, p. 22.

¹⁰ HENDERSON PALACIOS, Lucy. Op cit, p. 21

¹¹ HENDERSON PALACIOS, Lucy. Op cit, p. 22

*la excelencia del sector privado. En el futuro será cada vez más importante la utilización e este novel mecanismo como herramienta fundamental que tiene el Estado para receptor eficazmente la inversión privada*¹².

El nuevo modelo económico del Estado peruano, instaurado por el Régimen Económico de la Constitución de 1993, apostó por un rol subsidiario del Estado en la economía y garantista del interés público. En este rol, según KRESALJA:

*Si bien el Estado se obliga a estimular la creación de riqueza (artículo 59°), no asume el rol de promotor del desarrollo ni interviene directamente en la economía, correspondiendo a la iniciativa privada ser la principal responsable de la actividad económica*¹³.

Una lectura de este rol subsidiario, trasladado a los procesos de promoción de la inversión privada le otorga un sentido especial a las iniciativas privadas, pues el Estado, de acuerdo al artículo 58° de la Constitución, garantiza la libre iniciativa privada en una Economía Social de Mercado, *orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*.

Esto, a nuestro criterio, quiere decir que si bien el Estado se encuentra obligado a actuar principalmente en las indicadas áreas, ello debe realizarse en armonía con la libre iniciativa privada como su aliada. En consecuencia, forma parte de esta complicidad que cuando el Estado no identifique o se le acaben las ideas para actuar en los campos de *promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*, sea el inversionista quien está facultado a formular proyectos de inversión con respecto a aquellas tareas del Estado. En este sentido, según MARTIN se puede afirmar que las iniciativas privadas tienen sustento constitucional en el derecho de petición (inciso 20 del artículo 2°) y la libre iniciativa privada (artículo 58°)¹⁴, lo cual conjuntamente con la actual regulación le otorga *protagonismo* en el actual modelo de promoción de la inversión privada en el Perú.

Ahora bien corresponde explicar la razón de este protagonismo.

2.3. Un eficiente modelo de promoción de la inversión privada basado en la creatividad del inversionista

Las iniciativas privadas, según MORÓN URBINA¹⁵, se originan en la necesidad de servicios e infraestructura que el Estado no puede satisfacer y por ello, reconoce esta facultad de los particulares de identificar prioridades y proponer ideas suficientemente estudiadas sobre servicios públicos e infraestructura, que siendo interés del proponente, también sean de interés general, socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas de Estado.

Como bien indica MERTEHIKIAN, en el prólogo a la Tesis de Ricardo MUÑOZ, la iniciativa privada desborda los alcances del Derecho, pues "En este ámbito de la norma jurídica está siempre llamada a conferir el cauce adecuado para la génesis y el desenvolvimiento seguro de las energías creadoras de riqueza productiva y ese es el aspecto relevante del instituto la iniciativa privada"¹⁶.

De acuerdo con la norma especial que regula este régimen, el Decreto Legislativo N° 1012 y a los citados autores, las iniciativas privadas son una herramienta que sirve a los inversionistas para identificar oportunidades de negocio sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y para el Estado, como un mecanismo para atender, a pedido de estos, las tareas encomendadas por la Constitución.

En consecuencia, el abanico de oportunidades que el Estado ofrece a los particulares para que éstos formulen un proyecto de inversión constituye un modelo atractivo de promoción de la inversión privada, que permite despegar la imaginación y la capacidad creativa de los inversionistas. Por tanto, la finalidad de la norma y su real importancia en sí, es promover y potenciar la creatividad del particular para formular y ejecutar proyectos de interés público.

¹² DE GOYCOCHEA, Juan Carlos. *Iniciativa Privada*. Córdoba: Advocatus, 1999, p. 12

¹³ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra, 2010, p. 95.

¹⁴ MARTIN TIRADO, Richard. *Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú*. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, noviembre 2009, p. 342

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público*. En: *Derecho y Sociedad* N° 24. p. 277.

¹⁶ MUÑOZ, Ricardo. *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina*. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 13.

Según CIURO CALDANI, la creatividad es un término que puede referirse a múltiples situaciones. Está vinculada con los términos *creación* y *crear*, y está definida como la capacidad de creación, ingenio e imaginación para formular ideas, proyectos con facilidad, saliéndose de la rutina¹⁷.

En este sentido, si la importancia de las iniciativas privadas radica en apostar por la capacidad de creación, ingenio del inversionista para formular proyectos no identificados por el Estado o respecto de aquellos contenidos en el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada que no hubieran sido convocados a concurso o licitación en un plazo de doscientos cuarenta días hábiles conforme a las normas vigentes en materia de promoción de la inversión privada¹⁸. Entonces, esta creatividad no solo debe recaer en el inversionista, sino también en las autoridades administrativas, quienes estarían llamadas a buscar de buena fe, soluciones creativas a favor de la promoción de la inversión privada.

De acuerdo con su diseño normativo, entonces, este mecanismo de promoción de la inversión privada es eficiente, porque se deja en la competencia de los particulares evaluar, estudiar, formular y proponer un proyecto de inversión que siendo rentable para ellos, sea también rentable socialmente para el Estado, sin que éste haya tenido que desplegar el movimiento del aparato estatal con esta finalidad. En otras palabras, tanto los intereses públicos como los privados coinciden desde el inicio del proyecto hasta su ejecución.

En consecuencia, partiendo de la premisa que el ordenamiento jurídico no impone límites sobre la exactitud de los proyectos que podrían comprender una iniciativa privada (porque puede abarcar casi la totalidad de los bienes y recursos

del Estado) y que la finalidad de la norma es incentivar la creatividad del inversionista, entonces podría proponerse una iniciativa privada para la construcción de estacionamientos sobre un bien del Estado (un activo), como también podría proponerse la construcción, mantenimiento y operación de un tren eléctrico que conecte toda la costa peruana (obra pública de infraestructura y servicio público). Estos ejemplos nos llevan preguntarnos ¿cuál debería ser razonablemente la limitación a la creatividad del inversionista?

3. ¿Cuáles deberían ser las limitaciones en búsqueda de una interpretación proactiva

Para determinar estas limitaciones, consideramos necesario analizar la naturaleza jurídica de las iniciativas privadas, de acuerdo al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012, el cual indica que tienen carácter de petición de gracia, conforme al artículo 112° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 *en lo que sea pertinente* y se realizan sobre activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de Servicios Públicos¹⁹.

Si bien para el inversionista el abanico de oportunidades de negocio es amplísimo, las limitaciones propias del ordenamiento jurídico califican a su propuesta (denominada iniciativa privada), como petición de gracia. Este último concepto según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁰ se define del siguiente modo:

a) La petición de gracias

Es aquella que se encuentra referida a la obtención de una decisión administrativa a consecuencia de la discrecionalidad y libre apreciación de un ente administrativo.

¹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Mundo jurídico y creatividad.

En: http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_9.pdf, revisado el 8 de setiembre de 2012, pp. 69-84.

¹⁸ Artículo 15° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF:

(...)

15.3 Las iniciativas privadas que se presenten no deberán contener proyectos de inversión que coincidan total o parcialmente con aquéllos respecto de los cuales, los Organismos Promotores de la Inversión Privada competentes hubieren aprobado el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada.

Sin embargo, en el caso que se hubiera aprobado dicho plan y hubiese transcurrido un plazo de 240 días hábiles sin que se haya convocado a concurso o licitación conforme a las Normas Vigentes en Materia de Promoción de la Inversión Privada, según éstas son definidas en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, el OPIP podrá admitir a trámite y evaluar la iniciativa privada.

¹⁹ Artículo 14°. De la naturaleza de las iniciativas privadas.

Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

(...)

Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC de fecha 6 de diciembre de 2002. FJ. 2.1

Esta modalidad es stricto sensu la que originó el establecimiento del derecho de petición, en razón de que la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiende a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa. A lo sumo, expone como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento.

En ese sentido, la petición prevista en el artículo 112° de la Ley N° 27444 está destinada a obtener un indulto, alcanzar la formulación de nuevas políticas, la modificación o derogación de disposiciones, la creación o mejoramiento de la infraestructura, el acrecentamiento o modernización de los Servicios Públicos, la realización de actividades, etc.

Si bien esta cita es precisa para el caso de las iniciativas privadas, dado que estaría sujeta a una decisión discrecional de la administración y su finalidad puede encontrarse en el marco de *la creación o mejoramiento de la infraestructura y el acrecentamiento o modernización de los Servicios Públicos*, consideramos necesario indicar que el derecho de petición no es el único derecho constitucional que le da soporte, pues también se encuentra involucrada la libre iniciativa privada, de acuerdo al artículo 58° de la Constitución.

Por tanto, a diferencia del derecho de petición, la iniciativa privada tendría sustento también en el derecho constitucional a la libre iniciativa privada, el cual no es un derecho absoluto; por tanto, debemos analizar detenidamente el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012²¹, el cual señala que las iniciativas privadas tienen carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112°

de la Ley N° 27444²², en lo que sea pertinente, lo cual eliminaría *posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial*.

En este punto consideramos oportuno resaltar dos aspectos importantes: la pertinencia del carácter de petición de gracia y la imposibilidad de cuestionar la decisión en vía administrativa o vía judicial. Con respecto al primero, la petición de gracia contenida en la iniciativa está sujeta a una evaluación que culmina con la facultad discrecional de la Administración de declararla de interés o rechazarla²³; sin embargo, el citado artículo 14° nos indica que esta característica sería aplicable siempre que sea pertinente, es decir, admite la posibilidad de que existan casos que no fueran pertinentes.

Sobre la imposibilidad de cuestionar la decisión discrecional en la vía judicial es oportuno citar la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC²⁴, la cual indica lo siguiente:

“8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. (Subrayado nuestro)

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

²¹ Artículo 14°.-
(...)

Las iniciativas privadas podrán ser presentadas ante la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION o los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales o Locales, por personas jurídicas nacionales o extranjeras, así como por consorcios de personas jurídicas o consorcios de personas naturales con personas jurídicas, sean éstas nacionales o extranjeras.

²² Artículo 112°.- Facultad de formular peticiones de gracia

112.1 Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico que permita exigirlo como una petición en interés particular.

112.2 Frente a esta petición, la autoridad comunica al administrado la calidad graciable de lo solicitado y es atendido directamente mediante la prestación efectiva de lo pedido, salvo disposición expresa de la Ley que prevea una decisión formal para su aceptación.

112.3 Este derecho se agota con su ejercicio en la vía administrativa, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución.

²³ MUÑOZ, Ricardo. Op cit, p. 85

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

16. De similar opinión es Juan Carlos Cassagne [*La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 067, julio-setiembre 1990], quien precisa que "(...) la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad al señalar que "la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia" (Conf. C.S 13-V-1986 in re D'argenio, Inés, D. c/Tribunal de Cuentas de la Nación", revista La Ley, t. 1986-D, pág. 770)".

De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Constitucional, el enunciado legal por el que se elimina la posibilidad de impugnar una decisión discrecional no sería constitucional, por tanto se admite el control judicial de la discrecionalidad administrativa, que a pesar de ser polémico se sustenta en el criterio de que ningún acto estatal puede ser arbitrario, irrazonable y desproporcionado, por tanto, ello exige a las de las autoridades administrativas motivar adecuadamente incluso los actos discrecionales, como es por ejemplo la declaración de interés de una iniciativa privada²⁵.

Luego de analizar los dos aspectos importantes, el único límite en la admisión de una iniciativa privada estaría determinado por la decisión discrecional de admitirla o rechazarla, por tanto, si se busca atraer y concretar proyectos de inversión, que a su vez sean de interés público, proponemos limitar donde sea *pertinente*; es decir, dejar el volar la creatividad del inversionista cuando ello sea posible, bajo el criterio de la razonabilidad, la predictibilidad y uniformidad.

Tal como hemos podido advertir, no existe un límite legal sobre los recursos del Estado que pueden ser materia de una Iniciativa Privada, por tanto pueden existir proyectos simples, como el negocio de los estacionamientos, así como también proyectos sumamente complejos como un tren eléctrico que una toda la costa peruana. ¿Es razonable para ambos casos que la iniciativa privada tenga

carácter de petición de gracia?

Consideramos que no, pues si el Estado busca incentivar la inversión privada, debería establecer un marco legal especial que permita diferenciar los proyectos de inversión pueden adoptar formas simples respecto de aquellos que son complejos, y por tanto, orientar reglas simples a proyectos simples y mantener la discrecionalidad que presupone la petición de gracia para evaluar los proyectos complejos.

En este sentido, sería óptimo y favorable para la inversión privada que, donde existan ideas o propuestas de inversión sobre bienes o activos del Estado que no involucren un gran interés público (como los estacionamientos o centros de esparcimiento), no exista la denominada petición de gracia, sino simplemente una propuesta sujeta a evaluación, de acuerdo con consideraciones establecidas legalmente o a proyectos similares en situaciones y circunstancias similares, por ello es de gran importancia un banco de iniciativas privadas, ya sean éstas rechazadas, desistidas o admitidas a trámite.

Por tanto, en los casos que existan propuestas que involucren un gran interés público (como una carretera interoceánica, una planta de tratamiento de aguas residuales o un servicio público), es razonable que se mantenga la calidad de petición de gracia a la iniciativa privada y la facultad discrecional de la Administración para declararla de interés público o rechazarla.

Esta determinación del interés público involucra de todas maneras un amplio margen de discrecionalidad, que deberá ser calificada o medida con parámetros técnicos, que se enmarquen dentro de las políticas nacionales y no el oportunismo político que forme parte de un plan demagógico, donde se busque quedar bien o ganar votos. Sabemos que es mucho más importante dar prioridad o preferir proyectos que involucren un alto interés público, en función de la cantidad de personas que se beneficiarán, la cantidad de actividades empresariales que podrían crecer, el impacto en la economía nacional, etc.

En cambio, en aquellos proyectos simples, la decisión administrativa de aprobar la iniciativa se debe sujetar a los criterios previamente establecidos en proyectos similares, el eventual

²⁵ MARTIN TIRADO, Richard. El control judicial de las peticiones de gracia. En: Gaceta Constitucional, Tomo 31, Junio de 2010, pp. 189-190.

marco legal especial que se diseñe y los principios de razonabilidad, uniformidad y predictibilidad.

Por tal motivo, una salida legal para emplear los citados principios de la razonabilidad, uniformidad y predictibilidad, que inspiran en el procedimiento administrativo, nos permite interpretar el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012, entendiendo la frase: **en lo que sea pertinente**, de manera favorable a proyectos simples, de modo tal que éstos proyectos, no tendrían carácter de petición de gracia por no ser pertinentes.

4. Incentivando la creatividad en los proyectos de inversión pública

4.1. Simplificación del procedimiento

La simplificación del procedimiento para la evaluación de una iniciativa privada es un tema que debe ser evaluado de acuerdo con los principios que rigen el procedimiento administrativo, compatibles con este régimen especial. Por ejemplo, serían aplicables los siguientes principios: debido procedimiento, imparcialidad, informalismo, conducta procedimental, celeridad, eficacia, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y el privilegio de controles posteriores.

Consideramos que la aplicación de estos principios es de gran apoyo en este procedimiento administrativo especial, con la finalidad de evitar situaciones que dilaten la emisión de una decisión ya sea favorable o de rechazo.

En el presente trabajo de investigación, analizamos cuantitativamente las iniciativas privadas presentadas en el ámbito del gobierno nacional, de acuerdo a la información publicada en la página web de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, en el siguiente cuadro:



La información recopilada en este cuadro corresponde a las iniciativas privadas presentadas ante PROINVERSIÓN desde el año 2007. Si bien

al año 2012 existen diez iniciativas adjudicadas, ello no necesariamente es sinónimo de ineficiencia o burocracia, pues somos conscientes que estos proyectos requieren un detallado análisis; sin embargo, nada obsta analizar este procedimiento y procurar simplificarlo, de modo tal que cuantitativamente, se evidencie dentro de otros cinco años, una mayor concurrencia por parte de los particulares y que aquellas que se encuentran en trámite puedan tener pronta respuesta.

4.2. Necesidad de reglas claras

Como bien define BULLARD, los procesos de privatización de los años noventa marcaron un cambio radical en la titularidad de los medios de producción que pasaron de manos estatales a manos privadas; sin embargo, “de nada sirve pasar una propiedad pública mal definida a una titularidad privada igualmente mal definida. El resultado es un sistema inconsistente e inseguro, que no es ni un buen sistema de producción de bienes privados ni un buen sistema de producción de bienes públicos”²⁶.

No es objeto de este artículo criticar los procesos de privatización, sin embargo, uno de los sentidos al que queremos llegar con la anterior cita es que uno de los problemas en la regulación de las iniciativas privadas en su proceso de evolución fue que, precisamente, las reglas no estaban claras al inicio y que no ofrecían a ningún inversionista un incentivo para arriesgar sus capitales por dicha vía.

Si bien, posteriormente las reglas fueron dando origen a una institución denominada “iniciativas privadas”, es necesario indicar que las competencias regionales y municipales no se encuentran claramente delimitadas. Por citar un ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, no detallan qué órganos o los que hagan sus veces podrían componer el Organismo Promotor de la Inversión Privada en los Gobiernos Regionales y Locales. Se deja a discreción de estos niveles de gobierno su composición, los que no necesariamente se acoplarán al modelo que sigue el Gobierno Nacional.

Lo anteriormente indicado, a su vez genera una dispersión normativa respecto de la cantidad de normas que establezcan los procedimientos especiales que cada Gobierno Regional o Local podría emitir para la promoción de la inversión privada mediante iniciativas privadas.

²⁶ BULLARD GONZALES, Alfredo. Economía y Derecho. Lima: Palestra, Segunda Edición, 2009, p. 893.

4.3. Necesidad de reconocer más derechos

Según MERCADO NEUMANN, la legislación vigente no hace mención expresa a los casos en los que las iniciativas contengan derechos de autor, derechos de propiedad industrial, derechos de propiedad intelectual, secretos comerciales o el *know how* del negocio. Asimismo, tampoco establecen el tratamiento que merece en dichos casos; no obstante, el autor indica que en estos casos, el funcionario encargado de la evaluación de la iniciativa, de oficio, debería aplicar el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, dado que los terceros interesados en el proyecto no podrían conocer todo el contenido del expediente²⁷.

Por otro lado, consideramos importante indicar que la creatividad empleada en una iniciativa privada es susceptible de valorización económica y atribuible a una empresa o consorcio. El tiempo que duró la investigación del negocio, la estrategia para hacer que funcione, los estudios de ingeniería, los estudios legales y demás forman parte del proceso creativo del empresario interesado en un activo, bien o servicio del Estado. Lo justo sería reconocer su esfuerzo y la propiedad de la iniciativa, en caso el proponente no sea el adjudicatario del proyecto que él propuso.

En estos casos, el numeral 20.2 del Decreto Legislativo N° 1012²⁸, admite la posibilidad del reembolso que no podrá exceder el 1% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de Servicios Públicos, excepto cuando el valor referencial del proyecto no supere las 1120 UITs vigentes al momento de la presentación de la iniciativa privada, en cuyo caso no podrá exceder el 5% del valor total de la obra y/o el valor referencial.

Estos límites legales al reembolso en algunos casos no necesariamente se podrán ajustar a la realidad de los gastos efectivamente realizados, más aún cuando se trata de bienes inmateriales como el *know how* o la propiedad intelectual. Según MERCADO NEUMANN, estos aspectos también deben ser valorizados y considerados dentro del reembolso²⁹.

5. Conclusiones

Las iniciativas privadas como un mecanismo de promoción de la inversión privada, fueron tomando protagonismo en el ordenamiento jurídico peruano en la medida que el Estado cedió a los particulares la misión de buscar los proyectos de inversión, que siendo de interés particular coincidan también con el interés público.

El sustento constitucional de la iniciativa privada se encuentra en el derecho genérico de petición y la libre iniciativa privada, sin embargo ello no quiere decir que estos derechos sean absolutos. En efecto, la propia legislación vigente le impone una serie de restricciones en atención a calificar y ejecutar un proyecto que sea realmente de interés público.

La amplitud del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1012 y su reglamento, en lo que se refiere a los bienes y recursos del Estado que pueden ser materia de una iniciativa privada, nos llevan a la conclusión de que no todos los proyectos que puedan formularse sean complejos, por tanto no todos merecerían tener el carácter de petición de gracia a que se refiere el artículo 112° de la Ley N° 27444.

La creatividad a la que está llamado el inversionista debe ser estimulada, poniendo límites donde sea pertinente y eliminando trabas donde no deben existir. La pertinencia de calificar una u otra iniciativa privada como petición de gracia podría depender del criterio de la razonabilidad en cada caso, la uniformidad y la predictibilidad en los procedimientos administrativos.

Por tanto, en aquellos procedimientos donde se observen similares situaciones, propuestas o características lo ideal sería la decisión administrativa sea similar, ello con la finalidad de evitar decisiones arbitrarias. Por el contrario, en casos en los que la naturaleza del proyecto requiera análisis exhaustivos por involucrar obras de infraestructura y/o Servicios Públicos, entonces, es razonable otorgar a la Administración plena discrecionalidad para evaluar y calificar el proyecto.

²⁷ MERCADO NEUMANN, Edgardo. Los secretos comerciales y el *know how* en las iniciativas privadas de inversión. En: Revista de Derecho Administrativo N° 7, mayo 2009, pp. 402-403; 405.

²⁸ 20.2 El monto total de los gastos a reintegrar no podrá exceder el 1% del valor total de la obra, y/o el valor referencial previsto para el procedimiento de selección en el caso de prestación de servicios públicos, salvo en el caso de los proyectos cuyo valor referencial de inversión no supere un monto equivalente a 1 120 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes al momento de presentación de la iniciativa, en cuyo caso el límite será fijado previamente en el documento que apruebe la iniciativa, no pudiendo exceder del 5% del valor total de la obra y/o el valor referencial previsto para la prestación de servicios públicos.

²⁹ MERCADO NEUMANN, Edgardo. Op cit, p. 406.

Otros criterios que fomentan esta modalidad de participación de la inversión privada es apostar por la aplicación de los principios del procedimiento administrativo durante la tramitación y licitación de la iniciativa privada. Asimismo, es necesario emitir reglas o lineamientos que permitan determinar las competencias de los órganos que conforman los organismos de promoción de la inversión privada en los Gobiernos Regionales y Locales. Finalmente, consideramos que también es importante reconocer razonablemente y con un criterio de justicia, al proponente que no hubiera ganado la licitación.

6. Bibliografía

BULLARD GONZALES, Alfredo. *Economía y Derecho*. Lima: Palestra, Segunda Edición, 2009, p. 893.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Mundo jurídico y creatividad. En: http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd39_9.pdf, revisado el 8 de setiembre de 2012, pp. 69-84.

DE GOYCOCHEA, Juan Carlos. *Iniciativa Privada*. Córdoba: Advocatus, 1999, p. 12.

HENDERSON PALACIOS, Lucy. *Iniciativas privadas sobre proyectos estatales*. En: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=n+3+revista+digital+de+la+REI+en+infraestructura+inicio&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conecta-ceddet.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom_k2%26view%3Ditem%26task%3Ddownload%26id%3D127%26Itemid%3D232%26lang%3Des&ei=D2pSUMKiBIL69QT5oIGYBA&usg=AFQjCNFhd4fzPa_VFfkJvG5UUyn1YBUXJQ, revisado el 10 de setiembre de 2012, p. 55.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. El principio de subsidiariedad en materia económica. *Análisis*

de las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Lima: Palestra, 2010, p. 95.

MARTIN TIRADO, Richard. Balance y perspectivas del régimen de las iniciativas privadas en el Perú. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, noviembre 2009, pp. 341-352.

MARTIN TIRADO, Richard. El control judicial de las peticiones de gracia. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 31, Junio de 2010, pp. 181-200.

MERCADO NEUMANN, Edgardo. Los secretos comerciales y el know how en las iniciativas privadas de inversión. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, mayo 2009, pp. 397-406.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público. En: *Derecho y Sociedad* N° 24. p. 277.

MUÑOZ, Ricardo. *La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina*. Buenos Aires: RAP, 2009, p. 13.

RUIZ CARO, Ariela. El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002. En: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10712/LCL1762PE.pdf>, revisado el 8 de setiembre de 2012, p. 84.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002. FJ. 2.1

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

Introducción a la Regulación del Transporte en el Perú

Raúl Torres Trujillo*

SUMILLA

En este artículo se presentan las principales características de la regulación del transporte en el Perú. Se inicia con una discusión de lo que significa Regulación, centrada en su origen e importancia; luego se comenta la situación de la Regulación del Transporte en general, para en seguida anotar las peculiaridades de la regulación por modo de transporte en nuestro país, tanto de la infraestructura como de los medios y servicios resultantes. Se enfatiza el carácter de introducción, ya que cada campo tratado es extenso y se encuentra en cambio permanente, siendo materia de especialización de diferentes clases de profesionales.

1. Introducción

Se presenta a continuación un breve recuento de los fundamentos, práctica internacional, situación peruana y perspectivas sobre las diversas maneras en las que el Estado y Organizaciones No Gubernamentales intervienen estableciendo las reglas con las que se proveen servicios de transporte, limitando y encausando las decisiones de los agentes que actúan en este campo.

En un primer acápite sobre la regulación en general, se presentan los principales conceptos y orígenes administrativos de la regulación en el transporte, luego anotamos las principales características de la regulación del transporte en nuestro país, para cerrar con algunas reflexiones sobre perspectivas y una relación de los textos citados.

Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú solicitaron este texto, lo cual ha constituido un aliciente especial para escribirlo tratando de balancear una exposición compacta, con lectores que imaginamos tendrán como origen estudios de esta especialidad y de las ciencias humanas.

2. Regulación¹

Usaremos la acepción amplia de este concepto, según la cual se incluye en él no solamente las intervenciones de los Gobiernos sobre el comportamiento de los agentes de una sociedad, sino también de otros cuerpos colegiados de la sociedad civil, como gremios empresariales, autoridades tradicionales, entre otros.

Las razones para las intervenciones regulatorias son muchas, entre otras, para evitar la conformación de monopolios o encauzar su funcionamiento, por la condición de "bien público" de algunas mercancías, para superar desequilibrios entre la información asequible entre diversos agentes, para asegurar la difusión de fuertes externalidades positivas, para definir las condiciones de trabajo, por razones científicas y tecnológicas, etc. Tenemos entonces tres clases de razones, unas que se originan en las características de los mercados, que llamaremos económicas, otras de origen científico o tecnológico, que denominaremos tecnológicas o técnicas y, tercero, de carácter social, que llamaremos sociales².

* Economista. Director Ejecutivo de Provías Nacional. Profesor de la Facultad de Gestión y Alta Dirección de la PUCP. Máster of Arts de Williams College y postgrado anual en Ciencia, Tecnología y Sociedad en Princeton. Con once años en el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, habiendo sido Director Ejecutivo del Programa de Caminos Rurales y de Provías Descentralizado. Ha trabajado antes en macroeconomía, ciencia y tecnología, desarrollo rural, salud, entre otros, tanto en el país como en el extranjero.

¹ Una buena discusión de las varias definiciones de Regulación se encuentra en las páginas 2 y 3 de Baldwin, Robert; Martin Cave & Martin Lodge (2012) *Understanding regulation*. Second Edition, ampliadas y desarrolladas a lo largo del libro.

² Ver QUINET. p. 178.

Entre las últimas, destacan las originadas en las limitaciones humanas para evaluar y predecir el futuro: por ejemplo, somos exageradamente optimistas y algunas decisiones, como las referidas al ámbito de los seguros personales o de bienes, son postergadas excesivamente; este es el origen, por ejemplo, de la Seguridad Social, es decir de un seguro obligatorio. Estos argumentos muestran los límites de la racionalidad humana³. En transporte las regulaciones son amplias, la mayoría de las cuales se originan en necesidades tecnológicas o ventajas económicas. Como límites de velocidad, lado de conducción (“a la derecha en América”), características de las carreteras, límites de cargas, entre otros.

Existe otra manera común de explicar las intervenciones sobre las actividades sociales y los mercados, reunidas bajo el nombre de fallas del mercado, complementadas en los últimos tiempos con disertaciones sobre las fallas del Gobierno. Ambos conceptos, me parecen, no solo limitados sino equívocos; por ello, en este acápite no los utilizamos. No es la ocasión de explicar las razones para la proposición anterior, ya que su tratamiento adecuado requeriría de un ensayo especial.

Una razón fundamental para la intervención del Estado en la economía, y en la sociedad en general, es la existencia y necesidad de los denominados bienes públicos o colectivos, que son aquellos que deben producirse y consumirse de manera conjunta y no de manera individual, como la seguridad nacional, la justicia, el alumbrado público, los caminos rurales, faros y otras infraestructuras de transporte. La discusión sobre este concepto es enorme⁴.

Tratamiento especial merecen las infraestructuras que se articulan en redes, entre las que destacan las del transporte, precisamente. Un tramo carretero aislado es útil, pero realmente adquiere todo su potencial como parte de una red de transporte. Para el tema que nos interesa, el principal problema es la dificultad de identificar al usuario, y sus preferencias por lo tanto, no existiendo “mercados” para estos bienes, en el sentido que existen para los bienes de consumo individual.

Está claro que, mientras más desarrollado es un país, la necesidad y disfrute de los bienes públicos es mayor, llegando en la actualidad a convertirse

en imprescindibles ciertos bienes públicos internacionales, como el equilibrio ecológico, la salud pública, el conocimiento científico, entre los principales. COHEN (2003) señala que uno de los principales desafíos del mundo moderno es articular una cultura que alienta el consumo personal con la necesidad creciente de bienes colectivos.

Desarrollos modernos de la teoría económica permiten entender mejor estas normas de regulación, es decir, sus orígenes, consecuencias y evolución. Éstas pueden ser conceptualizadas como una solución a un problema de Teoría de Juegos⁵.

Vivimos en un mundo grande y crecientemente regulado, lo cual es cierto especialmente para el mundo del transporte, en el cual la infraestructura tiene costos enormes y están en juego permanentemente vidas humanas⁶.

Existe también un gran debate sobre el exceso de regulación en algunos campos, como en los ferrocarriles en Europa, según el cual servir mejor a la población pasa por homogeneizar y reducir las regulaciones existentes en los países para abrir los mercados y favorecer la competencia. En nuestros países es cierto que en algunos campos existe exceso de regulación pero también que las normas vigentes, en muchos casos insuficientes, no se cumplen. Como bien sabemos “la informalidad” es una condición que permea prácticamente todos los campos de la sociedad. El tema es pues realmente complejo y se encuentra en cambio rápido permanente.

Por último, destaco que la actual crisis financiera internacional, ha provocado una gran discusión sobre la regulación, ya que muchos autores ubican parte del origen de la misma en la desregulación de los mercados financieros del pasado. En el campo del transporte, como se explica a continuación, al tener origen técnico, la mayoría de las normas de regulación existentes, la discusión no es si se regula o no, sino cómo se obtiene la regulación más eficiente y eficaz.

3. Regulación en Transporte

Como se dijo, el transporte es una actividad fuertemente regulada respecto de la infraestructura,

³ Ver Daniel KAHNEMAN (2011) Thinking, fast and slow.

⁴ Ver BATINA y otros (2005).

⁵ Para una reflexión sobre los Juegos de Conducir (Driven Games) ver por ejemplo la página 5 y otras de BINMORE, Kenneth (2007) Game Theory, A Very Short Introduction.

⁶ Ver el artículo de GLAESER & SHLEIFER y el último libro del segundo de reciente publicación, entre otros.

los medios de transporte (camiones, barcos, etc.), el ingreso y salida de la actividad, las clases de cargas y pasajeros, principalmente.

Varias organizaciones internacionales, tanto oficiales como privadas, han jugado un papel determinante en la definición de las políticas públicas y las normas asociadas.

Cada una de las que se anotan, luego han publicado decenas de miles de páginas sobre políticas y normas en sus respectivos campos. Sus páginas web deben ser visitadas ante preguntas específicas, de lo contrario es seguro que nos perderemos en sus frondosas ramificaciones.

En la regulación del trabajo sobresale la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en todos los campos, entre los relacionados al transporte y su infraestructura tenemos el trabajo en construcción civil, el trabajo marítimo, el del transporte aéreo, entre otros. En el transporte marítimo, el más antiguo en la historia de la humanidad, destacan actualmente la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, conocida por sus siglas en inglés (UNCTAD). Otras organizaciones especializadas de las Naciones Unidas intervienen también en la regulación de la producción, el comercio y el consumo de mercancías, las más importantes como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo del 2009 son aprobados por la Asamblea General de Delegados. En el transporte aéreo destaca claramente la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), que califica a los aeropuertos, por ejemplo, y las propias empresas privadas que proveen las naves y principales elementos, como motores, que obligan a sus adquirientes a precisos procesos de mantenimiento y operación. En carreteras sobresalen la Federación Internacional de Carreteras, conocida por sus siglas en inglés (IRF) y The American Association of State Highway and Transportation Officials (AASHTO) cuyas normas técnicas para carreteras y sus elementos sirven de referencia en el mundo entero. En ferrocarriles destaca la Unión Internacional de Ferrocarriles (International Union for Railways, en Inglés; y Union Internationale des Chemins de Ferr, en francés, conocida mundialmente por sus siglas en este idioma, UIC), entre otras organizaciones.

Téngase presente que, dado el cambio técnico tan veloz en el mundo del transporte, estas organizaciones registran cambios continuos y

aparecen nuevas estructuras dentro de ellas o nuevas organizaciones, por ejemplo, en el área conocida como Sistemas Inteligentes de Transporte, conocida por su sigla proveniente del inglés, ITS, nueva comparada con las otras, a pesar que ha organizado ya una veintena de conferencias internacionales, pero no existe todavía una organización permanente de aceptación mundial.

Un papel fundamental cumplen los acuerdos comerciales internacionales, como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones, etc. los que han aprobado cientos de normas regulando los varios modos de transporte en todos sus aspectos. Está claro que si un viaje se inicia en un país y termina en otro la capacidad de los puentes, túneles, trámites de descarga, etc. por ejemplo, no deben constituir un problema.

En el país son las normas que aprueba el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, articuladas con las normas internacionales comentadas, las que regulan el comportamiento de los agentes en el transporte de escala nacional y de alcance internacional iniciadas dentro del país, complementadas con normas de alcance regional y municipal, principalmente en el ámbito de la seguridad de los viajes.

Las emisiones de los motores vehiculares, se han convertido en un campo especial de regulación como consecuencia del calentamiento global de la tierra, alcanzando todos los ámbitos de intervención, es decir el social, el económico y el técnico. Tienen que ver con las características de los motores y vehículos, los combustibles, entre otros.

Un espacio poco normado pero de creciente importancia es el referido al transporte no vehicular, en especial de peatones y bicicletas, muy activo en los países nórdicos y el norte de Europa en general, especialmente en el marco de las políticas que luchan contra la contaminación ambiental. Actualmente, se construyen o habilitan ciclovías en todas las grandes ciudades del mundo.

Siendo una de las características del mundo moderno la llamada globalización, la regulación de los diferentes modos de transporte registra también un rápido proceso de mundialización, a la par de la expansión del comercio, la movilidad del trabajo y el capital, así como de la información, a la par que se globaliza el aprendizaje sobre los problemas y sus soluciones o fracasos en el mundo. Es posible afirmar que existe un proceso

profundo hacia la extensión y homogeneización de las normas de regulación del transporte.

4. Regulación actual del transporte en el Perú

Como se explicó, la regulación del transporte la realizan varias entidades públicas y privadas. En el Perú es realizado principalmente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; la organización que administra las empresas públicas, FONAFE, entre las que se encuentran las empresas estatales que administran los puertos y aeropuertos no concesionados; varias organizaciones especializadas en la regulación de la inversión privada en ámbitos públicos entregados en concesión, como OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Transportes); Gobiernos Regionales y Municipalidades que administran las trayectorias del transporte público, normas de seguridad y condiciones de certificación de conductores; entre otros. Entre las muchas normas vigentes el Reglamento Nacional de Tránsito, cuya última versión fue aprobada mediante Decreto Supremo del MTC, del 2009, cumple un papel fundamental.

La Municipalidad de Lima Metropolitana cumple un papel especialmente importante para la capital, tanto por la magnitud de su población como la densidad de los viajes dentro de ella. El desarrollo y regulación del Transporte Público tiene enormes desafíos, parte importante de los cuales se afrontan con la acción de una institución especializada denominada PROTRANSPORTE, administradora del sistema Metropolitano de Transporte, peajes y responsable del mantenimiento, operación y desarrollo de las vías urbanas. Las municipalidades de las principales ciudades del país, como las de Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Huancayo, entre las principales asumen crecientemente con fuerza sus papeles de regulación y desarrollo del transporte.

Sigue una presentación de los campos de regulación y sus principales características, y no una lista exhaustiva de las instituciones involucradas. Se trata de una breve presentación, ya que cada uno de los temas anotados son complejos y materia de especialización, como características de puentes, mantenimiento de aviones, señales de tránsito en ciudades o carreteras, etc.

4.1 Regulación social

Sobre las edades, jornadas de trabajo y remuneraciones de los trabajadores de construcción civil, puertos, aeropuertos y ferrocarriles. Existen

normas de aplicación general, es decir, para toda clase de actividad económica, con normas especiales para algunas clases de trabajo por su naturaleza no continua, como la construcción civil y la pesca. Las actividades que operan de manera continua las veinticuatro horas del día tienen regulaciones especiales, como peajes, de naturaleza permanente o atención de emergencias, de carácter estacional. Una excepción es el transporte público privado (ómnibuses, micros y taxis) cuya regulación disminuyó de manera importante a inicios de los noventa y que han convertido a las ciudades en campos de batalla para ganar el semáforo o un pasajero, ya que la competencia es feroz y las jornadas de trabajo pueden llegar a las quince horas continuas.

Sobre peatones y otros usuarios de la infraestructura. Lo normado en el Reglamento Nacional de Tránsito se complementa con normas de rango municipal.

4.2 Regulación económica

Sobre los procesos de contrataciones de estudios y obras, con la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, su Reglamento y normas relacionadas, que determinan con precisión este campo, en el que interviene también la Contraloría General de la República y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que afectan la adquisición de medios de transporte, la ejecución de estudios y proyectos de transportes, entre otros.

Sobre las inversiones, operación y mantenimiento de infraestructura entregada en concesión, varias normas especializadas por modos de transporte que pueden consultarse en la página web de OSITRAN. Sobre precios y tarifas para el uso de las diferentes infraestructuras, con participación del MTC, OSITRAN, y varias otras instituciones, destacan los peajes, y tarifas por servicios portuarios y aeroportuarios, determinados o con rangos de variación.

4.3 Regulación técnica

a. Infraestructura

- Para carreteras: anchos de calzada, pendientes, radios de curvas, características de los pavimentos, señales sobre la carretera (horizontales) o al costado (verticales), etc. Normas especiales para carreteras entregadas en concesión a empresas privadas. Normas especiales para el mantenimiento y operación de las carreteras. En el mantenimiento destacan

las características de los “niveles de servicio” utilizados tanto en los contratos de conservación a cinco años de PROVIAS NACIONAL como los determinados en los contratos de concesión de carreteras. Existen también normas especiales que rigen durante la ejecución de obras, referidas a horas abiertas al tránsito, al uso de explosivos para voladuras en cerros en actividades de ensanche, señales especiales durante la noche, entre otras.

- Para puertos: profundidad del mar en los muelles que determina las capacidades de las embarcaciones que pueden ser ingresar y ser atendidas, las características de los muelles que dependen de las clases de carga a ser movilizadas (contenedores, minerales, cereales a granel, líquidos, etc.), accesos y seguridad de los puertos, áreas de almacenaje, etc.
- Para ferrocarriles: la distancia entre los rieles determina que el sistema sea de “trocha angosta” o “normal”. Las últimas se utilizan en las vías principales mientras que las angostas en vías secundarias. Si bien no existe una norma internacional la existente en varios países europeos ofrece una ilustración clara: Vía normal de 1.435 metros, contra 1.067 para las vías angostas. En el Perú la Vía Normal es igual a la europea y la Vía Angosta es de 0.914 metros, como el del ferrocarril que conduce a Macchu Picchu, por ejemplo. Otro aspecto fundamental, en un país montañoso como el nuestro, es la pendiente, dado el peso de estos medios y su gran capacidad de arrastre: en el Perú se considera como máximo el 2% de pendiente que, en ausencia de túneles, determina viajes más largos que por carretera.
- Para aeropuertos: toda la infraestructura civil se encuentra grandemente regulada siguiendo normas de la OACI y otras organizaciones como las características de las pistas de aterrizaje, las áreas de embarque y desembarque, la seguridad general de los aeropuertos, etc. Constituye un creciente espacio de regulación los impactos tanto del tráfico generado por el uso de los aeropuertos como el ruido sobre las ciudades y los sistemas de transporte cercanos.
- Para temas multimodales: la relación entre carreteras, terminales de transporte terrestre, ferrocarriles, puertos y aeropuertos; los sistemas logísticos a lo largo de las rutas; el encuentro de las carreteras con las ciudades, entre otros. El uso de los caminos vecinales en épocas de lluvia son regulados en muchas partes del país

por las Municipalidades Distritales, mayormente de manera informal o por Organizaciones No Gubernamentales.

b. Medios

- Para transporte carretero: vehículos de uso familiar, de carga y ómnibuses. Las carreteras nacionales y puentes son diseñadas para soportar un peso de 48 toneladas.

Los radios de las curvas y el paso por centros poblados constituyen importantes desafíos, especialmente para cargas de volumen o tamaño especial. Los ómnibuses de dos pisos tienen problemas para pasar por algunos túneles y semi túneles, resultando en una vigilancia minuciosa, de especial interés para el propio transportista. Todos los campos señalados cuentan con normas especiales en permanente evolución, dados el gran crecimiento económico del país y el acelerado cambio técnico en esta clase de transporte.

- Para ferrocarriles: locomotoras, vagones y elementos de mantenimiento y vigilancia. El material rodante tiene sus propias precisas especificaciones de fábrica y tanto la operación como el mantenimiento se encuentran minuciosamente normados, y su cumplimiento es celosamente vigilado.
- Para aviones: constituyen algunos de los medios más regulados tanto por las autoridades de diversa naturaleza como por los fabricantes, especialmente de los motores. Esto explica que la mayor parte de los accidentes en todo el mundo se originen en fallas humanas y no del equipo.
- Para transporte marítimo: la variedad de naves es enorme, cada clase tiene sus propias normas internacionales, válidas para cada clase de ruta. Ciertamente, las naves destinadas a largos viajes internacionales son diferentes a las dedicadas al cabotaje costero dentro de un país o región. Una nave que no cumple las normas correspondientes no consigue carga.
- Para transporte fluvial: el menos regulado de todos los modos de transporte, dado la informalidad que existe en estas actividades. Solo las naves para viajes relativamente largos, como de Pucallpa a Iquitos, cumplen requisitos y soportan una supervisión significativa. Se dice, por ejemplo, que cercanos al Puerto de Iquitos existen más de diez puertos informales y

hasta clandestinos, de carga y pasajeros, cuyo funcionamiento impide el desarrollo del puerto formal y oficial.

c. Servicios

- Para servicio público sobre carreteras: vehículos certificados, conductores certificados, cantidad de pasajeros, velocidades, etc. normados, además de regulaciones especiales para algunos tipos de cargas, como cargas anchas, peligrosas, que ya fue mencionado. Existe, por ejemplo, una norma específica para el transporte de gas y combustibles; y el transporte de explosivos requiere de un tratamiento especial.
- Para servicios portuarios: las tarifas por el uso de los puertos se encuentran regulados, así como la gran cantidad de servicios que reciben los barcos y sus cargas durante el ingreso y salida de los puertos, como durante las operaciones de estiba y desestiba; entre los principales.
- Para servicios ferrocarrileros: normados para el uso de pasajeros, como es el caso del tren a Macchu Picchu. Libre para el transporte de cargas comerciales consideradas "normales", es decir no consideradas "especiales". Los ferrocarriles de uso urbano, como el Metro de Lima, tiene un tratamiento minucioso y especial; sus normas se encuentran en desarrollo ya que sus servicios son recientes, pero la experiencia internacional de la cual se nutre es muy grande y variada.
- Para servicios de transporte aéreo: libre para el transporte tanto de pasajeros como de cargas comerciales normales. Es el modo de transporte más regulado. Los pasajeros y cargas, si bien libres, tienen que cumplir normas rigurosas en horarios, elementos que se pueden transportar a la mano, condiciones meteorológicas para el vuelo, etc.

d. Otros relacionados

- Sobre combustibles, repuestos e insumos en general: las características técnicas de las clases de gasolinas, incluyendo el contenido de plomo y otros elementos contaminantes, etc. Mientras más riesgoso el transporte las normas son mayores, siendo las más detalladas las correspondientes a ferrocarriles y aviones.

Los insumos para las obras civiles, en especial fierro, cemento y asfalto para las pistas de aterrizaje, carreteras, puentes, túneles y otras

infraestructuras se encuentran determinadas en sus correspondientes estudios. Muchos de estos elementos tienen precios regulados o sistemas estadísticos para actualizar los precios pactados en las licitaciones públicas.

Encuentro de las carreteras con las ciudades y su paso a través de ellas, ya que las carreteras se ven sujetas a tránsito urbano; y por lo tanto, a necesidades de estacionamiento, paraderos de transporte público, al uso de menores velocidades, entre otros. Un aspecto de especial regulación es el paso por áreas de servicio público como colegios, hospitales, mercados, áreas históricas, etc. Es un campo en desarrollo y el MTC viene coordinando con la Municipalidad de Lima los detalles del desarrollo de estas normas.

5. Perspectivas de la regulación en el Perú

La regulación seguirá las tendencias de las políticas de transporte. Todos los campos serán modificados, de las relacionadas con el conocimiento científico y tecnológico a los referidos a las interacciones en grandes ciudades, pasando por los cambios derivados de la globalización de las sociedades y de los cambios climáticos resultantes del calentamiento global. Todos los cuales impactarán también en las instituciones y su interacción con la sociedad.

Homogenización de las regulaciones en América Latina, siguiendo el avance de los convenios comerciales y la internacionalización de los viajes resultantes de proyectos grupales, como los englobados en el Proyecto IIRSA.

La programación de las inversiones con perspectiva regional (latinoamericana) e internacional, derivado de lo señalado en el punto anterior. Avanza tanto la cooperación entre países como la competencia entre ellos.

Articulación de las redes a escala nacional y regional, tanto de alcance sudamericano como regional interno.

Creciente infraestructura multimodal, tanto urbana como nacional e internacional. Se avanza en general de los tramos de viaje por modos independientes a redes multimodales cambiando rápidamente a corredores y redes logísticas.

Creciente importancia de la Logística, además del transporte propiamente la carga y descarga; el almacenamiento inicial, intermedio y final; el embalaje; las certificaciones; entre otros.

Encuentro de las carreteras nacionales con caminos departamentales y vecinales, dónde faltan áreas de carga y descarga, en muchos casos de animales cuando el encuentro es con caminos de herradura, espacios para descanso, entre los principales.

Especialización progresiva de la gestión de infraestructura, en todo el ciclo de los proyectos: estudios, obras, operación, mantenimiento, investigación, evaluación de impacto.

Revisión de la regulación existente debido a las consecuencias del calentamiento global. Las normas aprobadas por organizaciones internacionales serán crecientemente complejas y obligatorias. La búsqueda de una ecología sostenible en el largo plazo se ha convertido en un objetivo mundial y en un bien público internacional.

Creciente trabajo conjunto entre empresa, estado y universidad para responder al rápido cambio científico y técnico en transporte.

Regulación especial para el encuentro de la infraestructura predominantemente rural con las ciudades (carreteras, aeropuertos, y transporte fluvial principalmente). El crecimiento acelerado de las ciudades intermedias ha generado gran demanda de nuevos viajes rápidos y los planes para nuevos medios de transporte florecen, como ferrocarriles entre ciudades, taxis aéreos, comercio de cabotaje, entre otros.

Regulación creciente de los usuarios de transporte, en especial de los generadores de carga, los pasajeros y peatones.

Creciente instalación de sistemas inteligentes de transporte (sensores de varias clases) tanto en el medio urbano como rural y en las ciudades, que ayudará a lograr comportamientos razonables de los agentes, especialmente de los nombrados en el punto anterior.

Logro de bases de datos (inventarios y otros) y de cuantas nacionales del transporte permanentemente actualizados que al permitir conocer las características de los servicios y su evolución impactarán fuertemente en la regulación existente.

Regulación especial orientada a la disminución de los accidentes, desde las características de la infraestructura y los medios de transporte a las velocidades, paraderos, elementos de seguimiento como GPS, etc.

Regulación especial orientada a la operación y mantenimiento de las infraestructuras, es decir un giro de la instalación y mantenimiento de las infraestructuras al cuidado de la calidad de los servicios.

Trabajo multidisciplinario creciente, no solo entre abogados e ingenieros sino también con profesionales de otros campos como la medicina, la psicología y de las ciencias básicas, químicos y biólogos especialmente.

Difusión, certificación y regulación de nuevas carreras técnicas, en el sentido que no se aprenden necesariamente en universidades con periodos de cinco años, como técnicos en instalación y retiro de puentes; administradores de túneles; especialistas en conservación de puertos, carreteras y aeropuertos; administradores del derecho de vía; especialistas en instalación de señales de seguridad e informativas en general; operadores de carga y pasajeros en puertos y aeropuertos; etc.

Regulación orientada específicamente a la transparencia y rendición de cuentas de las organizaciones, tanto del Gobierno como de las pertenecientes a la sociedad civil. Creciente importancia de normas internacionales en este campo.

Nuevas normas para facilitar el acompañamiento y evaluación de las organizaciones de auditoría, vigilando no solo procesos sino también resultados y su sostenibilidad en el tiempo.

6. Referencias

Baldwin, Robert; Martin Cave & Martin Lodge. *Understanding Regulation*. 2012. Oxford U. Press, England. Second Edition.

Batina, Raymond G. & Toshihiro Ithori. *Public Goods, Theories and Evidence*, Springer, Berlin. 2005.

Binmore, Kenneth. *Game Theory, A Very Short Introduction*. 2007. Oxford U. Press, England.

Blauwens, Gust; Peter De Baere & Eddy Van de Voorde. *Transport Economics*, Uitgeverij De Boeck, Antwerpen (Amberes), 2007. Belgium. Second Edition.

Cohen, Daniel. *Our modern times*. MIT Press, Cambridge, Massachusetts. 2003. USA.

Glaeser, Edward L. & Andrei Shleifer . The rise of the regulatory state. In: Journal of Economic Literature, American Economic Association. Jun 2003.

Kahneman, Daniel. Thinking, fast and slow. 2011. Farrar, Straus and Giroux. New York.

Hensher, David A. & Kenneth J. Button, Eds. 2005. Handbooks in Transport. Six volumes. Elsevier, Amsterdam.

MTC. Varios manuales técnicos sobre carreteras y estructuras relacionadas. Ver página web www.mtc.gob.pe.

Shleifer, Andrei. The failure of judges and the rise of regulators. MIT Press, Cambridge, Massachusetts. 2012. USA.

Urrunaga, Roberto y otros (U del Pacífico 2011). Regulación de servicios públicos (Agenda 2011).

Quinet, Emile & Roger Vickerman. 2004. Principles of Transport Economics, Edward Elgar, Cheltenham, England.

Zevallos Ugarte, Juan Carlos. Concesiones en el Perú: Lecciones aprendidas. Lima. Junio 2011.

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 Vásquez 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, sí 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 debería 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 población”⁴⁴; 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 demanda”⁴⁵.

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 -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.

De todos y de nadie: el caso del Transporte Público en Lima y Callao y la necesidad de un planeamiento común¹

Mario Huapaya Nava*
Ernesto Soto Chávez**

“Social sector leaders are not less decisive than business leaders as a general rule; they only appear that way to those who fail to grasp the complex governance and diffuse power structures common to social sectors” Jim Collins

SUMILLA

¿A quién compete solucionar el problema de la Regulación de Transporte Público en Lima y Callao? El siguiente artículo, realiza una interesante propuesta a fin de articular bajo una sola entidad las políticas de Transporte Público urbano, coordinando la regulación de la materia en los tres niveles de gobierno, con el objetivo de diseñar, implementar e integrar un sistema eficiente de Transporte Público urbano y de mercancías, que se complemente con el resto de políticas públicas de infraestructura vial que nuestra capital necesita.

Es un deber esencial del Estado crear las condiciones que permitan el desarrollo integral y la mejora de la calidad de vida de la población como expresión de justicia social y fin supremo de la acción política. Entre esas condiciones aquellas que garanticen que la movilidad de las personas sea atendida de manera eficiente a través de una oferta de servicios de transporte y de gestión de la logística urbana de niveles de calidad y seguridad suficientes.

Sin embargo, tal empeño del Estado, específicamente para la zona conurbana de Lima y Callao, ha venido fracasando a partir de un sistema de transporte urbano enfrentado a graves problemas que este documento reseña y para cuyas soluciones se han aplicado políticas públicas en todos los niveles de gobiernos de manera poco articulada; y cada vez menos orientados a objetivos comunes. Así, basta repasar esfuerzos tales como los del Consejo de Transporte de Lima y Callao, la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Municipalidad Provincial del Callao,

la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas Carga y Mercancías (SUTRAN) el Instituto Metropolitano de Planificación (IMP) y la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, sobre las que convergen competencias compartidas y de necesaria coordinación.

En este sentido y para contribuir con la solución de los problemas que afectan el transporte de personas, y de mercancías en la zona conurbana de las provincias de Lima y Callao, este trabajo propone la posibilidad que el Gobierno Nacional promueva una gestión conjunta a partir de la existencia de una organismo técnico especializado creado por Ley, que coordine y concilie la planificación, ejecución y supervisión de las políticas públicas en materia de transporte urbano y así como el desarrollo urbano relacionado.

Nótese que la Constitución Política vigente dispone en su artículo 198° que La Capital de la República no integra ninguna región y que tiene

* Asociado del área de Derecho Administrativo y Regulatorio del Estudio Rubio, Leguía & Normand. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster in Public Administration. Maxwell School of Syracuse University 2011.

** Asociado del área de Derecho Administrativo y Regulatorio del Estudio Rubio, Leguía & Normand. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

¹ Un especial agradecimiento al valioso aporte de Fiorella Flores Menéndez.

régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM) y que de acuerdo con el artículo 34° de la Ley de Bases de la Descentralización (en adelante LBD)– Ley N° 27783 se reconoce también un Régimen Especial para la Provincia Constitucional del Callao por el que el gobierno regional y la municipalidad provincial mantienen excepcionalmente la misma jurisdicción, y ejercen las competencias y funciones que les corresponda conforme a Ley.

En el mismo sentido y como pieza fundamental de la coordinación de las funciones que asumiría la nueva entidad a cargo, debe recordarse que tanto la Municipalidad Metropolitana de Lima como la Municipalidad Provincial del Callao ejercen sus competencias únicamente dentro del ámbito de sus respectivas provincias, siendo que por efecto de la subsidiariedad institucional y, conforme al análisis que realizaremos, el Gobierno Central tiene la posibilidad de asumir las competencias que sean necesarias para brindar mejor la labor pública, sin dejar de lado la imprescindible cooperación y coordinación de los tres niveles de gobierno.

a. El Transporte Público y el desarrollo urbano

Desde siempre las sociedades han evolucionado hacia su bienestar mediante técnicas e inventos relacionados a su movilidad, tales como vías y vehículos de transporte, que además de facilitar su vida en comunidad, han sido la base fundamental para el desarrollo económico de los intercambios comerciales de productos y servicios. Así, los medios de transporte, en sus distintas manifestaciones se toman como actividades económicas rentables en sí mismos, dando paso al que conocemos como el servicio de transporte público.

Anotemos además que en términos económicos, el Transporte Público hace posible la reproducción de las fuerzas laborales a través del desplazamiento masivo de la mano de obra, contribuyendo al crecimiento de las grandes economías de escala y la productividad general de las ciudades² y en buena cuenta de los países a las que pertenecen y de sus distintas demarcaciones internas. El

transporte público, por tanto, es actualmente un asunto de gran interés público y una actividad fundamental para el desarrollo, por lo que en la mayoría de países está intensamente regulado como parte de políticas públicas y planificación de desarrollo urbano.

Sin embargo, a pesar de tratarse de un asunto global, no todos los países han desarrollado al mismo nivel sus comunicaciones y sistema de transporte. Precisamente, uno de los criterios que diferencia a países desarrollados de países en vías de desarrollo es el nivel de su infraestructura vial nacional y la eficiente movilidad de sus ciudadanos. Al estudio del tema se han avocado organizaciones internacionales como la Unión Internacional de Transporte Público (www.uitp.org), la Comunidad Europea y la Comisión Económica para América Latina, las cuales emiten recomendaciones y establecen líneas de acción en pro del desarrollo de sistemas de transporte sustentables y sostenibles, social y ambientalmente³.

Los desafíos de las sociedades en torno al Transporte Público son enormes y más aún cuando se vinculan al crecimiento de las ciudades y de la infraestructura que necesitan para soportarla. Así, en la actualidad, algunas de las características comunes entre los sistemas de transporte urbano en el mundo son la auto movilización, el rápido e irreversible crecimiento de las ciudades, la falta de infraestructura pública adecuada –las calles y aceras, medios de transporte- que proporcionen un adecuado soporte al agresivo crecimiento de las ciudades⁴, entre otros. En el Perú, además, el fenómeno de las grandes migraciones del campo a la ciudad y el alto grado de movilidad urbana han conllevado que los sistemas de Transporte Público urbano, en definitiva, se encuentren en crisis y necesitados de grandes reformas.

Respecto a ello puede afirmarse que existe una directa relación entre el crecimiento de las ciudades y el colapso del sistema de Transporte Público urbano y es que *“las ciudades son los motores de la economía. En ellas se concentran el 80% de la producción económica mundial. La movilidad eficiente en las ciudades crea oportunidades económicas y la integración social, permite el comercio y facilita el*

² <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1106/3/53121638.pdf>

³ COLMENARES GUEVARA, Igor José. Artículo “Desarrollo Sustentable y Sostenible de Sistemas de Transporte Público Urbano. Impacto en la Gerencia Organización y Liderazgo”. Año 2007. En: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/desarrollo-sistemas-transporte-publico-urbano/desarrollo-sistemas-transporte-publico-urbano.pdf>

⁴ KRUCKEMEYER, Kenneth E. Artículo “Recogiendo ideas: La importancia del estilo en la toma de decisiones sobre transporte público”. I Congreso Internacional sobre Desarrollo Humano, Madrid 2006. p. 2. En: [http://www.reduniversitaria.es/ficheros/KennethKruckemeyer\(e\).pdf](http://www.reduniversitaria.es/ficheros/KennethKruckemeyer(e).pdf)

acceso a mercados y servicios. *El rápido crecimiento de la población urbana – asociada con la expansión urbana – genera un mayor número de viajes todos los días en las ciudades, ejerciendo una importante presión sobre la infraestructura de transporte y los recursos naturales, particularmente en las economías emergentes*⁵.

Así, la situación actual es, claramente, el resultado del crecimiento urbano sin planificación previa, que se origina en la estructura misma de la sociedad y en su evolución histórica. En efecto, la dinámica del crecimiento de las ciudades depende de la convergencia de diversos factores demográficos, económicos, sociales, políticos y hasta tecnológicos, que de manera conjunta, hace que las personas se trasladen de un lugar a otro en busca de una mejora en su calidad de vida.

En el transcurso de pocos años el crecimiento urbano ha sido rápido y sin control en términos demográficos rebasando los límites posibles, y la capacidad de soporte de las ciudades, resultando ciudades desordenadas tanto en el aspecto urbanístico como en sus sistemas de transportes, lo cual ha generado tráfico incontrolable de vehículos, particulares y públicos, el incremento de la contaminación ambiental, malestar social generalizado, conflictos entre los distintos niveles de gobierno y la población que reclama decisiones políticas, y acciones concretas para cambiar esa situación actual y disminuir los efectos adversos de esta problemática.

Este es un fenómeno bastante similar que sucede tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. Sin embargo, frente a ello, lo que nos diferencia a unos de otros es la efectividad del tratamiento que se plantea para encontrar una solución conjunta. Debemos recordar que no se tratan de problemas aislados que deben ser resueltos de distintas maneras, sino de problemas dependientes e interrelacionados, que requiere un único e integral plan de desarrollo y el acuerdo de todas las entidades públicas y privadas relacionadas con el tema.

En general, la preocupación común de los gobiernos nacionales es o debe ser sin duda alguna, la búsqueda de planificación y establecimiento de

políticas adecuadas para minimizar los impactos sociales, económicos y ambientales que resultan adversos para la población al tener un sistema de transporte urbano endeble.

b. Los indicadores mundiales de desarrollo y los objetivos internacionales en materia de Transporte Público Urbano

A nivel internacional, existen ciertas entidades que presentan desafíos y recomendaciones sobre las políticas de transportes. Entre ellas tenemos a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁶, entidad que pertenece a las Naciones Unidas, comprometida a apoyar a los países pertenecientes a la región para que logren un desarrollo sustentable, es decir, un crecimiento con equidad y cuidando del medio ambiente⁷.

Asimismo, en el seminario de expertos gubernamentales de alto nivel llamado “Desarrollo pleno y políticas de transporte en América Latina”, desarrollado en noviembre de 2010 en Santiago de Chile, se han considerado que la construcción y mantención adecuada de la infraestructura de transporte es una condición imprescindible para el crecimiento de nuestros países, para la integración de nuestros territorios y economías, y para mantener una mayor cohesión social que haga posible un mejor bienestar de los ciudadanos.

Por otro lado, se recomienda que las inversiones en infraestructura de transporte tengan como objetivos mejorar la calidad de los servicios que se sustentan en esta infraestructura, afianzar la conectividad de los territorios y de las personas, para lo cual se requiere actualizar los planes maestros de transporte, y desarrollar planes nacionales de logística y movilidad que resultan las claves para impulsar el desarrollo del servicio de transporte urbano.

Con parte de ese mismo propósito, también es necesario construir una política institucional adecuada, lo que implica que los países dispongan de marcos legales e instituciones que apliquen sus políticas y medidas de modo transparente, estable y eficaz, conforme a objetivos de mediano y largo plazo. En el marco de una institucionalidad adecuada, se propone establecer los marcos regulatorios que las actividades del sector

⁵ Blog de ASINTRA. Federación Española Empresarial de Transporte de Viajeros. Artículo: “El G-20 reconoce la importancia del transporte público”. En: <http://www.asintra.org/blog/semanal/semanal-num-446/el-g-20-reconoce-la-importancia-del-transporte-publico/>

⁶ <http://www.eclac.org/>

⁷ Centro de Prensa: Comisión Económica para América Latina y El Caribe. En: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/8/32378/P32378.xml&xml=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/prensa/tpl/top-bottom.xsl>

transporte demanden para un desempeño eficiente de los agentes económicos⁸.

A su vez es necesario atraer e incrementar la inversión privada y resolver los problemas asociados a los reducidos espacios para el tráfico. Por último, recomienda capacitar a los funcionarios y técnicos, mejorar la selección y métodos de evaluación de los proyectos y mecanismos de evaluación, técnicos capacitados, y un enfoque multidisciplinario.

Es claro, entonces, que deben tomarse decisiones políticas difíciles al respecto para evitar el colapso del sistema en general. Los funcionarios tienen una gran tarea de promover proyectos que valoran la movilidad colectiva en vez de la movilidad individual; la solución al caos mundial en términos de movilidad urbana empieza por los viajes no motorizados y termina con avanzados sistemas de transporte público, pero en todos los casos, es necesario políticas públicas sofisticadas y suficientes.

c. Los diagnósticos y causas de los problemas en Transporte Público Urbano en Lima y Callao

Hemos indicado que el servicio de transporte terrestre es esencial en nuestra sociedad, pues existe una relación directa entre el desarrollo del Transporte Público (infraestructura y servicios) y el crecimiento económico de un país. Así, el transporte público, ordenado eficientemente, soporta el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho al libre tránsito, el desarrollo del comercio, la productividad y la competitividad, a la vez que ayuda a reducir los niveles de pobreza.

Sin embargo, en los últimos años, el Perú, principalmente Lima y Callao, han sido testigos del crecimiento acelerado del transporte público, tal como lo destaca el Anuario Estadístico 2010 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁹ (en adelante, MTC).

Según dicho documento, al año 2010, el número de empresas concesionadas que brindan el servicio de transporte terrestre de pasajeros en el ámbito nacional e internacional en el 2010 ascendió a 952, siendo mayor en 4% con respecto al número de empresas concesionadas el 2009.

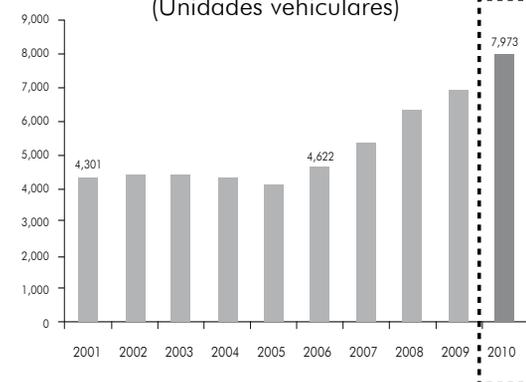
En términos específicos, dicho incremento se dio de manera sostenida en el periodo 2005-2010, principalmente en el número de empresas de transporte terrestre nacional, incrementándose desde 490 hasta las 943 las empresas concesionadas que brindan este tipo de servicio. De la misma forma, el MTC estima que entre enero y diciembre del 2010, 70.4 millones de personas se movilizaron por el territorio nacional usando el servicio regular de transporte terrestre interprovincial, resaltando el hecho que el 39% de estos pasajeros movilizadas lo hicieron desde o hacia Lima, ratificando que la ciudad capital es el eje principal del transporte en el país.

Es importante resaltar también que al 2010 la flota del transporte nacional de pasajeros estuvo compuesta principalmente por ómnibus (83%), camionetas rurales (15%), camionetas satino vagón (1.4%) y automóviles (0.6%). La cantidad total de flota registrada que brinda el servicio de transporte terrestre de pasajeros, tanto nacional como internacional ascendió en el 2010 a 7,973 vehículos.

Por otro lado, el incremento de la flota del transporte terrestre de pasajeros también fue constante en los últimos cinco años. Dicho incremento llegó a su punto más alto el 2010 con 7,973 vehículos registrados.

La flota se incrementó en la última década en 85%, mientras que en el último quinquenio lo hizo en 72.5%, tal como se desprende el gráfico siguiente:

Gráfico N° 1:
Parque vehicular de empresas de transporte de pasajeros, según ámbito y clase de vehículo, 2001-2010
(Unidades vehiculares)



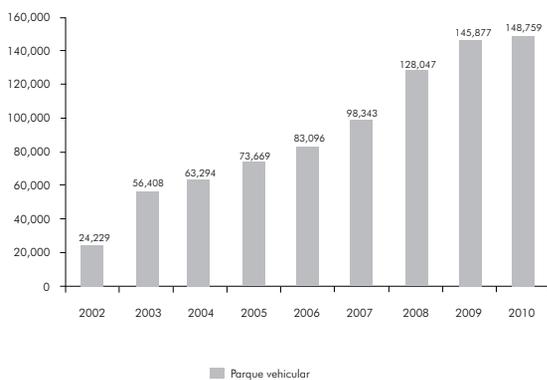
Fuente: Dirección Nacional de Transporte Terrestre - MTC
Elaboración: Oficina de Estadística - MTC

⁸ CEPAL – Naciones Unidas. Principales desafíos y recomendaciones sobre las políticas de transporte, que emanan del Seminario de expertos gubernamentales de alto nivel: “Desarrollo pleno y políticas de transporte en América Latina”, desarrollado el Lunes 14 de noviembre de 2010. Santiago - Chile. En: http://www.cepal.org/usi/noticias/noticias/0/45110/CEPAL—Principales_desafios_y_recomendaciones_Seminario.pdf

⁹ Ver documento en: http://www.mtc.gob.pe/portal/AE2010_REVISION_14_06_2011_V2 Rev.pdf. Última revisión efectuada el 15 de octubre de 2010.

De la misma forma, desde el 2005 hasta el 2010, el número de empresas de transporte y personas naturales autorizadas para brindar el servicio de transporte de carga se incrementó hasta llegar a los 56,504, correspondiendo a Lima y Callao más de la mitad del número total (25,199). Por su parte, el parque vehicular del transporte de carga al año 2010 asciende a 148,759 unidades vehiculares, tal como se aprecia a continuación:

Gráfico N° 2:
Parque vehicular del transporte de carga, 2002*-2010
(Unidades vehiculares)



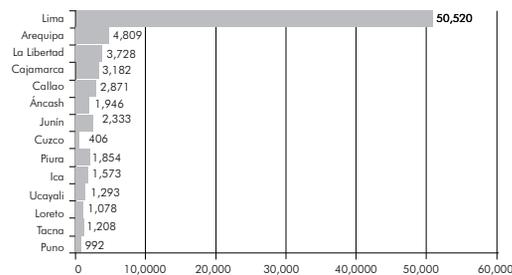
* No existen reportes del año 2001.
Fuente: Dirección General de Transporte Terrestre - MTC
Elaboración: Oficina de Estadística - MTC

Lamentablemente, el incremento del transporte público, estuvo acompañado del crecimiento, alarmante, del número de accidentes registrados en el país, particularmente en Lima. Así, por ejemplo, en el 2010 se registraron 83,650 accidentes de tránsito a nivel nacional, los que ocasionaron 52,572 víctimas; de los cuales 2,856 fallecieron (5.43%) y 49,716 quedaron lesionados (94.57 %) con diversos grados de ineptitud para el trabajo (mutilaciones, pérdida de órganos, discapacidades, etc.). Mientras tanto, en Lima Metropolitana, durante el 2010 se registraron 50,520 con un total 543 muertes y 25,136 heridos¹⁰, siendo Lima, por bastante margen, el departamento con mayor incidencia de accidentes de tránsito, tal como se aprecia en el gráfico N° 3.

Sin embargo, toda esta situación que afecta el Transporte Público no es nueva. Con anterioridad, la situación del transporte urbano en el Perú, particularmente, en Lima y Callao fue evaluada por múltiples entidades y todas coincidieron en describir a la infraestructura vial de la ciudad-red nacional administrada por la Municipalidad Metropolitana de Lima- como congestionada,

insuficiente y deficiente. Asimismo, describieron a los servicios de transporte como altamente informales, poco competitivos, de mala calidad (peligrosos e inseguros), contaminantes, con precios estancados, de altos costos sociales y desvalorizando permanente de la propiedad. Todo ello en un escenario donde disímiles y poco articulados modos de transportes para el caso del Transporte Público Urbano en Lima y Callao.

Gráfico N° 3:
Departamentos con mayor incidencia de accidentes de tránsito. Año 2010



Fuente: Direcciones Territoriales PNP
Elaboración: EMG - PNP / DIRPEP-División de Estadística

Por consiguiente, el incremento del Transporte Público en el país, aunque significativamente en Lima y Callao, ha significado también el incremento de algunas situaciones que perjudican el eficiente y ordenado desarrollo del Transporte Público Urbano en Lima y Callao, tales como aquellas descritas por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 137, entre las que ya figuraban las siguientes:

1. *Guerra por el centavo.* Al haber más vehículos de los necesarios, los transportistas se disputan violentamente los escasos pasajeros, situación que aumenta el riesgo de choques y atropellos.
2. *Precios estables.* No es posible que ningún transportista aumente sus precios, porque siempre habrá otro 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 sus unidades.
3. *Empleo de subsistencia.* Muchos operadores se ven obligados a trabajar más de doce horas para obtener lo suficiente para vivir. Esto provoca fatiga, estrés y la pérdida de la capacidad para conducir.

¹⁰ Fuente: PNP 2011.

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. Según el Plan Maestro de Lima y Callao, el porcentaje de taxis vacíos es de 26% (en el horario de 7:00 a.m. a 10:00 a.m.) y llega a 39% (en el horario de 11:00 a.m. a 14:00 p.m.). A su vez, esto provoca, además de contaminación, la disminución de la velocidad promedio en las vías y aumenta el tiempo promedio de los viajes.*"

Además de este incremento desordenado del transporte público, las causas que han originado estos problemas se encuentran en la débil institucionalidad –con un inadecuado marco regulatorio– y el escaso planeamiento y ausencia de sistemas de información y cultura de seguridad vial.

En el mismo plano, falta potenciar auténticos mecanismos para articular y coordinar el ejercicio de las funciones que les corresponde a los distintos niveles de gobiernos (nacional, regional y local), a veces de manera exclusiva y otras de manera conjunta, respecto del transporte público.

Dicho deber de coordinación está atribuido, originalmente, al Gobierno Nacional quien es el encargado de diseñar y ejecutar las políticas nacionales y sectoriales, pero alcanza con igual intensidad a los Gobiernos Regionales y Locales, pues son ellas quienes en el marco de sus competencias compartidas, deben ejercerlas sus funciones en concordancia con la política nacional y sectorial establecida.

En este escenario es perfectamente posible plantear la necesidad de contar con un ente público que articule, coordine y ejecute las políticas públicas del Transporte Público Urbano, particularmente en Lima y Callao que conforman una zona como urbana donde, conforme se ha descrito anteriormente, se desarrolla el sistema de Transporte Público de mayor alcance y los problemas del transporte urbano, identificados anteriormente, se agravan notoriamente respecto de las demás ciudades del país.

d. El compromiso del Perú en sus tres niveles de gobierno respecto al Transporte Público Urbano y el objetivo común de las Políticas Públicas sobre la materia

El tema específico del transporte y el desarrollo de las políticas nacionales al respecto dependen, en

primer lugar, del MTC quien tiene la visión de un país integrado con servicios e infraestructura de transportes de acceso universal y que atiendan satisfactoriamente a usuarios y operadores. En ese sentido, declara como su misión "impulsar y facilitar sistemas de transportes eficientes, seguros y competitivos, que contribuyan a la inclusión social, la integración y el desarrollo económico sostenible del país".

Debemos recordar que, anteriormente, el Transporte Público Urbano fue calificado por el Decreto Supremo N° 12-95-MTC Reglamento Nacional del Servicio Público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros, como un servicio público, dada sus características de interés nacional, necesidad y utilidad pública del servicio. Sin embargo, tal calificación fue eliminada por la Ley N° 27181 Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante, LTTT), por lo que actualmente el Transporte Público Urbano no tiene la condición de servicio público. Ello guarda relación con el Decreto Legislativo N° 651 que, en su oportunidad, declaró el libre acceso a las rutas de transporte urbano e interurbano en el marco de las reformas económicas que implementó el Perú para convertir el Estado en una entidad eficiente utilizando mecanismos de mercado para generar bienestar social antes que técnicas de intervención estatal intensas como el referido servicio público.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 00034-2004-PI/TC, de fecha 15 de febrero de 2005, se encargó de señalar que aun cuando no se trata de un servicio público, el Transporte Público sí reviste un especial interés general que justifica la potencial intervención del Estado en su regulación. En efecto, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

"43. (...) No obstante, aun cuando se le reste tal calificativo de manera expresa, ello no exime al Tribunal de reconocer que esta actividad económica reviste un especial interés público.

44. En ese sentido, se justifica 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 población. Por tanto, una potencial intervención Estatal en este supuesto también es aceptada, quedando únicamente por resolver el grado de intensidad permitido." (Subrayado nuestro)

Sin embargo, no cualquier intervención estatal en la vida económica de los particulares puede

resultar justificada; sino solo aquella coherente con los principios de la Constitución Económica y resulte necesaria, imprescindible y adecuada para los fines que se desea alcanzar en beneficio de la sociedad. Sobre la base de estos fundamentos, tanto el gobierno nacional, como los gobiernos regionales y locales participan en el compromiso común de establecer mecanismos de gestión eficiente del servicio de transporte urbano.

En ese sentido, debemos señalar que en la organización del Estado Peruano la Constitución Política ha previsto que el Poder Ejecutivo se encargue de la administración de los asuntos públicos del Estado y de interés general para la sociedad. Particularmente, el artículo 4° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE) ha establecido que el Poder Ejecutivo se encarga de “diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno”. Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno. A su vez, la política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada.

Desarrollando los preceptos constitucionales, la LOPE ha establecido que los Ministerios, quienes conforman el Poder Ejecutivo, ejercen sus funciones en respuesta a una o varias áreas programáticas de acción, las cuales son definidas para el cumplimiento de las funciones primordiales del Estado y para el logro de sus objetivos y metas. Es decir, los Ministerios son los entes encargados de diseñar y ejecutar las políticas sectoriales del Estado en concordancia con las Políticas Nacionales, siendo el Ministro el titular del sector correspondiente. Si bien los Ministerios diseñan y ejecutan dichas políticas, su cumplimiento alcanza a todas las autoridades del gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales, tal como lo establece el citado artículo 4° de la LOPE.

En ese sentido, la LOPE ha previsto la creación del MTC para diseñar y ejecutar las políticas sectoriales referidas, específicamente, a los sectores

transportes y comunicaciones respectivamente. En efecto, el artículo 3° de la Ley N° 29370-Ley de Organización y Funciones del MTC señala que el sector Transportes y Comunicaciones comprende el MTC y las entidades a su cargo, y aquellas instituciones públicas, organizaciones privadas y personas naturales que realizan actividades vinculadas a su ámbito de competencia.

En tal sentido, el MTC es competente de manera exclusiva respecto del servicios de transporte de alcance nacional e internacional. De la misma forma tiene competencias compartidas con los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, respecto de la infraestructura de transportes de alcance regional y local y servicios de transporte de alcance regional y local, circulación y tránsito terrestre¹¹. Entre los objetivos declarados del MTC se encuentran:

“Promover o proporcionar infraestructura vial, aérea y acuática adecuada, así como velar por que los servicios de transporte se brinden de manera eficiente, segura y sostenible.”

En concordancia con ello la LTTT que contiene los objetivos estatales respecto del transporte, señala que la acción del Estado en materia de transporte se orienta a “la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto”. De la misma forma, la norma establece los principios aplicables respecto del sector transportes, entre ellos se cuentan a la promoción de la inversión privada, la internalización y corrección de costos y la racionalización del uso de la infraestructura, incluyendo entre sus funciones, para el cumplimiento de tales objetivos y principios, la función normativa, de gestión y de fiscalización.

La obligación de todos los niveles de gobierno de cumplir las políticas públicas y sectoriales se deriva del hecho que el Perú es un Estado Unitario y Descentralizado, conforme lo prevén los artículos 43 y 189 de la Constitución Política. Respecto de este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El Estado de nuestro país es unitario, (...). (...); por más descentralización que exista, el gobierno no puede dejar de ser unitario. (...). Para no dejar dudas al respecto se ha señalado que “el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y

¹¹ Artículo 4° de la Ley N° 29370, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación¹².

En ese sentido, la autonomía que la Constitución Política reconoce a los Gobiernos Regionales y Municipales se traduce en capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad; pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual forma parte en todo momento. Ahora bien, del principio de unidad del Estado se deriva el principio de lealtad regional que ha sido definido por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

*“Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal*¹³.”

Entonces, los Gobiernos Regionales deben guardar lealtad regional con el gobierno nacional, esto es, un deber de cooperación en aras de cumplir las políticas nacionales y sectoriales establecidas. A contrario sensu, podríamos decir que el gobierno nacional está en condición de reclamar para sí un deber de cooperación de los gobiernos regionales respecto de las políticas nacionales o sectoriales que diseña y ejecuta, entre ellas, las dirigidas al sector transportes. En esa misma línea, el artículo 11° de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, LBD) establece que *“la normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República”*. Esto significa que los gobiernos regionales y locales ejercen las competencias que le confieren la Constitución Política, la LBD y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (en adelante, LOGR), normas que en conjunto forman el bloque de constitucionalidad para esta materia, en concordancia con la normativa

sectorial que ha diseñado e implementado el gobierno nacional a través del MTC.

Entre las competencias compartidas de los Gobiernos Regionales se encuentran la *“promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente”*. Asimismo, dando cumplimiento al principio de lealtad regional, el artículo 56° de la LOGR ha establecido que son funciones de los Gobiernos Regionales en materia de transportes las siguientes:

“Artículo 46°.- Contexto de las funciones específicas

Las funciones específicas que ejercen los Gobiernos Regionales se desarrollan en base a las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia.

(...)

“Artículo 56°.- Funciones en materia de transportes

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales.”

Como es posible apreciar, la fuerza del principio de unidad del Estado obliga a los gobiernos regionales y locales a formular sus planes y políticas en materia de transporte en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales que, para el caso del sector transportes, el Gobierno Nacional ha delineado, constituyéndose en una garantía para que el Estado Descentralizado funcione como un Estado unitario.

De la misma forma, en el caso de los Gobiernos Locales, la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM) define las competencias de estos en materia de transportes público, pero los sujeta a la regulación nacional que se haya efectuado, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 81°.- Tránsito, vialidad y transporte público.

Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

¹² Sentencia recaída en el expediente N° 003-2007-PC/TC.

¹³ Sentencia recaída en el expediente N° 006-2008-PI/TC.

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
(...)

1.2. *Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.*"

En suma, el desarrollo de las políticas y objetivos nacionales en materia de transporte urbano, así como sus componentes sectoriales, dependen del Gobierno Nacional, a través del MTC, quien se encarga de diseñarlas y ejecutarlas. Como parte de ese objetivo, los demás niveles de gobierno guardan un deber de cooperación respecto de la consecución de tales objetivos, de modo que sus propios planes y políticas se encuentran alienados con dichos objetivos, los cuales podemos resumirlos en los siguientes:

- Crear las condiciones para que haya ofertas de servicios de transportes competitivos en un mercado de leal y libre competencia.
- Proveer oportunamente y mantener en buen estado la infraestructura pública de transportes.
- Garantizar la demanda de un servicio de transportes en las zonas urbanas y conurbana
- Regular el tránsito de los medios de transportes y peatones.
- Velar por la seguridad de las personas y mercancías en los servicios de transportes.
- Proteger el medio ambiente.
- Institucionalidad con estructuras sólidas que soporten adecuadamente una gestión pública.
- Empresas que presten servicios de transportes de manera formal.
- Infraestructura pública en buen estado de conservación que promueva la competitividad y la integración de los pueblos.
- Servicios de transportes competitivos, de calidad y seguros.
- Transporte Público urbano de pasajeros eficaz, de buena calidad y seguro.
- Tráfico fluido en carreteras y ciudades.
- Población con cultura de seguridad vial.
- Actividades de transportes sostenibles.

Finalmente, cabe destacar que el Plan Estratégico Sectorial Multianual Sector Transportes y Comunicaciones 2012-2016 del MTC establecieron los "Lineamientos Estratégicos del Sector Transportes y Comunicaciones" incluyendo en materia de transportes los siguientes:

"Ampliar, conservar y modernizar la infraestructura de transportes de calidad y competitivos, que promuevan la inclusión social, la integración interna y externa del país y protección del medio ambiente.

Promover la competitividad y seguridad de los servicios de transportes, a través de la logística asociada al transporte, uso de tecnologías modernas y preservación del medio ambiente."

Asimismo, estableció los "Objetivos Estratégicos Generales y Específicos", entre ellos los siguientes:

"Contar con infraestructura de transporte que contribuya al fortalecimiento de la integración interna y externa, al desarrollo de corredores logísticos, al proceso de ordenamiento territorial, protección del medio ambiente y mejorar el nivel de competitividad de la economía.

Disponer de servicios de transportes seguros, eficientes y de calidad, incorporando la logística de transportes, preservación del medio ambiente e inclusión social."

Finalmente, como parte del Objetivos Estratégicos Específicos "Disponer de servicios de transportes seguros, eficientes y de calidad, incorporando la logística de transportes, preservación del medio ambiente e inclusión social", se ha previsto las siguientes acciones directamente vinculadas con el sistema del transporte urbano en Lima y Callao:

"-Promover la formalización e impulsar la prestación de servicios de transportes seguros, eficientes y competitivos.

-Fortalecer los mecanismos de supervisión y fiscalización de los servicios de Transportes.

- Gestionar el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Lima y Callao, a través del Metro de Lima - Buses.

- Crear y promover la implementación del marco institucional para ordenar el transporte urbano en Lima Metropolitana y el Callao.

-Reformar la normatividad del Sector para que la oferta de servicios se brinden con estándares internacionales de calidad y seguridad."

En el marco de estos lineamientos y objetivos, que guían las acciones de todos los niveles de gobierno, se sustentaría la existencia de una entidad que articule, coordine y, finalmente, ejecute las políticas ya acciones específicamente en el área conurbana de Lima y Callao.

e. Creación de una nueva Entidad que articule la política nacional e transporte terrestre en la zona conurbana de Lima y Callao

Conforme a lo expuesto la creación de una Entidad que articule la política nacional e transporte terrestre en la zona conurbana de Lima y Callao se encuentra plenamente justificada. La misma que funcionaría dentro del siguiente marco legal existente, con una misión principal de coordinar y promover las políticas públicas respecto de los servicios de transporte urbano de personas y mercancías, así como diseñar, implementar e integrar a las políticas públicas en materia de transporte urbano a las políticas de crecimiento de infraestructura vial ejecutada, impulsada y organizada por los tres niveles de gobierno.

e.1 A nivel constitucional

A nivel constitucional el transporte urbano no es un tema que haya sido abordado de manera explícita, sin embargo existen deberes del Estado y los derechos de los ciudadanos que tal cuerpo legal reconoce vinculados estrechamente con la infraestructura y los servicios de transporte público. Dichas condiciones han sido resaltadas por la Defensoría del Pueblo en su informe N° 137 referido al “Transporte Urbano en Lima Metropolitana: Un desafío en defensa de la vida”, y son los siguientes:

Deber general del Estado de protección de los derechos: De una lectura sistemática del artículo 1° de la Constitución Política que consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y el artículo 44° que establece que es deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se desprende el deber general del Estado de protección de los derechos fundamentales. En términos prácticos, como señala la Defensoría del Pueblo, ello implica para el Estado el deber de realizar las acciones que eviten la afectación de los derechos de las personas, “lo cual no se agota con la existencia de un orden normativo, sino que exige una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre ejercicio de los

derechos humanos”¹⁴.

Derecho a la vida: El artículo 2°, inciso 1, de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la vida. El núcleo esencial de este derecho incluye tanto una dimensión existencial y otra material que se identifica con la oportunidad para realizar el proyecto vivencial de acuerdo al sentido de vida de cada una de las personas. Evidentemente, este derecho se ve vulnerado, continuamente, en los accidentes de tránsito, cuyas cifras, cada vez más alarmantes, fueron descritas anteriormente.

Derecho a la salud y a la integridad personal: En el Perú, la salud, entendiéndola por ella al “estado de completo bienestar físico, mental y social”, es un derecho fundamental previsto en el artículo 7° de la Constitución Política que resalta por su vinculación con el derecho a la vida, en el sentido que una afectación de la salud puede devenir en la afectación de la vida misma. De allí que el Estado protege la salud y determina la política nacional al respecto garantizando el acceso a servicios de prevención, promoción y protección de la salud. De igual manera, la Constitución Política establece el derecho a la integridad moral, psíquica y física de las personas que se traduce en el derecho a la incolumidad corporal, esto es, la intangibilidad en la apariencia externa y la conservación de su estructura orgánica.

Lamentablemente, como dimos cuenta anteriormente, el incremento del transporte público, ha estado acompañado del aumento del número de accidentes en el país, particularmente en Lima Metropolitana donde solamente durante el 2010 se registraron 50,520 con un total 543 muertes y 25,136 heridos¹⁵ según cifras oficiales. Estos hechos también representan un peligro que amenaza la plena vigencia del derecho a la salud y a la integridad personal.

Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida: De acuerdo al artículo 2° inciso 22 de la Constitución Política toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este derecho

¹⁴ Informe Defensorial N° 137. Ver: http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_137.pdf. Última visita realizada el 18 de octubre de 2012.
¹⁵ Fuente: PNP 2011.

también se ve conculcado permanentemente por el incremento desordenado del tránsito vehicular ha significado un aumento de los niveles de contaminación del aire en Lima Metropolitana.

Así, según el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología - SENAMHI, durante el mes de febrero del año 2012, la concentración promedio de Polvo Atmosférico Sedimentable - PAS ($\Phi < 100$ micrometros) llegó a un promedio de 13,7 t/km²/mes, siendo inferior en 14,4% a lo registrado a similar mes del año anterior que fue 16,0 t/km²/mes, que comparado con la guía de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que considera como tolerable 5 t/km²/mes, el nivel de PAS registrado en el mes de enero fue 2,74 veces el standard de la OMS, registrándose índices mayores en algunas zonas críticas tanto de Lima como del Callao. El referido documento destaca que la zona crítica de más alta concentración de Polvo Atmosférico Sedimentable se produjo en El Agustino que alcanzó 33,9 t/km²/mes, siendo superior en 6,78 veces a lo recomendado por la OMS. Mientras que la zona de menor concentración de Polvo Atmosférico Sedimentable se dio en Bellavista al obtenerse un promedio de 3,5 t/km²/mes, inferior al valor guía de la OMS¹⁶.

Estos niveles de contaminación se explican en gran parte por las emisiones generadas por la actividad de transporte, debido a los altos niveles de azufre en los combustibles, dióxido de nitrógeno, entre otros.

Derecho a un servicio de calidad: El artículo 65° de la Constitución Política establece como deber del Estado, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. En concordancia con ello, la Ley N° 27181- Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, establece que la acción del Estado se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud. Al respecto, el Reglamento Nacional de Administración de Transporte, Decreto Supremo N° 09-2004-MTC, define a la calidad del servicio como un conjunto de cualidades mínimas en la prestación del servicio de transporte terrestre consistente en la existencia de condiciones de seguridad, puntualidad, higiene y comodidad, todo lo cual existe en función de la calidad de vida de los residentes de una ciudad.

Como refiere la Defensoría del Pueblo, la calidad del servicio guarda relación con el estado del vehículo y su antigüedad y la calidad del servicio se relaciona con el tiempo de viaje y la velocidad.

De acuerdo con el Plan Maestro de Transporte Urbano, para el Área Metropolitana de Lima y Callao, en el año 2004, la velocidad promedio fue de 16,8 km/h y el tiempo de viaje promedio fue de 44,9 minutos. Según proyecciones realizadas por dicha entidad, "si no hay algún proyecto que propicie una mejora en el servicio de transporte urbano, en el año 2025, la velocidad promedio será de 7,5 km/h y el tiempo de viaje promedio será de 64,8 minutos"¹⁷. Evidentemente, tales cifras y proyecciones perjudican la calidad del servicio de transporte que se brinda al usuario.

e.2 A nivel legal

A nivel legal las principales normas aplicables son:

- Ley N° 27181 - Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre.
- Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades
- Ley N° 27783 – LBD

Y especialmente refiriéndose a la fijación de tarifas:

- Decreto Legislativo N° 651 (25.07.91) que estableció la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país; y, en consecuencia, dispuso el libre acceso a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros, previa autorización de las Municipalidades Provinciales.
- Decreto Legislativo N° 669 (16.09.91) determinó desactivar y extinguir la comisión reguladora de tarifas de transporte.

A partir de ese marco jurídico se podría proponer la creación de un, eventual, régimen especial de transporte, cuyo ente rector sería una nueva entidad pública, con el objetivo de regular los servicios de transporte urbano de pasajeros personas y mercancías en la zona conurbana de Lima y Callao. La entidad que asuma la titularidad del régimen especial de transporte debería contar con capacidad de emitir de manera exclusiva en su ámbito de competencia vale decir para la zona conurbana que comparten Lima y Callao,

¹⁶ <http://www.inei.gob.pe/web/boletin/attach/13851.pdf>. p. 5. Última visita realizada el 18 de octubre de 2012.

¹⁷ Ídem. p. 47.

los reglamentos, directivas y normas de carácter general o particular aplicables a los intereses, obligaciones o derechos de quienes brindan servicios de transporte urbano de pasajeros personas y mercancías o actividades bajo su ámbito o de los usuarios de dichos servicios. Esta potestad sería, tal como funciona para la competencia normativa del MTC definida por la LGTTT, de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los Gobiernos Regionales o Locales dentro del Régimen Especial de Transporte, vale decir de Lima y Callao. Sería determinante también que la entidad cuente con la facultad de para emitir normas mediante las cuales pueda tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales y normas técnicas aplicables a su competencia.

Asimismo, debería contar con competencia de gestión que es definida por LGTT como la facultad que tienen las autoridades competentes para implementar los principios rectores y las disposiciones de transporte y tránsito terrestre. Estas competencias incluyen la administración de la infraestructura vial pública, la administración de la señalización, la gestión de tránsito, el registro de los servicios de transporte terrestre de pasajeros y mercancías, el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para la prestación de los servicios de transporte terrestre. Vinculado a ello, también se debe prever contar con potestades de fiscalización.

- (I) Respecto a la determinación de la competencia y el régimen especial de la zona conurbana de Lima y Callao

Para establecer dicho marco legal, sería particularmente importante concordar las diferentes competencias y funciones que tendría esta autoridad en relación con las competencias y funciones que actualmente ostentan entidades de los tres niveles de gobierno vinculadas al transporte urbano. Efectivamente, la LOM ha establecido en su título

preliminar que el Gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público.

Asimismo, respecto a la aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales estableció que los Gobiernos Locales están sujetos a las leyes y disposiciones que de manera general regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como, a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

La LOM establece además que las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad. Respecto a este tema LBD declarando que nuestro país se organiza en un Estado unitario establece claramente que el Gobierno Nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República; los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Municipales la tienen en su respectiva circunscripción territorial. En base a lo cual los niveles de gobierno ejercen sus competencias ya sean exclusivas o compartidas en materia normativa, de supervisión y otras.

En el ámbito Nacional cabe recordar que el MTC, en el ámbito del sector transportes a su cargo incluye, para los efectos de este documento, la **infraestructura de transportes** relativa a carreteras y caminos, y **los servicios** de (i) Transporte Público y privado de pasajeros, carga y mercadería (ii) Transporte interprovincial, rural y urbano y (iii) Transportes en vehículos automotores. Siendo responsable además de regulaciones complementarias para los conductores y vehículos, así como del tránsito de las personas. Referido al tema de infraestructura el MTC ha declarado como objetivo además del impulso de grandes ejes nacionales el mejoramiento de las redes departamentales y vecinales, así como la integración de medios como el metro de Lima¹⁸.

¹⁸ Respecto a este tema y debido a la enorme complejidad que reviste y a la inmensa casuística de la dinámica entre los distintos niveles de gobierno se ha pronunciado a propósito de diversos casos el Tribunal Constitucional quien ha desarrollado una sólida jurisprudencia en el sentido de existen políticas nacionales a las que no se pueden oponer y más bien tienen que conciliar las políticas regionales y municipales. Así, en la sentencia recaída en los expedientes acumulados N° 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC estableció la obligación de los gobiernos regionales de sujetar al marco de las políticas nacionales y sectoriales de desarrollo:

"41. En tal medida, el ejercicio de las competencias de los gobiernos regionales deberá de realizarse en los términos que establece la Constitución y las leyes orgánicas, "preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación" (artículo 189° de la Constitución), coordinando "con las municipalidad sin interferir sus funciones y atribuciones" (artículo 191° de la Constitución). En suma, en "armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución)." (Resaltado agregado)

Porsu parte para el caso particular de la Municipalidad Metropolitana de Lima se establece que ésta tendrá un régimen especial, de conformidad con el artículo 198° de la Constitución. Dicho régimen especial otorga a la Municipalidad Metropolitana de Lima conforme al artículo 33° de la Ley de Bases de la Descentralización, competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional. La jurisdicción exclusiva de la Municipalidad Metropolitana de Lima alcanza a la provincia de Lima en materias municipales y regionales.

La Ley de Bases de la Descentralización también ha establecido un régimen especial para la Provincia Constitucional del Callao por el que el Gobierno Regional y la Municipalidad Provincial mantendrán excepcionalmente la misma jurisdicción, y ejercerán las competencias y funciones que les corresponda conforme a Ley.

Es el caso que aunque se ha definido regímenes especiales ambos tienen estrictamente establecida sus competencias en sus jurisdicciones definidas por sus límites territoriales; por lo que, existe una zona conurbana que ambos comparten, y que naturalmente también el servicio de transporte urbano que cubre ambas circunscripciones geográficas.

Esta situación como se explicó antes genera serios problemas en la calidad del servicio la misma que podría empezar a solucionarse con la creación de un posible régimen especial de transporte el mismo que tendría como objetivo la regulación de los servicios de transporte urbano de pasajeros personas y mercancías en las provincias de Lima y Callao, cuyo ente rector tendría y/o podría ser una nueva entidad creada por el gobierno nacional.

Respecto al fenómeno de municipalidades conurbanas la LOM ha dispuesto expresamente, los servicios públicos locales que, por sus características, sirven al conjunto de la

aglomeración urbana, deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas, de modo que se asegure la máxima eficiencia en el uso de los recursos públicos y una adecuada provisión a los vecinos. La creación de una nueva entidad sería en buena cuenta una expresión del previsto y necesario mecanismo de coordinación.

Anotemos que no se trataría de un régimen especial transitorio al que hace referencia el artículo 75° de la LOM por cuanto no se toman a favor de la nueva entidad ninguna competencia exclusiva de la Municipalidad sino únicamente se reconoce un ámbito superior que al incluir dos regiones requiere una regulación conjunta en este caso por una entidad del gobierno nacional pero que integran representantes de ambos gobiernos (metropolitano de Lima y provincial del Callao). De la misma forma habría que descartar la posibilidad prevista en el artículo 152° que se refiere a casos de discrepancias por el fenómeno de conurbación provincial, donde se dispone que la decisión final corresponde a la MML, dado que no se trata de conflictos sino únicamente de una entidad coordinadora. En ese sentido, la nueva entidad por crearse sería una entidad con facultades vía normativa, de gestión y fiscalización que tomaría a cargo una regulación única y coordinada para lograr políticas públicas conciliadas sobre la materia, de mejores resultados que los hasta ahora logrados. Anotemos que de acuerdo al artículo 75° de la LOM, las municipalidades están obligadas a informar y realizar coordinaciones con las entidades con las que compartan competencias y funciones, antes de ejercerlas.

En ese mismo sentido, respecto al rol que tendría una entidad del Gobierno Nacional en temas como el transporte urbano en el que compartiría algunas funciones para un ámbito o jurisdicción mayor en general, como es la zona conurbana de Lima y Callao, a nivel legal se ha establecido en

Más recientemente, en la reciente sentencia recaída en el expediente N° 0001-2012-PI/TC, conocida como el Caso Conga, el Tribunal Constitucional ha reiterado la obligación de los demás niveles de gobiernos de ejecutar sus acciones y desarrollar sus propios planes y políticas en concordancia con la política y planes nacionales. Literalmente, señaló lo siguiente:

“12. Como ya ha sido establecido en la jurisprudencia de este Tribunal, si bien el Estado Peruano es unitario (artículo 43° de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales. En efecto, ha sido ampliamente explicitado en la STC N° 0020-2005-PI/TC que el Estado peruano es unitario y descentralizado. Y conforme lo expresa el artículo 191° de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa. No obstante, de acuerdo al artículo 192°, tal autonomía debe ser ejercida “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.” (Resaltado agregado)

En suma, se reconoce que los gobiernos regionales y locales cuentan capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad; pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual forma parte en todo momento, de acuerdo al principio unitario del Estado Peruano.

la LBD que el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales y Locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.

Recordemos que el artículo V del Título Preliminar de la LOM ha dispuesto expresamente que en el marco del proceso de descentralización y conforme al criterio de subsidiariedad, el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, siendo que el Gobierno Nacional podría asumir competencias

que puede cumplir más eficientemente que los otros niveles de gobierno.

También la propia LTTT estableció expresamente en su artículo 14° respecto a la asignación de las competencias que estas se ejercen con observancia de los Reglamentos Nacionales y que aquellas que no sean expresamente asignadas por la presente Ley a ninguna autoridad, corresponden exclusivamente al MTC, que representaba en el contexto de tal norma al Gobierno Nacional. La nueva entidad propuesta tomaría por tanto tal representación.

La Regulación del Transporte Público en Lima Metropolitana e INDECOPI: A propósito de una discutible Resolución en materia de Barreras Burocráticas¹

Alonzo Jiménez Alemán*

SUMILLA

El autor nos revela su posición respecto a las implicancias que conlleva el reordenamiento del transporte público en Lima. En esta oportunidad, hace referencia a la postura de cierto sector de empresas del transporte público respecto a las decisiones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, no sin antes conceptualizar la institución jurídica de la revocación, haciendo referencia a una serie de ordenanzas que están relacionadas y, asimismo, criticando una resolución discutible de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI.

1. Introducción

Como es de público conocimiento, la reforma en el servicio de transporte público² en la ciudad capital ha dado síntomas de ir por buen camino, a pesar de las dificultades que se vienen presentando con ocasión del cambio. Así pues, esta reforma comprende la implementación, fomento y desarrollo de servicios de transporte masivo, como el COSAC I (Corredor Segregado de Ómnibus de Alta Capacidad), conocido comercialmente como de “El Metropolitano”, sistemas cuyas características operativas principales son lo masivo del servicio, racionalización del tiempo, paraderos definidos, integración de servicios, integración tarifaria, macro transportación, vías principalmente segregadas con pequeños tramos mixtos³.

Así, atendiendo a que “El Metropolitano” es el primer proyecto de transporte masivo en la ciudad, a través del marco normativo se dispuso reducir o eliminar la coincidencia de recorridos existente entre el correspondiente COSAC I y el de las empresas autorizadas para prestar el servicio de transporte público regular de pasajeros. La finalidad de esta medida fue precisamente fomentar el desarrollo y operación de “El Metropolitano” como servicio masivo, mediante el cual la población pueda trasladarse en tramos cortos, medianos o largos. El trasfondo de dicha medida se centra en privilegiar la prestación de servicios de transporte más eficientes, en el que se produce un mejor uso de la infraestructura vial, mejores vehículos, reducción de tiempo en los recorridos; así como, asegurar las inversiones realizadas a los concesionarios toda vez que es una concesión autosostenible⁴.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Agradezco los aportes académico de la doctora María Jara Risco, y el doctor Luis Fernando Vilela García. Asimismo, aprovecho en hacer una mención especial al doctor Joaquín Vásquez Córdova, quien desinteresadamente ha aportado al presente trabajo valiosos datos y reflexiones.

² La referencia a transporte público incluye todos los servicios de transporte cuya gestión corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima: Transporte regular de personas, servicio de taxi, servicio de transporte escolar, servicio de transporte de carga, servicio de transporte escolar, servicio de transporte en vehículos menores (mototaxi). La reforma involucra un cambio en el sistema regulatorio y en la gestión de cada uno de los mencionados servicios. Para ver más sobre el diagnóstico del transporte urbano en Lima Metropolitana, recomendamos revisar: AGENCIA de Cooperación Internacional de Japón -JICA. *Plan Maestro de Transporte Urbano para el Área Metropolitana de Lima y Callao en la República del Perú*. Lima: s/e, 2005.

³ Este sistema es conocido internacionalmente como sistema BRT o “Bus Rapid Transit”.

⁴ En la línea de lo expuesto, la Corporación Andina de Fomento ha descrito muy bien la reforma en el transporte público que han venido promoviendo países de América Latina como Chile, Colombia y Perú. Así pues, concretamente, entre otros comentarios, dispuso lo siguiente:

“En los últimos años ha tenido lugar una tendencia en América Latina hacia la reforma y modernización del transporte público que procura reorganizar los sistemas convencionales, caracterizados por la fragmentación y por sistemas integrados que incorporan modos masivos en los tramos de mayor densidad. La reestructuración de las redes de transporte colectivo ha sido una de las

No obstante ello, un pequeño grupo de empresas de transporte vienen cuestionando las decisiones de la Municipalidad Metropolitana de Lima consistentes en modificar el recorrido autorizado de las empresas de transporte, *so pretexto* de estar frente a un supuesto de revocación, que exige: (i) la realización de un procedimiento de revocación, de acuerdo a lo exigido por la Ley N° 27444; (ii) análisis de la indemnización por el presunto perjuicio económico.

Ante ello, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (en adelante “la CEBB”) ha resuelto declarar fundada la primera denuncia interpuesta por la empresa de Transportes y Servicios Especial Solidaridad, mediante Resolución N° 0103 2012/CEB-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 000182-2011/CEB, en tanto considera estar frente a un supuesto de revocación, que ameritó la realización de un procedimiento, y el otorgamiento de una indemnización económica.

El presente artículo tiene por objeto analizar conceptualmente la institución de la revocación a la luz de lo acontecido en el presente caso, lo cual nos servirá para entender algunos alcances de la reforma del transporte, y las particularidades que exige una regulación especial para el transporte público urbano. Asimismo, se abordará el argumento planteado por la

Comisión, respecto a la carencia de habilitación legal para establecer condiciones a los títulos habilitantes por parte de la Municipalidad Metropolitana.

2. Las autorizaciones del servicio de transporte y la implementación de nuevos proyectos de transporte: una situación prevista y conocida por las empresas de transporte

Desde el año 2004, sobre la base de estudios acerca de racionalización de rutas, mediante Ordenanza N° 682 se declaró la intangibilidad y reserva de las áreas que estaban destinadas al Programa de Transporte Urbano de Lima⁵, constituidas principalmente por las vías expresas, arteriales y colectoras que ocuparía el COSAC I (“El Metropolitano”), tales como parte de la avenida Túpac Amaru y otras precisadas en el Anexo 1 de la precitada norma⁶. Asimismo, la referida ordenanza facultó a la Dirección Municipal de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima (hoy Gerencia de Transporte Urbano –en adelante GTU-) a racionalizar la oferta del servicio público de transporte en las áreas intangibles no ocupadas por el COSAC I **que se encontraran ubicadas dentro de una distancia de 400 metros a dicho corredor**⁷. Dicha norma dispuso expresamente lo siguiente:

principales fórmulas implementadas en numerosas ciudades de la región, para integrar los corredores troncales –sobre los que se consolidan flujos masivos de pasajeros– con otras rutas alimentadoras, disponiendo de una creciente articulación entre los servicios, la incorporación de nuevas tecnologías de transporte y la coordinación en el modo de pago.”

Para ver más, revisar el siguiente documento: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF). La Infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina. Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria. Bogotá: CAF, 2011, p. 57.

⁵ Artículo 1°. - Declaración de intangibilidad

Declárese como zonas intangibles y de reserva las áreas incluidas dentro del Derecho de Vía de las vías expresas, arteriales y colectoras en las que se ubica el Corredor Segregado de Ómnibus de Alta Capacidad (COSAC I), señaladas en el Anexo I de la presente Ordenanza, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia.

⁶ Por ejemplo: la vía arterial Caquetá en el tramo comprendido por el intercambio vial de la Av. Túpac Amaru y Vía de Evitamiento.

⁷ Respecto a este tipo de medidas el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia recaída en el expediente N° 03205-2007-PA/TC, en la cual se resolvió una demanda de amparo interpuesta por un ciudadano contra la Municipalidad Distrital de San Isidro por haber decretado (mediante Ordenanza) la suspensión de otorgamiento de Licencia de Funcionamiento en el distrito, hasta que se emita la normativa reglamentaria sobre el otorgamiento de Licencias de Funcionamiento en dichas áreas (zonas monumentales). Al respecto el Tribunal resolvió declarar fundada la demanda, no obstante ello indicó que en dichos casos podían otorgarse autorizaciones temporales, contemplando las cargas que recaerían en los locales de dichas zonas. Expresamente indicó lo siguiente:

“Siendo ello así, a fin de no lesionar los derechos fundamentales de la demandante, y en tanto no se apruebe dicha actualización, la Municipalidad de San Isidro deberá continuar tramitando las solicitudes de licencia de funcionamiento que se le presenten o, en su defecto, puede otorgar licencias provisionales y, en todo caso, en estas licencias establecer límites para las actividades que se pretenden realizar. Así ya lo ha señalado este Supremo Tribunal en la STC N° 00017-2006-PI/TC, aplicable *mutatis mutandis* al caso de autos, al establecer que cuando:

“(…) la municipalidad emplazada advierta que la zonificación de determinadas áreas vaya a ser modificada con la aprobación de los planes presentados a la Municipalidad Metropolitana de Lima, de dónde corresponde que dicha corporación adopte las medidas necesarias para evitar crear caos o confusión, que podría afectar derechos fundamentales o la seguridad jurídica; en ese sentido, puede otorgar licencias provisionales o establecer límites para las actividades que se pretenden realizar, para que el contribuyente tenga conocimiento oportuno y preciso de los cambios que podrían producirse y de cómo aquellos podría afectarlo”. (Fundamento jurídico N° 15).

En razón de lo expuesto por el Tribunal Constitucional es totalmente válido y ajustado a la Constitución el otorgar autorizaciones provisionales tomando en cuenta las particulares circunstancias de la materia. En ese sentido, debe interpretarse que este tipo de medidas tiene por objeto “engazar” el cambio de sistema regulatorio, conforme a las exigencias y necesidades del sector.

Artículo 4º.- *Administración de los servicios públicos de transporte de pasajeros en la zona de intangibilidad*

(...)

4.2. *La Dirección Municipal de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima (DMTU) ejerce las siguientes funciones:*

a) *Otorgar las concesiones, autorizaciones y permisos del servicio público de transporte que se preste dentro del resto de las áreas intangibles no ocupadas por el Corredor Segregado (vías laterales o secundarias) y dentro de los cuatrocientos (400) metros de distancia a cada lado de aquel, previa opinión favorable de PROTRANSPORTE DE LIMA. En estos casos deberá procurarse racionalizar la oferta del servicio público de transporte, observando, adicionalmente las condiciones mínimas de calidad y seguridad.*

Es decir, desde el año 2004, todos los operadores del servicio de transporte regular de personas en el ámbito de Lima Metropolitana no eran titulares de un derecho amplio e irrestricto sobre los recorridos autorizados que coincidieran con el COSAC I o se encontraran aledaños a tal corredor, sino que el tránsito por ellos se encontraba **condicionado a las medidas de racionalización que adoptara la GTU.**

En ese contexto se han venido realizando renovaciones a las autorizaciones para la prestación del servicio de transporte regular, dentro de las cuales encontramos la Ordenanza N° 782 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de junio de 2005, por la cual se facultó a la GTU a prorrogar las autorizaciones que vencieron el 31 de diciembre de 2004, hasta el 30 de junio de 2007 o "hasta la puesta en marcha de un proyecto estratégico de la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transporte que afecte directamente la ruta autorizada." Es decir, desde la vigencia de esta norma se conoce las condiciones de los títulos habilitantes otorgados por la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transporte regular de pasajeros.

Atendiendo a ello, la regla era clara: no se estaba otorgando un título autoritativo amplio e irrestricto para prestar el servicio en una determinada ruta; por el contrario, la vigencia del nuevo permiso estaba condicionada a que la ruta autorizada respete los planes urbanos, es decir no colisione o interfiera con un proyecto metropolitano, en nuestro caso puntual "El Metropolitano". Ello quiere decir que los derechos conferidos a los transportistas se encontraban limitados por la implementación

y ejecución de los proyectos estratégicos en materia de transporte a cargo de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Sobre el particular, el artículo 8º de la Ordenanza bajo comentario estableció que las rutas podían ser modificadas por iniciativa de la GTU. Asimismo, la Primera Disposición dispuso que la prórroga obligaba a las empresas a cumplir con las disposiciones que emitiera dicha gerencia. Las precitadas normas señalaron expresamente lo siguiente:

Artículo 8º.- *No proceden las solicitudes de modificación de ruta. Cualquier modificación a la ruta solo podrá ser efectuada por iniciativa de la Dirección Municipal de Transporte Urbano.* (...)

Primera.- *La prórroga de las autorizaciones dispuestas de conformidad con la presente Ordenanza, obliga a las empresas de transporte a cumplir con todas las normas aplicables y las disposiciones que emita la Dirección Municipal de Transporte Urbano*" (el subrayado es nuestro).

La mencionada autorización fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2007 (al amparo de la Ordenanza 1006) y hasta el 31 de diciembre de 2009 (al amparo de la Ordenanza 1009), bajo las mismas condiciones. Es decir, los derechos otorgados se encontraban condicionados a la implementación del programa de racionalización de la oferta de transporte público. Las precitadas normas señalaron explícitamente lo siguiente:

Ordenanza N° 1006

Artículo 1º.- *Facúltese a la Gerencia de Transporte Urbano a prorrogar las autorizaciones para prestar el servicio de transporte público urbano e interurbano de pasajeros a las empresas de transporte que se encuentren comprendidas en el artículo segundo de la presente Ordenanza, hasta el 31 de diciembre de 2007 o hasta la implementación del programa de racionalización de la oferta de transporte público, lo que ocurra primero*" (El subrayado es nuestro).

Ordenanza N° 1009

Artículo 1º.- *Prorróguese las autorizaciones vigentes otorgadas en el marco de las Ordenanzas N° 1006-MML y N° 627-MML, para prestar el servicio de transporte público a las actuales empresas de transportes en las rutas que vienen operando, hasta el 31 de diciembre del 2009 o hasta la implementación del Plan de Rutas, lo que ocurra primero*" (El subrayado es nuestro).

Estando a lo expuesto es claro que desde el 2004 se estableció un sistema de transición, de naturaleza temporal, cuya finalidad era permitir el tránsito del régimen anterior a un nuevo sistema que permitiera reordenar el transporte urbano. Ese sistema tenía límites expresos y transparentes que condicionaban todas las autorizaciones que se iban otorgando a posibles cambios (como quien advierte que en el propio título habilitante que el mismo podrá ser revocado por proyectos públicos programados en una determinada zona). Se verifica que el sistema no desconoció derechos otorgados con anterioridad. De haber sido así efectivamente podría haberse dado la figura de revocación.

Así pues, el sistema temporal partía de la conciencia de evitar cambios radicales o intempestivos que afectaran a los transportistas. Es así que el sistema fue paulatinamente advirtiendo a los administrados, por medio de normas públicas y expresas, que los nuevos títulos habilitantes estaban sujetos a las decisiones que se fueran tomando en la transición hacia el nuevo sistema dirigido a reordenar el transporte. Los transportistas sabían que el recorrido autorizado podía ser modificado o, incluso, las autorizaciones podían ser dejadas sin efecto.

En esa línea es importante mencionar que en el año 2008, mediante la precitada Ordenanza N° 1009, de conformidad con las disposiciones que se venían implementando desde el año 2004, se emitió el título autoritativo que hizo expresa referencia a que la vigencia de la autorización que se prorrogaba tenía un límite temporal sujeto a un plazo o a una condición (la implementación de los sistemas de transporte de alta capacidad), **“lo que ocurra primero”**.

Cabe indicar que la propia Comisión de Acceso al Mercado mediante Resolución N° 00145-2004/CAM-INDECOPI del 16 de septiembre de 2004, ratificada por la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI en la Resolución N° 343-2005/TDC-INDECOPI del 23 de marzo de 2005, ha dispuesto que la Municipalidad Metropolitana de Lima es competente y se encuentra facultada para planificar regímenes de transición que le permitan garantizar el desarrollo de licitaciones sobre rutas objeto del servicio de transporte regular de personas, así como la continuidad en su prestación

(cuestión ineludible debido a la naturaleza del servicio), a través de habilitaciones temporales que no impliquen una renovación del título habilitante conferido. Expresamente la Comisión dispuso lo siguiente:

*En tal sentido, de acuerdo a las competencias de la municipalidad que le permiten planificar y regular el transporte público y emitir normas y disposiciones, así como realizar los actos necesarios para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito, **resulta ajustado a Ley que la municipalidad pueda legítimamente planificar las siguientes licitaciones para las rutas de acceso restringido cuyas concesiones han vencido, disponiendo del tiempo necesario para llevar a cabo dicha planificación y, por lo tanto, que también pueda establecer un régimen de excepción o transición que le permita a la vez de llevar a cabo la referida planificación, garantizar la continuidad de la prestación del servicio en el tiempo en que culmina una concesión y empieza otra.***

En efecto, la municipalidad podría asegurar la continuidad en la prestación del servicio permitiendo que la empresa que lo venía prestando en virtud a una concesión siga prestando el servicio en forma excepcional, sin que ello implique una renovación de la concesión conferida” (el resaltado es nuestro)⁹.

En ese contexto, el 15 de agosto de 2008 se otorgó la concesión de la operación del servicio de transporte de pasajeros mediante buses troncales y alimentadores en el COSAC I.

Es imprescindible denotar lo establecido en la Ordenanza N° 1338-MML, norma que reguló la prestación del servicio de transporte regular de pasajeros, norma vigente al momento de la modificación de los recorridos, la cual en su Primera y Décimo Séptima Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, **dispuso que las autorizaciones podían ser dejadas sin efecto automáticamente si éstas intervenían con los proyectos metropolitanos y/o concesiones de transporte creadas o por crearse**⁹. Las normas antes señaladas disponen expresamente lo siguiente:

⁹ En doctrina este tipo de condiciones en los títulos habilitantes es conocido como “cláusulas de precario”. DESDENTADO DAROCA sostiene que las cláusulas de precario no constituyen un supuesto de revocación, ya que la extinción del acto no se debe a la injerencia externa de la Administración, sino que forma parte de su propio contenido. Esto explica que no haya lesión patrimonial. Para ver más sobre este tema recomendamos leer: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “La autorización administrativa”. Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 238-240.

“PRIMERA.- La Autorización de Servicio se otorgará con una vigencia no mayor de diez años, a partir del 01 de enero del 2010; estando supeditada la autorización al ordenamiento del transporte y tránsito de Lima Metropolitana, debiendo ser automáticamente dejada sin efecto si interfiere con los proyectos metropolitanos y/o concesiones de transporte creadas o por crearse y con la adecuación que establece la presente Ordenanza”.

“DÉCIMO SÉTIMA.- Disponer que el plazo de vigencia de las autorizaciones de servicio establecidas en la presente Ordenanza, se encuentran condicionadas a la implementación de proyectos de transporte de carácter metropolitano, creados o por crearse, entendiéndose todos los proyectos establecidos en el artículo 6° de la presente Ordenanza” (El subrayado es agregado).

Atendiendo a ello, y con el objeto de implementar progresivamente las reglas de juego establecidas, se ratificó la facultad de la Gerencia de Transporte Urbano para modificar de oficio el recorrido autorizado a las empresas de transporte cuyas rutas se superponían en más del 20% con el del COSAC I. Ello se dispuso en el numeral a) de la Tercera Disposición Complementaria de la Ordenanza N° 1538, “norma que regula las nuevas habilitaciones por incremento de flota vehicular para prestar el servicio de transporte, dispone especificaciones técnicas de vehículos y regula otros aspectos en materia de transporte urbano en Lima Metropolitana”. Dicha norma señala expresamente lo siguiente:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

Tercera.- Complémntese lo dispuesto en la Ordenanza N° 682, que declaró como zonas intangibles y de reserva las áreas incluidas dentro del Derecho de Vías de aquellas en las zonas que se ubicaría el Primer Corredor Segregado de Alta Capacidad – COSAC I; por lo que en el ejercicio de sus competencias, la Gerencia de Transporte Urbano de Lima podrá:

a) Modificar de oficio el itinerario de las Fichas Técnicas de las rutas cuando por lo menos una de ellas se superponga en un 20% o más al recorrido del Corredor Segregado, y que su fusión elimine la superposición total al corredor” (el resaltado y el subrayado es nuestro).

3. Análisis acerca de si las modificaciones realizadas involucran revocaciones parciales a los títulos habilitantes otorgados

Como señalamos en la introducción, la CEBB consideró que la modificación del recorrido a la Empresa de Transportes Especial Solidaridad involucraba la revocación parcial (modificación) del acto autoritativo. Expresamente defendió dicha posición en razón de los siguientes fundamentos:

17. Conforme al precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala, la actuación de la MML se encuentra dentro de los supuestos de “revocación”, toda vez que se han modificado los derechos conferidos con anterioridad a la denunciante. En tal sentido, la MML se encontraba obligada a seguir el procedimiento regulado en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444.

18. Al respecto, la MML señala que no se encuentra obligada a cumplir con el procedimiento de revocación toda vez que el marco legal vigente al momento en que se renovó la autorización de la denunciante (Ordenanza N° 1338-MML) establecía que la misma quedaría sin efecto si se interfiriese con los proyectos metropolitanos y/o concesiones de transporte creadas o por crearse y que el plazo de vigencia de las autorizaciones de servicio se encuentra condicionado a la implementación de proyectos de transporte de carácter metropolitano creados o por crearse.

19. Con relación a ello, debe precisarse que las disposiciones invocadas por la MML, establecidas en la Ordenanza N° 1338, **son aplicables a los supuestos de cancelación de autorizaciones de ruta más no cuando se modifica la misma como ha sucedido en el presente caso, por lo que no corresponde considerarlas aplicables al caso de la denunciante”** (el resaltado y el subrayado es nuestro).

Al respecto debemos señalar que la Comisión incurre en error, ya que -como se demostrará-, el procedimiento que concluyó con la modificación de recorrido es totalmente distinto al procedimiento de revocación preceptuado en el artículo 203° de la LPAG, considerando los términos de la norma, y lo establecido en la doctrina, y en el propio precedente de revocación emitido por la Sala 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

Antes de iniciar el analizar de fondo comencemos refutando los únicos argumentos de la CEBB. Indican

que son de aplicación los supuestos de la Ordenanza N° 1338-MML en tanto se aplican exclusivamente para cancelaciones y no para modificaciones. En este punto debemos señalar que ese argumento carece de fundamento por los siguientes motivos:

1. Tal como señalamos, de acuerdo con lo establecido en la Ordenanza N° 782-MML y 1538-MML, la GTU tiene facultades para modificar de oficio las autorizaciones, en el marco del proceso de racionalización de las rutas, vinculadas al COSAC I.
2. Estando incluso facultados para cancelar la autorización se decidió por la medida menos lesiva a los intereses del administrado: la modificación de la ruta hasta el máximo de superposición o coincidencia de recorrido. Este criterio es afín con la lógica y la metodología utilizada por la CEBB para el análisis de barreras burocráticas¹⁰.

Ahora bien, respecto al análisis de la institución de la “revocación” y su aplicación al caso en concreto, en primer lugar debemos señalar que se ubica normativamente en el Título III “De la Revisión de los actos administrativos”, capítulo I referido a “Revisión de Oficio de los actos administrativos”, es decir, se constituye como un mecanismo de reevaluación de actos administrativos promovido directamente por la Administración Pública. Como se desprende de la lectura de la norma, dicha institución procede en tres supuestos: (i) revocación en sí misma; (ii) modificación; y, (iii) sustitución. Ello ha sido reconocido expresamente por la Sala I del Tribunal de Defensa de la Competencia en su precedente de observancia obligatoria referido a la institución de la revocación, recogido en la Resolución N° 1535-2010-SC1/INDECOPI:

*17. Asimismo, la revocación puede suponer un desconocimiento parcial de las prerrogativas reconocidas a los particulares. Si en el ejemplo anterior solo se volvieron incompatibles algunos de los giros de un negocio, la autoridad podría revocar parcialmente la licencia, en aquellos extremos que ahora no cumplen con las exigencias de la nueva zonificación. **Esto se desprende del mismo texto de la Ley, que en el artículo 203.1 cataloga como tipos de revocación: (i) la revocación misma, (ii) las modificaciones; o, (iii) las sustituciones de actos administrativos**” (el resaltado y el subrayado es nuestro).*

¹⁰ Como es público conocimiento, la metodología se encuentra recogida en el Precedente de Observancia Obligatoria recaída en la Resolución N° 182-97-TDC emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

¹¹ Conceptos consultados en el Diccionario web de la Real Academia Española de la Lengua el día 21 de octubre de 2012. (www.rae.es)

Por otro parte, es preciso señalar que dos son las particularidades de esta facultad: (i) el desconocimiento de un derecho u atribución establecido en un determinado acto administrativo; y (ii) la activación del mecanismo a través de un hecho o suceso sobreviniente al nacimiento del acto que involucra el cambio de las “reglas de juego”. Para nuestro caso en concreto nos detendremos en analizar la segunda particularidad, ya que es precisamente el objeto de controversia hoy en INDECOPI.

Es pertinente aclarar que el término “sobreveniente”, proviene del verbo “sobvenir” que significa “venir improvisamente”, es decir un suceso que ocurre de repente, sin prevención ni previsión¹¹. Por ejemplo, una de las diferencias con la “nulidad de oficio” radica en que las causales para activar este mecanismo recaen en la omisión o vicio de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo, que debió ser detectado antes de su nacimiento; a diferencia de la revocación que se origina por circunstancias -repetimos- sobrevinientes.

Por su parte, de una lectura del artículo 203° de la LPAG se puede afirmar que la revocación de actos favorables procede de forma excepcional cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto, cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica. Expresamente señala dicho artículo:

Artículo 203°.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

*203.2.2 Cuando **sobrevenga** la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.*

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor". (El subrayado y resaltado es nuestro).

No obstante ello, para nuestro caso en concreto, la presente modificación del acto administrativo no requirió la desaparición de condiciones indispensables para la validez del acto administrativo, sino únicamente la ejecución de una condición establecida en el título habilitante y en la normativa vigente, lo cual fue plenamente conocida por los denunciantes. Es decir, el acto administrativo nace con una condición explícitamente establecida y conocida, por lo cual no estamos frente a un supuesto de revisión de oficio, sino más bien de ejecución de una condición. En esa línea, menos aún nos encontraríamos en un supuesto de revocación, ya que no existen eventos sobrevinientes que la hayan provocado.

En concordancia con lo expuesto, en doctrina nacional el profesor Juan Carlos MORÓN URBINA¹² esboza un concepto de revocación que comprende la existencia de una causal sobreviniente para su funcionamiento. Expresamente señaló lo siguiente:

*Para nosotros, la institución de la revocación consiste en la potestad que la Ley confiere a la administración para que, en cualquier tiempo, de manera directa, de oficio o a pedido de parte y mediante un nuevo acto administrativo modifique, reforme, sustituya o extinga los efectos jurídicos de un acto administrativo conforme a derecho, aún cuando haya adquirido firmeza **debido a que su permanencia ha devenido** –por razones externas al administrado– en incompatible con el interés público tutelado por la entidad*

*En consecuencia, **ese acto que aun despliega sus efectos ha sobrevenido en un acto inoportuno***

o inconveniente para el interés público, por lo que debe ser extinguido precisamente en protección de ese interés general. (El resaltado y el subrayado es nuestro).

Bajo esa misma óptica, el doctor Víctor BACA ONETO¹³ sostiene que la "sobreviniencia" es una característica de la revocación, a propósito de la diferencia de esta institución con la nulidad de oficio:

Mientras que la anulación afecta el acto que crea la relación jurídica, debido a un vicio originario, la revocación afecta a la subsistencia de ésta última, ya sea porque contraría el interés general, o porque, como hemos visto en el Capítulo I, se convierta en ilegal. Y ésta es la razón por la que cabe también una revocación por ilegalidad, cuando ésta sea sobrevinida, pues el acto no se ve afectado en sí mismo, sino solo en sus efectos, los cuales se extinguen.

En doctrina extranjera, el profesor español José Carlos LAGUNA DE PAZ¹⁴ define a la revocación como un mecanismo de revisión de actos administrativos que devienen en contrarios al interés público por circunstancias sobrevinientes. Expresamente señaló lo siguiente:

*La revocación puede definirse como la extinción unilateral por parte de la Administración de la relación jurídico o de los efectos creados por actos válidos, **pero cuyas consecuencias devienen¹⁵ en ilegales o inoportunas, por falta de cobertura normativa (cambio legislativo o de circunstancias), por cambio de criterio de apreciación o por incumplimiento de su titular** (el resaltado y el subrayado es nuestro).*

Por su parte, TOMÁS CANO¹⁶ sostiene que la revocación es un supuesto de invalidez sobrevinida:

*Así, mientras que la anulación supondría la eliminación de un acto inválido desde su nacimiento precisamente por ser contrario a Derecho, **la revocación encontraría su fundamento en circunstancias sobrevinidas que fundamentan la eliminación de un acto***

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica". En Revista Derecho PUCP, editada por la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 67, 2012; Lima. pp. 424-425.

¹³ BACA ONETO, Víctor Sebastián. "La invalidez de los contratos públicos". Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2005. p. 274.

¹⁴ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "La autorización administrativa". Op. cit., p. 330.

¹⁵ De acuerdo con el Diccionario web de la Real Academia Española, el sinónimo de "devenir" es "sobrevenir". Consulta realizada el día 22 de octubre de 2012.

¹⁶ CANO CAMPOS, Tomás. "La invalidez sobrevinida de los actos administrativos"; Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004. pp. 120-121.

válido pero inoportuno o contrario al interés público en el momento en que se elimina. La sobreviniencia de nuevas circunstancias y su incidencia en el acto administrativo encontrarían de esta forma su explicación en la figura de la revocación, entendida ésta como retirada de los actos por motivos de oportunidad o incompatibilidad con el interés público, que es a lo que daría lugar esa alteración de tales circunstancias (el resaltado y el subrayado es nuestro).

Finalmente, cabe denotar que dicho concepto es ratificado incluso por la Sala 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI en el precedente de observancia obligatoria sobre revocación, en el cual se conceptualiza a la revocación como un mecanismo de revisión de oficio por circunstancias sobrevinientes. A la letra dispuso lo siguiente:

III.1.2 El procedimiento de revocación de actos administrativos

15. La Ley de Procedimiento Administrativo General establece tres vías a través de las cuales la administración puede revisar sus propios actos. Una de ellas es la rectificación de errores, mediante la cual se enmiendan errores materiales o aritméticos que no alteren el contenido de la decisión⁹. Otra es la nulidad de oficio, por la que se revisan actos administrativos que contienen vicios desde el momento de su emisión⁹. **La última vía es la revocación por la que, en mérito a circunstancias sobrevinientes, se revisan actos emitidos originalmente de manera válida** (resaltado es nuestro).

Bajo la misma óptica, y analizando el caso en concreto, el profesor César OCHOA CARDICH¹⁷, a partir de un análisis de la normativa actualmente vigente en materia de servicio de transporte público regular de personas en Lima Metropolitana concluye enfáticamente que **“no es lo mismo revocar, cancelar o dejar sin efecto una autorización que modificar algunos aspectos operativos de carácter técnico”**

Habiendo quedado clara la definición de revocación y que por ende necesariamente requiere una causal sobreviniente¹⁸, es preciso indicar que uno de los fundamentos que caracterizan la “excepcionalidad” de la revocación es la garantía de todo agente económico a la seguridad jurídica, es decir el mantenimiento de las “reglas de juego” de cara al ejercicio de una determinada actividad económica debe ser la regla general. Precisamente la “excepcionalidad” se materializa con el requisito de la “sobreveniencia” de condiciones para su utilización -que básicamente giran en torno de satisfacer el cambiante “interés público”-, ya que únicamente ante estos supuestos es que se podrían alterar las condiciones preestablecidas para el ejercicio de la actividad económica, es decir si y solo si en este supuesto excepcional se podrían modificar “las reglas de juego”.

Es el caso que, atendiendo a este sistema excepcional, la LPAG brinda al administrado dos garantías fundamentales ante este cambio de las “reglas de juego”, como es el procedimiento previo y la indemnización ante un eventual perjuicio económico.

Un razonamiento distinto (es decir, calificar como revocación aquellas modificaciones ante supuestos conocidos desde un principio por los agentes económicos) desnaturalizaría dicha institución, en tanto no nos encontraríamos ante un supuesto de revisión de oficio por circunstancias sobrevinientes. En ese sentido, los mecanismos de protección al administrado en caso de revocación, se podrían activar de forma arbitraria en caso de modificaciones conocidas por los administrados. Es decir, incluso en los casos en que las empresas de transporte conocían de las condiciones y por ende “precariedad” de su habilitación, paradójicamente igual les correspondería el otorgamiento de una indemnización económica.

Es importante indicar que las empresas de transporte han venido alegando un supuesto “perjuicio económico” sobre la base de **“alquileres de ruta”**¹⁹ (como principal perjuicio), según consta

17 OCHOA CARDICH, César. En: Diálogo con la Jurisprudencia, edición mayo 2012. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 323-330.

18 En doctrina se viene discutiendo si la categoría de la revocación se encuentra en un supuesto de “invalidez sobreviniente” o un supuesto de “ilegalidad o ineficacia sobreviniente”. Por un lado encontramos autores como Tomás Cano Campos, y del otro a autores como José Carlos Laguna de Paz y Víctor Baca Oneto. No obstante ello, fuera de las disquisiciones conceptuales y doctrinarias, **lo cierto es que para ambas teorías el supuesto de revocación implica necesariamente una causal sobreviniente al nacimiento del acto administrativo, es decir producida con posterioridad.**

19 Los montos cobrados por concepto de alquileres de ruta por parte de las empresas de transporte, consiste en una retribución por concepto de permitir prestar el servicio de transporte en el recorrido autorizado (otorgado por la Municipalidad Metropolitana de Lima a favor de una empresa de transporte) a propietarios de vehículos, como si formaran parte de la flota vehicular de la empresa autorizada. Este mecanismo es el núcleo del sistema comisionista-afiliador que viene generando tantos perjuicios en la gestión del transporte público. Al respecto recomendamos leer el artículo elaborado por la doctora María Jara Risco, y

en las alegaciones que vienen realizando en la CEBB y en la Sala 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI, lo cual es uno de los principales problemas que aqueja la estructura de las empresas de transporte, y por ende de nuestro servicio de transporte regular de personas en Lima Metropolitana.

4. Sin perjuicio de no encontrarse en un supuesto de revocación se siguió un procedimiento previo a la modificación con las empresas de transporte

Sin perjuicio de no encontrarnos frente a un supuesto de revocación, en todos los casos de modificación de rutas producto de la Ordenanza N° 682, se siguió un procedimiento previo. Cabe resaltar que en muchos casos las propias empresas de transporte que conocían de esta situación, se acercaron directamente a la Gerencia de Transporte Urbano para efectos de coordinar con la autoridad la modificación de su recorrido en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Ordenanza N° 682. En virtud de dicha actuación es que muchas empresas, lejos de salir perjudicadas, se han beneficiado de dicha necesaria actuación administrativa.

Así pues, el procedimiento de modificación involucró en primer lugar notificar a las empresas de transporte acerca de la decisión de modificar los recorridos, en aplicación de lo establecido en la Ordenanza N° 682. En segundo lugar, se procedió a recibir las alegaciones y propuestas de modificación de recorrido por parte de los administrados. Finalmente, en tercer lugar, se procedió (de conformidad con las coordinaciones y alegaciones) a emitir los actos de modificación.

Es pertinente señalar que ninguna de las empresas de transportes que han recurrido a INDECOPI propusieron modificaciones a las rutas, sino que más bien únicamente se dedicaron a cuestionar sin fundamentos legales válidos las decisiones de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Otro dato importante es que ninguna empresa impugnó oportunamente la decisión en sede administrativa, por lo cual en todos los casos las resoluciones administrativas de modificación quedaron consentidas.

Esto último lo que demuestra fehacientemente es la aceptación del contenido y sentido de la resolución de modificación de recorrido, en tanto al no ser impugnada en vía administrativa, se entiende que jurídicamente quedaron consentidas o firmes²⁰. La pregunta es ¿por qué ahora cuestionar por esta vía las supuestas irregularidades?

Desde nuestro punto de vista, creemos que esto se debe a flexibilidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, que tiene como su principal causa la inexistencia de regulación sobre la materia. Recordemos que no existe un marco normativo específico sobre el procedimiento, y que más bien su desarrollo se gesta a partir de pronunciamientos de observancia obligatoria que ha venido emitiendo el propio INDECOPI.

Este tipo de situaciones lo único que genera son inconsistencias en el sistema jurídico, en tanto se establecen vías paralelas de facto, que generan abusos de parte de los administrados. Por tal motivo -y aunque sabemos que no es la cura a todos los inconvenientes de este sistema- conviene que la Comisión establezca un criterio interpretativo acerca de qué tipo de actos pueden ser objeto de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Es decir, si acaso se requiere agotar la vía administrativa, o si los actos administrativos no deben haber quedado firmes, que sería lo más lógico, sano y feliz para nuestro sistema jurídico.

5. De la supuesta infracción al artículo 2° de la LPAG y de la habilitación legal para establecer condiciones en las autorizaciones para la prestación del servicio de transporte regular de personas

Con bastante sorpresa, en un caso idéntico al analizado en el presente artículo, se ha resuelto declarar fundada las denuncias interpuestas por tres empresas de transporte, pero no por el argumento relacionado a la revocación (en tanto no se habría seguido el procedimiento legalmente establecido), sino más bien por haber infringido el artículo 2° de la LPAG, ya que se habría puesto una condición que no se encontraba contenida en una Ley emitida por el Congreso de la República. Nos referimos concretamente a la Resolución N° 0313-2012/CEB-INDECOPI, del 31 de octubre de 2012.

el doctor Joaquín Vázquez Córdova que se encuentra publicada en la presente edición de la Revista del Círculo de Derecho Administrativo.

²⁰ Ley de Procedimiento Administrativo General
Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

Este argumento entendemos que es la respuesta a la falta de fundamentos del supuesto de revocación que venía sosteniendo la Comisión en su oportunidad. A continuación lo analizamos para efectos de que quede clara la legalidad de la medida adoptada por la Municipalidad Metropolitana de Lima.

5.1. Posición de la Comisión

Tal como señala la CEBB *“el marco normativo municipal sí estableció determinadas condiciones al momento de renovar las autorizaciones de las denunciadas, las cuales sujetaban la duración de las autorizaciones a determinados supuestos de realización futura como es la implementación de proyectos de transporte metropolitanos”*²¹.

No obstante, señala que de acuerdo al artículo 2° de la Ley N° 27444, dicho dispositivo establece que los actos administrativos (como son las autorizaciones de las denunciadas) pueden estar sujetas a condición **cuando una Ley así lo autorice**. Es decir, su posición es que la posibilidad de que una autoridad administrativa imponga condiciones a la efectividad de un acto administrativo (ya sea para su inicio o término), es excepcional y requiere autorización expresa de una Ley.

Asimismo, indica que *“un escenario distinto al requerido por la Ley N° 27444 implicaría que las entidades administrativas tengan plena discrecionalidad de otorgar autorizaciones con cláusulas abiertas para variar el ámbito de condiciones y derechos reconocidos en dichos títulos de manera arbitraria, lo cual atentaría contra la estabilidad de los actos administrativos y generaría indefensión e incertidumbre en los administrados”*.

En ese sentido, la CEBB sostiene que si bien la MML advirtió a las denunciadas que sus autorizaciones quedarían sin efecto si se interfiriese con los proyectos metropolitanos y/o concesiones de transporte creadas o por crearse y que el plazo de vigencia de las autorizaciones de servicio se encuentra condicionado a la implementación de proyectos de transporte de carácter metropolitano creados o por crearse, dichas condiciones fueron establecidas mediante decisión expresa de la MML, sin contar con una Ley que la autorice a establecer este tipo de condicionamientos, con lo cual no se condice con lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 27444.

5.2. Análisis

Como señala la Comisión, el artículo 2° de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que los actos administrativos pueden estar sujetos a condición siempre que una Ley así lo establezca.

Asimismo, la Comisión señala que, conforme a la Ley N° 27444, la posibilidad de que una autoridad administrativa imponga condiciones a la efectividad de un acto administrativo (ya sea para su inicio o término), **es excepcional**²². Al respecto debemos aclarar que en ninguna parte de la LPAG se dispone que la posibilidad de establecer condiciones en el acto administrativo sea excepcional, sino que únicamente se supedita a la existencia de una habilitación legal para dichos efectos.

En razón de ello, en el presente acápite analizaremos los errores en la motivación elaborada por la Comisión, los cuales detallamos a continuación:

- (i) La habilitación legal de la MML para establecer condiciones en los títulos habilitantes otorgados, parte de su competencia para regular el transporte urbano en la ciudad, lo cual se encuentra plenamente establecido en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades;
- (ii) En específico, la propia Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N° 27181 (en adelante “LGT”), en su Primera Disposición Final, habilita que exista un régimen especial de gestión de transporte urbano en la capital de la república;
- (iii) Tomando en cuenta la habilitación legal para regular sobre transporte urbano y las particularidades de dicho mercado, jurídicamente el procedimiento en dicha materia deben ser calificados como procedimientos especiales, de acuerdo a lo establecido en el artículo II del Título Preliminar de la LPAG;
- (iv) Desconocer la calidad de procedimiento especial al establecido en las Ordenanzas emitidas por la Municipalidad Metropolitana de Lima, es vaciar de contenido completamente a la potestad de autogobierno, propia de un régimen de autonomía política y administrativa en el marco de un proceso de descentralización.

²¹ Fundamento 42 de la resolución emitida por la CEB en la Resolución N° 0303-2012/CEB-INDECOPI.

²² De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra “excepcional” es: (i) “que constituye excepción a la regla común”, o, “que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”. De acuerdo con lo establecido en el artículo no se desprende alguna regla general y alguna excepción, que nos haga presumir que la habilitación legal para que los gobiernos locales establezcan condiciones sea la excepción a alguna regla general. Creemos que utiliza equivocadamente dicho calificativo.

Esta interpretación involucra afirmar que la Municipalidad Metropolitana de Lima carece de competencias para regular la emisión de autorizaciones para la prestación del servicio de transporte regular de personas: plazo de la autorización, obligaciones y deberes de los administrados, condiciones de operación del servicio, frecuencias, intervalos de paso, itinerario de la ruta, etc.

A continuación desarrollaremos cada uno de los argumentos descritos; no obstante, de forma introductoria analizaremos el artículo 2° de la LPAG, “condiciones del acto administrativo”.

5.2.1. Las modalidades del acto administrativo

Las modalidades del acto administrativo son todos aquellos elementos no esenciales para la emisión del acto administrativo, los cuales aparecen con el nacimiento del acto, y que condicionan su eficacia, tales como su plazo de vigencia, condiciones, o cargas al administrado a propósito de la emisión del acto (modo).

Bajo esa línea, comentando el artículo 2° de la LPAG, el profesor Juan Carlos Morón Urbina²³, señala lo siguiente:

*Los elementos accidentales del acto administrativo, a diferencia de los actos esenciales para su validez, son aquellos que eventualmente pueden aparecer en el acto incluidos por la Administración cuando le haya sido habilitado por la Ley, pero que no le hacen a su validez **sino a su eficacia, determinando desde o hasta cuando producen sus efectos, o en que forma se estructuran los deberes y derechos del administrado.***

Respecto a los tipos de modalidad, señala que “las modalidades a que puede sujetarse un acto administrativo son los tradicionales de todo acto jurídico, conforme a la teoría general del derecho: plazo, modo y condición²⁴”.

A su vez, a partir de un análisis literal del artículo 2° de la LPAG se pueden extraer claramente dos características esenciales para el establecimiento legal de las modalidades del acto administrativo: (i) existencia de norma legal autoritativa; y, (ii) persecución de un objetivo acorde al interés público que se tutela.

Precisamente el núcleo del asunto discutido gira en torno a determinar si la habilitación legal para establecer una condición del acto administrativo (modificación de recorrido) tiene que encontrarse en una Ley emitida por el Congreso de la República, o si puede realizarse a través de una Ordenanza emitida por Concejo Municipal de la Municipalidad Metropolitana de Lima, en atención a las competencias constitucionalmente asignadas a dicho Gobierno Local.

5.2.2. La habilitación legal para regular el servicio de transporte regular de personas nace de la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Municipalidades

Tal como interpreta la Comisión, de acuerdo al artículo 2° de la LPAG se requiere de una Ley que habilite a la Municipalidad Metropolitana de Lima para establecer ese tipo de condiciones a los títulos habilitantes del servicio de transporte, norma que según la Comisión no existe.

Al respecto, debemos indicar que el error en este extremo de la argumentación de la Comisión, pasa por obviar que toda la regulación municipal sectorial emitida, se efectúa a propósito de las competencias otorgadas sobre la materia por la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización -Ley N° 27783- y la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972.

Así pues, la Constitución Política del Perú dispone en su artículo 195° que los gobiernos locales son competentes para: (i) organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad²⁵; (ii) desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito; y, (iii) ejercer las demás atribuciones inherentes a su función. Asimismo, es preciso recordar que la propia Constitución establece de forma imperativa el establecimiento de un régimen jurídico especial para la Capital de la República, según el artículo 198° de nuestra Carta Fundamental.

Por su parte, de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, la Municipalidad Metropolitana de Lima es competente para normar y regular en materia de transporte urbano en su ámbito territorial. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81° de la Ley Orgánica de Municipalidades es atribución de las Municipalidades Provinciales

²³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit., p. 140

²⁴ Ibidem

²⁵ Entiéndase que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades, el transporte urbano es calificado como un “servicio público local”.

regular la prestación del servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano:

ARTÍCULO 81°.- Tránsito, vialidad y transporte público

Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:

1. *Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:*

(...)

1.2. *Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las Leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.*

Específicamente para el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el numeral 7 del artículo 161° de la Ley Orgánica de Municipalidades (sobre las competencias y funciones metropolitanas especiales), establece expresamente que su competencia comprende la **planificación, regulación y gestión** del transporte público (que involucra la prestación del servicio de transporte regular de personas en su territorio):

ARTÍCULO 161°.- Competencias y funciones

La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene las siguientes competencias y funciones metropolitanas especiales:

7. *En materia de transportes y comunicaciones:*

7.1. *Planificar, regular y gestionar el transporte público;*

Atendiendo a lo anterior, lo que conviene ahora determinar es **¿qué implican las atribuciones otorgadas mediante Ley Orgánica a favor de la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transporte público?** y, además **¿en qué contexto se otorgan?**

Respecto a las implicancias de estas atribuciones, de acuerdo al precitado artículo 161° de la LOM, la Municipalidad Metropolitana de Lima es competente y goza de funciones en materia de transporte para “planificar, regular y gestionar el transporte público”. Así pues, de acuerdo con lo establecido por el Diccionario virtual de la Real

Academia Española de la Lengua el término “planificar” significa “*hacer plan o proyecto de una acción*”, es decir establecer las acciones necesarias para la consecución de un determinado fin. Por su parte, el término “regular” significa “*determinar las reglas o normas a las que debe sujetarse algo*”, esto es la acción de determinar el marco al que debe ajustarse la materia sometida a regulación. Por último, el término “gestionar” significa “*hacer diligencias conducentes para el logro de un determinado negocio o de un deseo cualquiera*”.

En esa línea, conviene recoger lo establecido por la sentencia del 29 de enero de 1992, emitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú, en la cual se analiza la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 651, y el concepto de “regulación” en el transporte público regular de ámbito urbano, establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades como una facultad de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Así pues, dicha sentencia dispone en su tenor literal lo siguiente:

*El concepto de “Regular el Transporte” no se agota en el establecimiento de normas de organización de tránsito, es decir no solo está referido a las rutas, a los horarios, a las condiciones materiales del transporte, **sino fundamentalmente a la calidad del transporte, a su costo, vale decir, al contrato de transportes; pues el transporte colectivo no solo implica el transporte de pasajeros, sino que debe realizarse en determinadas, condiciones y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo** (el resaltado y el subrayado es nuestro).*

Ahora bien, respecto al contexto en que se otorgan estas facultades mediante Ley Orgánica, debemos señalar que la distribución de competencias en los distintos niveles de gobierno es un fenómeno originado por el proceso de descentralización del Estado Peruano, el cual se configura como la forma de organización democrática escogida por el Constituyente y que se encuentra plasmada en la Constitución Política del Perú de 1993²⁶. En tal sentido, esta política tiene por objetivo principal el **desarrollo integral del país mediante la distribución de competencias en los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local),**

²⁶ Entre otras normas, nos parece conveniente citar el artículo 43° de la Constitución Política del Perú, el cual establece la forma de gobierno en la República del Perú:

*“Artículo 43°.- Estado democrático de Derecho. Forma de gobierno
La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.*

*El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y **descentralizado**, y se organiza según el principio de separación de poderes (el resaltado y el subrayado es nuestro)”.*

cada uno de ellos, dotados de autonomía administrativa, política y económica.

Bajo esa óptica, es que se instituye la garantía institucional de la autonomía municipal, la cual aparece en el artículo 194° de la Constitución Política, el cual enuncia que *“las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia (...)”*. Esta garantía permite a los gobiernos locales desenvolverse con plena libertad en dichos ámbitos; es decir, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias que garanticen su autogobierno. En la misma línea, la Ley Orgánica de Municipalidades ha dispuesto, en su artículo II, que *“Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa”*.

Sobre las dimensiones de la autonomía municipal, la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783 ha desarrollado el contenido de cada uno de estos ámbitos. Al respecto, define:

- Autonomía política

Consiste en la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes.

- Autonomía administrativa

Viene a ser la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad.

- Autonomía económica

Consistente en la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho de percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0007-2001-AA/TC, ha señalado que mediante la autonomía municipal se garantiza a los Gobiernos Locales

“desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos) de su competencia” respetando la unidad del Estado Peruano, es decir el sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada Gobierno Municipal.

Así pues, respecto a la autonomía política, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 002-2005-AI/TC ha dispuesto que las Ordenanzas al ser emitidas por el Concejo Municipal, y por ende representar a los vecinos del municipio, constituyen leyes en el fondo:

“Los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de Leyes, pero que lo serán en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por el cuerpo colegial representativo, por un concejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio”.

Atendiendo a lo expuesto podemos concluir que el hecho de que la Comisión interprete de que es necesaria la emisión de una Ley que permita a la Municipalidad Metropolitana de Lima establecer condiciones para el otorgamiento de autorizaciones, involucra desde todo punto vista un desmedro, despojo o vaciamiento de las facultades de planificación, regulación y gestión otorgadas a la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transporte urbano, en tanto dichas atribuciones devendrían en ineficaces para las necesidades y exigencias que requieren los sistemas de transporte bajo regulación, ya que se requeriría -según la Comisión- una norma que así lo autorice. En el presente caso exigir la emisión de una Ley involucra restringir la autonomía administrativa y política necesaria para efectos de regular sobre materia de su competencia, que requieren de un tratamiento urgente y especial como el transporte urbano.

Asimismo, es importante señalar que si bien es cierto se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno; no obstante ello, la autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico²⁷. Siendo

²⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 007-2001-AI/TC, ha señalado lo siguiente: *“No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada Gobierno Municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél”*.

conscientes de ello, es evidente que el despliegue de nuestras facultades de autogobierno jamás contravendría el principio de unidad del Estado, máxime si en el presente caso -la actuación bajo análisis- involucra una limitación legal del plazo de vigencia de las autorizaciones (condición), en razón de normas conocidas por los administrados sobre la materia, lo cual desde todo punto de vista no puede ser calificado como arbitrario.

Finalmente, es discutible que la Comisión sostenga que devendría en "arbitraria" una decisión regulatoria de esta naturaleza (establecida en Ordenanzas) de no encontrarse facultada por una Ley emitida por el Congreso de la República, en tanto la arbitrariedad -como bien lo ha venido sosteniendo la Comisión- consistente en emitir un acto "carente de fundamentos o motivación", lo cual en el presente caso hemos contradicho largamente. Lo que entendemos se cuestiona es la habilitación legal que tiene la Municipalidad Metropolitana de Lima para establecer condiciones para el otorgamiento de autorizaciones, es decir, la legalidad de la medida.

5.2.3. La habilitación legal para establecer un régimen especial en materia de transporte urbano para la capital de la República, de acuerdo con lo dispuesto en la LGT y su Reglamento

Las particularidades en el transporte urbano de Lima Metropolitana han sido bien entendidas por nuestro Legislador, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 198° de la Constitución Política del Perú -Régimen Especial para la Capital de la República-, quien a través de la LGT ha reconocido la posibilidad de que se establezca un régimen especial para Lima Metropolitana. Así pues, la Primera Disposición Final de la LGT ha establecido expresamente:

Primera.- De los reglamentos

El Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor de 180 (ciento ochenta) días, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, aprobará mediante Decreto Supremo, previa prepublicación, los reglamentos establecidos en la presente Ley.

Los reglamentos, de ser el caso, establecen las características del régimen especial que le corresponden a la Capital de la República (el resaltado y el subrayado es nuestro).

Al respecto, cabe indicar que esta norma, Ley sectorial en materia de transporte terrestre emitida por el Congreso de la República, contiene la habilitación legal para establecer un régimen especial de transporte, a través de los Reglamentos

correspondientes, en razón a las características que presenta la Capital de la República.

Bajo esa óptica, y de acuerdo con la previsión de la LGT de que la Capital de la República tiene un régimen especial en materia de transporte terrestre, conforme lo dispuesto por los reglamentos respectivos, el Reglamento de Administración de Transporte, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2009-MTC (en adelante "RNAT"), concretiza y desarrolla el régimen especial para Lima Metropolitana cuando dicho gobierno local implemente sistemas de transporte urbano masivo de personas y de alta capacidad, habilitándola legalmente para emitir las disposiciones necesarias que el desarrollo de dicho sistema. Esta norma establece las características mínimas que debe tener este sistema de transporte urbano masivo para que -en este caso- Lima Metropolitana tenga un régimen especial de gestión del servicio de transporte; entre dichas características se tienen: (i) sistema de gestión especial en la operación del servicio de transporte; (ii) operación con vehículos con estándares técnicos distintos a los establecidos en el RNAT; (iii) utilización de vías exclusivas para la prestación del servicio, entre otros. Concretamente la Novena Disposición Final del RNAT, establece en su tenor literal:

Novena.- *Régimen Especial para Lima Metropolitana y para provincias que desarrollen sistemas de transporte urbano masivo de personas.*

En la capital de la República, la Municipalidad Metropolitana de Lima podrá expedir las normas complementarias para la implementación de un sistema de transporte urbano masivo de personas y de alta capacidad, alternativo a los existentes, sin transgredir lo dispuesto en el presente reglamento, con las siguientes características mínimas:

- a) *Sistemas de gestión especiales en la operación del servicio público de transporte urbano de personas.*
- b) *Operación con vehículos de características técnicas distintas a las establecidas en el presente reglamento, en función de la infraestructura especial que utilizan.*
- c) **Utilización de vías exclusivas para su prestación.**
- d) *Sistemas especiales de fiscalización.*
- e) *Restricción a la prestación del servicio de transporte público en vehículos que no sean*

de la categoría M3 y/o M2 de la clasificación vehicular establecida por el Reglamento Nacional de Vehículos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior también será aplicable a cualquier otra provincia del país en la que la autoridad competente, desarrolle o se encuentre desarrollando sistemas de transporte urbano masivo de personas y de alta capacidad²⁸.

Al respecto es preciso indicar que, en virtud de lo prescrito en la LGT, la disposición citada establece en su primer párrafo una habilitación legal a favor de la Municipalidad Metropolitana de Lima, para efectos emitir las normas complementarias necesarias, regular y gestionar el servicio de transporte urbano en su territorio, con el objetivo de implementar un sistema de transporte masivo y de alta capacidad, que debe reunir como mínimo una serie de características.

Precisamente, atendiendo al objeto de la presente causa conviene desarrollar el requisito de **“utilización de vías exclusivas para la prestación del servicio de transporte urbano masivo de personas y de alta capacidad”**. Así pues, este requisito involucra que el servicio de transporte a ser implementado -situación que a su vez habilita a mantener un régimen especial en Lima Metropolitana- sea prestado en vías segregadas o exclusivas, en las cuales se privilegia la circulación de los vehículos de transporte masivo por dicha vía, con el fin que determinados operadores pueden prestar el servicio a fin de implementar un Sistema de Transporte masivo e Integrado que responda a parámetros de eficiencia, evitando, entre otras situaciones: la superposición de recorridos, el uso ineficiente de la infraestructura vial, competencia en la vía, regularidad estricta del servicio, cumplimiento de frecuencias e intervalos de paso, etc.. Este es el caso, concretamente, de la línea 1 del Corredor Segregado de Alta Capacidad (COSAC I) o también conocido comercialmente como “El Metropolitano”.

En esa línea de ideas, debemos señalar que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2° de la Ordenanza N° 873-MM, norma que aprueba el Reglamento de Operación del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad, el COSAC es aquel sistema de transporte público integrado de alta capacidad de pasajeros prestado en una vía de un corredor determinado:

“Artículo 2°.- Definición del Sistema

Entiéndase por Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad, COSAC, al sistema de transporte público integrado de alta capacidad de pasajeros en Buses u otros medios de transporte público, prestado dentro de la sección vial de un determinado corredor o eje vial destinado a dicho servicio, así como en sus vías alimentadoras. El referido sistema comprende además, servicios e instalaciones complementarias, conexas y colaterales.

La integración a que hace referencia el párrafo anterior se precisa que puede ser física, operacional, de precios y/o de sistemas”.

Asimismo, es preciso mencionar que el numeral 11 del artículo 4° de la precitada ordenanza señala que los corredores o ejes viales troncales son aquellas vías destinadas a la circulación de los buses troncales del sistema, pueden ser exclusivos o mixtos.

“Artículo 4°.- Definiciones

Para efectos del presente reglamento deben considerarse las siguientes definiciones:

(...)

4.11. Corredores o Ejes Viales Troncales: Vías destinadas a la circulación de los buses troncales del sistema, pueden ser exclusivos o mixtos”.

Así pues, atendiendo a estas características del COSAC que han sido definidas en la Ordenanza N° 873-MML, dicho sistema de transporte cumple con ser un sistema de transporte urbano masivo de pasajeros y de alta capacidad por lo que corresponde que, bajo el régimen especial de transporte para Lima Metropolitana, el gobierno metropolitano haya emitido y siga emitiendo todas las normas y medidas regulatorias que permitan implementar dicho sistema de transporte masivo; en ese sentido, la Ordenanza N° 682-MML contiene las disposiciones y medidas regulatorias necesarias para la implementación del COSAC I, entre ellas la previsión de condiciones en las autorizaciones para prestar el servicio de transporte.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente que la habilitación legal para emitir las normas y gestionar el servicio de transporte bajo un régimen especial, que amerita su existencia en razón a la implementación de un Sistema de Transporte Masivo de Alta Capacidad, se encuentra prevista en la LGT, la cual ha delegado en el RNAT la definición de las características de dicho régimen y sistema.

²⁸ Vale mencionar que el anterior Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2004-MTC, ya preceptuaba en su Cuarta Disposición Final, el régimen especial que le corresponde a la Capital de la República, en caso se dé la implementación de un sistema de transporte urbano masivo de pasajeros y de alta capacidad.

5.2.4. Los procedimientos y actos administrativos en materia de transporte: necesidad de regulación específica, y habilitación legal para su establecimiento

En opinión que fue considerada al elaborar la LPAG, un procedimiento especial es *“aquel procedimiento que ha sido pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general”*²⁹.

Respecto de la justificación de un procedimiento administrativo especial, debemos indicar que este radica exclusivamente en la íntima relación que exista en una determinada materia sujeta al Derecho Administrativo y el procedimiento que debe seguirse para dilucidar las decisiones ejecutivas sobre la materia. La especialidad precisamente nace de la materia y no del organismo que lo deba seguir. Cuando una entidad está habilitada para seguir un procedimiento administrativo especial, no quiere decir que la especialidad envuelva a toda actuación de la entidad, sino solo a aquellos referidos a la materia especializada³⁰.

En materia de transporte urbano, de acuerdo a la realidad socio-económica del servicio, es que tanto la Ley Orgánica de Municipalidades, como la LGT

y el RNAT han reconocido esta situación, lo cual ha originado que todos estos ordenamientos le reconozcan facultades normativas a la Municipalidad Metropolitana de Lima. Está demás motivar acerca de la necesidad de una regulación específica.

Ahora bien, respecto de la habilitación legal, de conformidad con lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria de la LPAG, será necesario contar con una Ley expresa que dé cobertura a la existencia y regulación del procedimiento especial, aun cuando sus demás disposiciones de desarrollo y aplicación se complementen en vía reglamentaria.

Interpretando sistemáticamente dicha disposición, respaldado en la afirmación del profesor Valentín Paniagua Corazao³¹, el profesor MORÓN³² indica que la intención de la norma no es establecer una reserva legal para el establecimiento de procedimientos especiales, atendiendo a que no puede desconocerse los distintos procedimientos en razón de las particularidades de cada ordenamiento. Concretamente señala lo siguiente:

“En verdad en este rubro no se trata de fortalecer una reserva legal para la estructuración de los procedimientos especiales, puesto que sería petrificar el procedimiento administrativo,

²⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Procedimientos administrativos especiales, V. I, Estudio Preliminar, Madrid, p. 18. Citado por MORON URBINA, Comentarios a la Ley (...). Op. cit. p. 46.

³⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley (...). Op. cit. p 47-48.

³¹ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo o Ley General del Procedimiento Administrativo. En: *Ius et Veritas*, Año IV, N° 6, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993. Cabe señalar que el doctor Paniagua fue Presidente del Congreso de la República que aprobó la LPAG. Nos permitimos citar lo expresado por el profesor Paniagua, en la medida de que es de suma utilidad para entender el objeto de la presente causa, es decir, cómo debe interpretarse la reserva de Ley para el establecimiento de condiciones a los actos administrativos autoritativos. Al respecto, menciona que interpretar esta “reserva de Ley” estrictamente (es decir exigiendo para cada procedimiento especial una Ley emitida por el Congreso de la República) nos conduciría a vulnerar la autonomía administrativa de los gobiernos locales, en tanto requerirían del Congreso de la República para establecer sus propios procedimientos, quedando totalmente sin contenido la garantía institucional de los Gobiernos Locales.

Cabe indicar que el contexto de sus reflexiones se concentran en el análisis del artículo 2° del Decreto Ley N° 26111 “Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo”, emitida en el año 1992. Este artículo dispone que su aplicación rige la actuación de orden administrativo *“siempre que por leyes especiales no se disponga algo distinto”*. Al respecto, el mencionado autor enseña lo siguiente:

La Ley [tal como se encuentra redactada], por ende, prevalece frente a cualquier otro procedimiento salvo que se haya establecido por Ley especial (de procedimiento, se entiende). Los “procedimientos especiales” ahora existentes y que se hayan regulado por normas que no sean Leyes (Leyes regionales, ordenanzas municipales, decretos, resoluciones institucionales, ministeriales o directorales) quedan abrogados y deben sustituirse por el procedimiento previsto en la Ley N° 26111. En otras palabras, solo prevalecen y subsisten como procedimientos específicos y distintos, los consagrados en “Leyes especiales”. Y eso significa, por un lado, sujetar el procedimiento administrativo a reserva de Ley (como se ha dicho ya) y, por otro, unificar o uniformar procedimientos administrativos. ¿Hasta qué punto son convenientes estas innovaciones?, ¿son deliberadas o resultan solamente de deficiencias de redacción o de técnica legislativa?

No todo procedimiento administrativo está sujeto necesariamente a reserva de Ley como podría deducirse de explícitas normas constitucionales de carácter general a primera vista, (como artículo 2° inciso 20,1) o índole específica (como los artículos 2° inciso 18, 59°, 143°, 144° y 145°), entre otras. No lo están por supuesto las normas de procedimiento que, dentro de su autonomía administrativa, pueden dictar los gobiernos regionales o locales y, de manera específica, las que pueden expedir para su organización interior (artículos 254° inciso 2 y 265° inciso 3 de la Constitución). El Decreto Ley N° 26111 sencillamente ha desconocido esa realidad.

El artículo 2° del D.L. 26111 ha violado pues, la autonomía y ha desconocido las competencias normativas de los gobiernos regionales y locales. Pero hay algo más grave aún, ha derogado, de un plumazo, todos los procedimientos aprobados por las normas administrativas, esto es, que no estén sancionador o aprobados por Ley formal (...) (la anotación y los subrayados son nuestros).

³² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley (...). Op. cit., pp. 47-48.

desconociendo la adaptabilidad que este debe presentar ante realidades distintas” (p. 50).

Bajo es óptica, afirma que la estructura del procedimiento especial puede ser definida por una norma con rango de Ley (no necesariamente por una Ley formal):

*“el artículo II del Título Preliminar indica que los procedimientos especiales creados y regulados como tales por Ley expresa, se regulan por esta Ley supletoriamente, se está diciendo que para su existencia válida los procedimientos especiales y, por ende, para poder diferenciarse de lo dispuesto por esta norma, deben tener un reconocimiento de aquello que haga la diferencia (plazos, sistema recursal, instancias de resolución, formas de notificación, etc.) en una **norma de rango legal**”.*

Por este motivo señala el mencionado autor, que cabe perfectamente el reconocimiento legal que provenga también de normas supranacionales, como sucede con el procedimiento administrativo de investigación de dumping o subsidios o subvenciones regulado por el Decreto Supremo N° 006-2003-PCM, que se sustenta en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

En atención a lo anterior, para calificar a un determinado procedimiento como especial, no es necesaria la existencia de una Ley emitida por el Congreso de la República, sino más bien una norma con rango de Ley que establezca diferencias en razón de la normativa general, lo cual debe responder a las características y naturaleza de la actividad regulada.

Como consecuencia de ello, atendiendo a la especialidad del procedimiento, es indudable que el requisito de la habilitación legal para establecer condiciones en los actos administrativos se cumple. Así pues, el profesor MORÓN URBINA³³, acerca de la tipificación legal presupuesta para el establecimiento de condiciones en los actos administrativos señala lo siguiente:

“Tipificación legal

La autoridad administrativa no puede discrecionalmente establecer plazos, condiciones o cargas a los administrados. La decisión administrativa en sentido puro debe tener vocación de permanencia, ser incondicional y no sujetarse al cumplimiento de deberes posteriores del administrado.

Solo cuando la Ley que regula el acto administrativo o el procedimiento especial autorice a la autoridad incluir alguna modalidad, podrá hacerlo (el resaltado y el subrayado es nuestro).

En conclusión, siendo el procedimiento en materia de transporte urbano uno de tipo especial, la regulación establecida en las Ordenanzas correspondientes sí satisface la autorización legal a la que se refiere el artículo 2° de la LPAG, máxime si esta interpretación se encuentra conforme a las facultades de la Municipalidad Metropolitana de Lima en materia de transporte urbano, respetando así su autonomía política, o capacidad para autogobernarse.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso reiterar que la LGT y el RNAT han reconocido un régimen especial para la Capital de la República, y además han habilitado a que la Municipalidad Metropolitana de Lima regule sobre dicha materia, respetando determinados caracteres propios de un Sistema de Transporte urbano masivo (moderno), tal como describimos en el acápite anterior.

6. Conclusión

En atención a lo expuesto, es irrefutable que al no existir un cambio en “las reglas de juego” establecidas en el título habilitante y en la normativa vigente, no podemos hablar de un supuesto de revocación parcial (modificación), sino más bien de la ejecución de una condición, que involucró una modificación del recorrido, situación que jamás vulneró la garantía de la seguridad jurídica de los titulares de las autorizaciones.

En razón de lo anterior, al no existir un supuesto de revocación, en tanto no se han modificado “las reglas juego” establecidas, no corresponde calificar esta modificación como un supuesto de revocación, y menos aún exigir algún tipo de indemnización, o que la modificación sea realizada por la máxima autoridad de la Entidad. De acuerdo con ello, es preciso concluir también que no toda modificación de un acto administrativo constituye un supuesto de revocación, como equivocadamente viene sosteniendo la Comisión.

Una calificación distinta fomentaría que las empresas de transporte acudan a INDECOPI para reclamar las anulaciones o modificaciones de los recorridos autorizados, a pesar de que conocían que ello se produciría, y además accesoriamente incentivaría

³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley (...). Op. cit., p 140.

la presentación de solicitudes de indemnización por supuestos perjuicios económicos.

Respecto de la habilitación legal para establecer condiciones a los títulos habilitantes, es irrefutable que las potestades de autogobierno consagradas

constitucionalmente a favor de los gobiernos locales, faculta a dichos organismos para regular el servicio, máxime si dichas facultades (para el caso de Lima Metropolitana en materia de transporte) han sido ratificadas por la LGT y su Reglamento.

LISTA DE AGRADECIMIENTOS

Ana Belén Urbina Silva	Lucy Chacón Malpartida
Adriana Quispe	Luz Marina Ramírez Chipana
Alberto Cairampoma	Mario Huapaya Nava
Alejandro Suca Marcas	Mercedes Hernández Pacco
Alonzo Jiménez Aleman	Miguel Ángel Dávila
Amelia Llacsahuanga Atoche	Miguel Castillo Coronado
Antonio Dávila Viva	Milagros Maraví Sumar
Asunción Robles Rondón	Miriam Alarcón Vargas
Carmen Nelly Aquino Hizo	Mirian Monteza Palacios
Carmen Cárdenas Escajadillo	Natalia María Aguado Maldonado
Carlos Montenegro Vasquez	Nicéforo Sáenz Castillo
Diego Condori	Nicolás Villegas
Diego Zegarra Valdivia	Nolda Maldonado Buendía
Digna Villa Arroyo Vda De Concha	Paloma Friedda Salas Fernández
Doira Oyeni Cabezudo Rodríguez	Patricia Sáenz Carranza
Edith Vega	Paula Mariana Salas Fernández
Estela Hernández Rojas	Paul Misari
Emilia León Cabezudo	Rafael Ramos Iparraguirre
Eugenia Maldonado Farfán	Renzo Salazar Vallejo
Familia Fustamante Fuentes	Rodrigo Dongo Alarcón
Familia Patiño Muñoz	Rosa Malpartida Rosas
Felipe Salas Cornejo	Sebastián Dongo Alarcón
Fernando Aguado Curi	Simeón Orellana Valeriano
Fernando Pomatailla Gálvez	Susan Giovana Rímac
Francisco Quiquia Robles	Teodosio Chacón Lopez
Friedda Eloisa Fernández Bravo	Víctor Emilio Ramos Iparraguirre
Gloria Carranza Saucedo	Violeta Zarela Concha Villa
Gonzalo Romo	Walter Castillo Yataco
Heyner Oscar Lanegra Montes	Walter Fernando Rímac
Jacqueline Kam Paredes	Walter Rímac Durán
Jim Chirinos Ramiz	Yolanda Rojas
Jorge Danós Ordoñez	Zoila del Pilar Rímac
Katherine Rosemary Lanegra Ramírez	Zoila Narro Mendoza
Leoncio Muñoz Lagones	

Autores

Diego Zegarra Valdivia
José Aróstegui Hirano
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
María Quiñones Alayza
Eduardo Quintana Sánchez
Willy Pedreschi Garcés
José León Pacheco
Carlos Baldeón Miranda
Víctor Hernández-Mendible
José Esteve Pardo
Pedro Blanco Peralta
Alberto Biglieri
Martin Otiniano Carbonell
Sergio Cifuentes Castañeda
Santiago Dávila Philippon
Richard Martin Tirado
Carlos Giesecke Sara-Lafosse
Sergio Bravo Orellana
Roxana Barrantes Cáceres
Roberto Vélez Salinas
Jorge Fernández-Baca Llamosas
Julián Palacín Fernández
Julio Aguirre Montoya
Cecilia O'Neill de la Fuente
Patricia Vilcanqui Velásquez
Raúl Torres Trujillo
María Jara Risco
Joaquín Vásquez Córdova
Mario Huapaya Nava
Ernesto Soto Chávez
Alonzo Jiménez Alemán

Luis Pacheco Zevallos
Juan Pacheco Romaní
Edwin San Román Zubizarreta
Cristina San Román
Ernesto Soto Chávez
Jaime E. Luyo
César Butrón Fernández
Giancarlo Vignolo Cueva
César Bedón Rocha
Alfredo Dammert Lira
Ricardo Leyva Flores
Ronald Martínez Correa
Augusto Vargas Rodríguez
Víctor Murillo Huamán
Karina Cahui Huamaní
Anthony Laub Benavides
Fernando Pomatailla Gálvez
Ismael Aragón Castro
Alberto Cairampoma Arroyo
Alberto Ríos Villacorta
Manuel Gascó González
Enrique Moncada Alcántara
Julio Durand Carrión
Antonio Peña Jumpa
José Bonifaz Fernández
Carlos Alza Barco
Sergio Salinas Rivas
Frank Boyle Alvarado
Juan Solís Vélez

ISSN: 2074-0956



9 772074 095008