

LOS BIENES VIARIOS DE LAS MUNICIPALIDADES PERUANAS COMO SOPORTE DEL TRANSPORTE URBANO

Orlando Vignolo

I

LA ESTIMACIÓN DE LAS VÍAS URBANAS COMO ELEMENTO CLAVE PARA EL DESARROLLO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE EN LAS CIUDADES

Es menester señalar que cuando inicie la ampliación de esta investigación iniciada a mediados del año 2013, muchas imágenes y voces de cotidianidad venían a mi cabeza, todas ellas provenientes de una experiencia de vida que me ha permitido observar algunas cuantas realidades locales (desde las congestionadas ciudades del norte peruano, pasando por la situación harto compleja de Lima Metropolitana, hasta el relativo e innovador orden viario y vehicular que siempre ha mostrado la maña Zaragoza). En todos los ejemplos presentados entiendo existe un mínimo común denominador que permite realizar un balance jurídico de sus respectivos transportes urbanos, esto es, el *equilibrio o desequilibrio* que puedan mantener los operadores prestadores de este servicio frente a la infraestructura vial pública siempre limitada (pero expandible) que les sirve de soporte. Si se quiere, siguiendo lo planteado por CARBONELL PORRAS, el éxito o fracaso de estas actividades de cara a los ciudadanos, por más sistema de libre mercado que las defina positivamente en su naturaleza (como sucede en nuestro Derecho), obliga y no impide “que puedan establecerse restricciones si existen desajustes entre la oferta y la demanda, un mercado equilibrado que se desajustaría si se aumenta la oferta, sea necesario para reestructurar la capacidad de las empresas o existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los *recursos disponibles*”².

Así, el necesario traslado en clave jurídica de estos mosaicos y re-

cuerdos me plantean abordar una tema de total actualidad, lleno de polémica que no presenta una atención debida desde nuestra literatura jurídica³ y que bien podría resumirse en una serie de retos a ser *parcialmente* consolidados por parte del Derecho Administrativo, los mismos que jamás deberán perder de vista el valor preponderante que tienen las infraestructuras y las redes de éstas para definir el éxito de este sector en los tiempos actuales. Y digo todo esto, porque será finalmente una mezcla prudente de tecnología (ingeniería vial), con economía de recursos (principalmente aplicados sobre bienes demaniales municipales) y aplicación de la mejor y más dotada política, las que terminen definiendo lo que la ciencia jurídica-administrativa pueda plantearse como objetivos a acometer frente a una actividad que está puesta en el centro de la *objeción* pública peruana.

Sobre el particular, debe entenderse lo que muy bien afirmaba hace casi quince años T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ al referirse al papel secundario y supeditado del Derecho de cara al servicio público y, que puede ser perfectamente trasladable a nuestro objeto de estudio (particularmente a la idea de convergencia de muchos factores extra-jurídicos que juntos permiten entregar soluciones reales a la sociedad). Decía el profesor español que el famoso servicio público “ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión (...) Eso es lo que acabamos de «descubrir», lo que el Derecho Comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos. El resto, muestra sorpresa, resulta sólo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través de un modelo teórico, el servicio público, que era sólo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino sólo de una parte, de una pequeña parte de ella (...)”⁴.

Ahora bien, como primer punto de crítica de nuestro liberalizado transporte urbano quisiera mostrar una rápida revisión del descrito *componente de equilibrio* dentro de nuestro ordenamiento, y la verdad es que

-al menos- en la legislación nacional se puede encontrar algún interés y regulación por las infraestructuras de transporte terrestre de "uso público", nomenclatura ambigua y poco clara que deberá servir para referirse -esencialmente- a una serie de bienes de dominio público, particularmente para contener, entre otras modalidades, a las vías urbanas destinadas "a la circulación de vehículos y peatones" según la demanialización decretada por la parte final del artículo 56 de la LOM y la correspondiente definición contenida en el artículo 2 del RLGTTT. Sin embargo, tal atención no se puede apreciar ni predicar en la inicial norma liberalizadora publicada en *julio 1991* (el Decreto Legislativo 651), por la cual se decretó que "la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros es de *libre acceso*" (ver su artículo 2), sin tomar en cuenta ningún elemento o, al menos, una mención mínima a la infraestructura vial existente, iniciándose el derrotero que hemos continuado hasta ahora, esto es, el de colocar a las "operaciones" (y los prestadores privados) por encima de los bienes demaniales que son aprovechados por las primeras para desplegarse efectivamente en las distintas urbes peruanas. Incluso, en esta primacía poco importa la formalidad o informalidad de la referida operación, pues como veremos luego hay un serie de potestades municipales y estatales que se han quedado sólo incrustadas en el texto normativo.

Es más, podría ser más incisivo y decir que nuestra *legislación nacional sectorial* ha sido bastante profusa respecto a la conducción, circulación, siniestralidad, seguros, la ordenación de los distintos agentes que intervienen en el transporte terrestre, entre otras cuestiones esencialmente ligadas a la problemática del *tráfico*, pero es casi inexistente respecto del soporte material o físico de las anteriores actividades (basta sólo ver que la "gran" norma de sistematización del patrimonio viario estatal -esencialmente- carretero es el RJV, sumada a un CR de reciente aprobación y quizás ciertas nociones referenciales preceptuadas por el REMA). Al respecto, cabe bien decir que estamos ante un ordenamiento esencialmente *operacional*, y, por ende, falta de unos medianos estándares de completitud, teniendo el gran déficit de no haber entregado la debida *juridicidad* a los esenciales bienes públicos que intervienen en las prestaciones del transporte por vía terrestre, particularmente a aquellos que son necesarios en el ámbito local. Dicho de otra manera, debemos asumir que tenemos

una normatividad *incompleta* incapaz de afrontar el reto de enorme envergadura que tenemos frente a las actividades y cosas presentadas en este trabajo, el mismo que finalmente no podrá ser resuelto -exclusivamente- por la iniciativa privada o mediante un inexistente mercado organizador de objetivos de interés público sectoriales, según lo justificaremos luego (por eso, la respuesta involucra a muchos Poderes Públicos, pero en primer lugar al Legislador que deberá llenar un vacío normativo real).

Y lo dicho en la última parte no puede ser atemperado alrededor de la idea de que las citadas normas reglamentarias, al igual que el resto de este régimen estatal, han previsto un amplio trasladado competencial y de responsabilidades sobre el *demanio vial local* a favor de las Municipalidades, tal como puede revisarse -por citar una muestra- en la Quinta Disposición Complementaria Final del RJV, en cuanto a "los criterios de jerarquización" de las vías urbanas. Más bien, y eso debe ser una muestra de aprendizaje permanente acerca de nuestra descentralización administrativa en marcha, es necesario asumir que la Ley del Congreso de la República (y sus normas infra-legales de desarrollo) en materias de interés general, si se pretende que estas últimas sean trasladadas a las organizaciones administrativas descentralizadas, siempre deberán contener *conceptos fundamentales* y sus respectivas *bases normativas* aplicables a todo el territorio nacional, sin posibilidad alguna de que ambas nociones puedan ser eliminadas o desconocidas por cualquier otro Poder Público, salvo que exista un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional o la obligación de no aplicar la disposición inter partes emitida por un Juez común. Más todavía, cabe reconocer, en razón del status constitucional brindado al Parlamento Nacional, que sólo este Poder del Estado *monopoliza* el deber de uniformización normativa anteriormente indicado.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto y desde la señalada perspectiva restringida desconectada de la teoría de los bienes públicos, es menester señalar que nuestro Legislador ha intentado abordar temas cruciales en esta importantísima actividad. En ese sentido, no cabe duda que el aludido tráfico (en concreto el aparecido en zonas urbanas), que es recogido como objeto estelar en el CT y otros dispositivos como la propia LGTTT, es una clara muestra de los intentos por crear un orden normativo con

alguna densidad. Sobre el particular, basta recordar que sólo la regulación de esta materia, sin perjuicio de otras cuestiones aparejadas que las trataremos en este trabajo, fue presentada por el Tribunal Supremo Español como un asunto que "adquiere en nuestros días una nueva y relevante dimensión pública. Puede afirmarse sin exageración que su correcta regulación influye no sólo en la libre circulación de vehículos y personas sino incluso también en el efectivo ejercicio de otros derechos como el de acceso al puesto de trabajo, el disfrute de servicios imprescindibles como los sanitarios, educativos, culturales, etc., sin excluir desde luego su conexión con la protección del medio ambiente y al defensa del patrimonio artístico amenazados uno y otro por agresiones con origen en el tráfico"⁵.

Ahora bien, siguiendo una ruta de solución podemos indicar que una de las claves está en estudiar (y buscar a futuro una regulación) de los bienes públicos viario urbanos, no sólo desde los usos de corte municipal preceptuados por el régimen estatal del transporte terrestre, sino asumiendo que los primeros son un componente indispensable para la "calidad de la vida en la ciudad" y que tienen un alcance superior referido al "acertado ejercicio y la adecuada aplicación de cuantas técnicas jurídicas -normativas, de organización de los servicios públicos, de gestión (...) estén a disposición de las Administraciones Públicas competentes en la materia"⁶.

Pero regresemos a la realidad normativa actual. A desmedro de lo que se viene fundamentando, existe una fuerte distorsión conceptual en el ordenamiento de transporte terrestre que no se condice con la naturaleza demanial de la mayoría de los bienes usados en las operaciones. Así, el Legislador -al barrido- ha señalado el protagonismo de la iniciativa privada en este tipo de "infraestructura (...) en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes" (ver numeral 5.1 de la LGTTT), señalando a continuación la posibilidad de concesión de "infraestructura vial nueva y existente" (ver literal f del numeral 17.1 de la LGTTT). Sin embargo, este papel principal en infraestructura vial es contradictorio con las realidades actuales de nuestras ciudades⁷, y más aún su inclusión no ha llevado aparejada a la prudente posibilidad de equilibrarla con una exigente iniciativa constructiva pública, ejercicio que se insertaría en el arsenal de técnicas puestas a disposición

de las Municipalidades, según los términos explicados en el anterior párrafo. En ese sentido, nuestro ordenamiento ha abandonado la necesidad de colocar en el centro de gravitación de estos emprendimientos -dirigidos sobre las vías urbanas y otras infraestructuras accesorias necesarias para las prestaciones del transporte- a las Municipalidades Provinciales y Distritales, tal como se puede notar en el orden competencial decretado por los numerales 17.1 y 18.1 de l LGTTT (en las llamadas potestades municipales "de gestión" que las habilita vaga y escuetamente con la función de "construir, rehabilitar, mantener o mejorar la infraestructura vial que se encuentre bajo su jurisdicción", sin señalarse ningún parámetro extra o grado de conexión con la mentada iniciativa privada), o, en segundo término, en el vacío artículo 81 de la LOM (que nada preceptúa sobre lo que se viene planteando en este párrafo).

Sin perjuicio que en las anteriores potestades no se reconoce la fundamental y específica capacidad de planificación de vías urbanas que deberían practicar principalmente las Municipalidades Provinciales, con lo cual seguimos en la ruta de exploración de un ordenamiento con muchas carestías⁸; es pertinente indicar que el rol protagónico frente a estos bienes, cuya titularidad es indiscutiblemente local y pública según el artículo 56 de la LOM, siempre ha sido municipal. Pero, sin que este compromiso prioritario implique que el Legislador y la Administración del Estado puedan desentenderse tan abiertamente como está sucediendo hasta ahora.

A mayor ahondamiento, siguiendo lo planteado por DESDENTADO para los Ayuntamientos españoles (que se asemejan mucho a nuestras Municipalidades en protagonismo y habilitación de muchas competencias frente a estas infraestructuras), cabe indicar que esta autora reconocía que estas Administraciones públicas toman "las decisiones relativas a la creación, anchura y trazado mediante su previsión y ordenación urbanística a través de los correspondientes planes. Son también los Ayuntamientos los competentes para la pavimentación de las vías urbanas y los que deben realizar las tareas de mantenimiento y conservación que sean precisas (...) Corresponde, asimismo (...) la ordenación del tráfico de personas y vehículos (...) que incluye la prohibición de paso de vehículos por ciertas calles, la ordenación de la circulación en el casco ur-

bano, la prohibición y autorización de estacionamientos, la competencia para sancionar por infracciones en vías urbanas, y la competencia para declarar una calle o plaza pública de uso peatonal (...) y finalmente son competentes para establecer el régimen de utilización de los bienes que integran el dominio viario local"⁹. Todo lo indicado en la sistematización de potestades y materias relevantes planteadas en esta cita, resultan perfectamente trasladables a nuestra realidad municipal actual.

Adicionalmente, y ya no sólo a partir de la revisión normativa realizada y de las grandilocuentes declaraciones del Legislador acerca de la racionalidad y práctica de "técnicas modernas de gestión de tránsito con el fin de optimizar el uso de la infraestructura existente" (ver numeral 7.1 de la LGTTT); debo decir que los efectos comprobados por diversos y sucesivos instrumentos propios del control de la cláusula del Estado Democrático demuestran la abierta inercia de nuestras organizaciones administrativas municipales en -siquiera- lograr el mantenimiento de aspectos básicos acerca de los bienes viarios, rompiendo con su rol estelar decretado por el ordenamiento. Sobre el particular, puede examinarse la recomendación puntual que señaló la Defensoría del Pueblo a la Municipalidad Metropolitana de Lima en razón de la no activación de sus servicios de construcción y mantenimiento de infraestructura vial esencial y complementaria tal como la "señalización, semaforización, ubicación de paraderos y construcción de puentes peatonales, en las vías expresas, colectoras y arteriales de la ciudad, conforme a la Ordenanza 341 emitida en el 2001"¹⁰.

Peor todavía, pareciera que la Municipalidad señalada en el Informe Defensorial no asume hasta ahora la necesidad de tener un sistema único de transporte de pasajeros frente a un *solo* conjunto de infraestructuras viarias existente en la capital peruana, que le permita descender en la intensidad y cantidad de omisiones que se mencionaron en el año 2008. Finalmente, una sola red vial integrada y multimodal que soporte los diferentes servicios de transporte urbano, siempre será más sencilla de ordenar y controlar para la organización administrativa, antes que muchas paralelas y disgregadas que encasillen a su respectivo grupo de prestadores (y a los propios usuarios). Ahora bien, presento el anterior argumento si-

guiendo a la reciente Ordenanza 1599, norma que comete el implícito error de minusvalorar a los bienes viarios metropolitanos, y separar -a continuación- de su ámbito objetivo a los servicios de transporte público regular de personas, frente a otras prestaciones que se ordenan -en exclusiva- sólo con el contenido de sus tipos títulos habilitantes o, de ser el caso, por el clausulado de sus contratos administrativos (sistemas de autobuses de tránsito rápido, o usados sobre corredores complementarios u otros servicios de transporte masivos). Claro, lo descrito se contrapone de manera antagónica con la unificación "física" y "operacional" decretada luego -y sólo en papel- por la Ordenanza 1613 que regula el denominado Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana, norma que en su artículo 6 otorga la prioridad que merece la infraestructura vial capitalina (en planificación, intangibilidad y racionalización aplicable sobre estos escasos recursos). Frente a esto, cabría preguntarse ¿cómo interpretar dos dispositivos municipales de la misma jerarquía que tienen similar especialidad, aparentan ser complementarios, pero contruidos sobre *ratios* diametralmente opuestos?

En adición de lo formulado, considero que la descontextualización de la infraestructura de transporte terrestre de "uso público" fuera de la teoría de los bienes de dominio público, o al menos, sin los correlatos conceptuales y competenciales más o menos exactos y claros (aplicados sobre una especie típica como las vías urbanas) y la no positivización en el ordenamiento sectorial de una expresa responsabilidad municipal extrema y medible para proteger y acrecentarla en todas las ciudades peruanas, han sido tres de los factores generadores de un verdadero fenómeno de "crisis generalizada del dominio público viario", el cual puede ser verificado no sólo en el deterioro y casi abandono de este instituto jurídico en nuestro ordenamiento vigente¹¹, sino también en los efectos nocivos que esta anomalía produce sobre el bien común.

Así respecto al anterior fenómeno anómalo, basta sólo dar una mirada a los antijurídicos, permitidos de facto e invasivos usos privativos especiales recaídos sobre las vías urbanas que son hechos a diario no sólo por operadores del transporte urbano sino por peatones y otros particulares que intentan ejercitar derechos disímiles, sin ninguna racionalidad, o

mínima disciplina social; o la mucho peor apropiación material¹² de parte o todos estos bienes públicos por parte de puntuales privados¹³ (agentes del comercio ambulatorio, operadores informales del transporte urbano, constructoras, entre otros). En el mismo sentido, a desmedro de lo anterior y el exponencial aumento poblacional, se ha reducido a la mínima expresión la cantidad de vías urbanas existente en muchas ciudades peruanas y, más todavía, no podemos desarrollar otros sistemas de infraestructuras multimodales, tal como lo habían planteado hace algunos años los autores peruanos ESPEJO y PEÑA¹⁴.

Por eso, ahora ya va siendo tiempo de establecer las bases de un régimen nacional de verdadera protección, defensa y reacción punitiva que cubran la integridad y despliegue de estos bienes públicos; funciones que luego se deberán atar de manera sistémica con el resto de potestades municipales de planificación, construcción, gestión y tratamiento que fueron antes resumidas (sobre las mismas volveremos con cierto detalle en la siguiente parte de este trabajo), a fin de acometer en contra de los posibles infractores y los no pocos usurpadores cotidianos de las infraestructuras propias del demanio viario¹⁵. Mejor aún, se hace necesario retomar un nuevo aire más cercano a la posición preponderante que deberán tener las Administraciones Públicas (particularmente las municipales) frente a los bienes públicos urbanos involucrados e indispensables para desplegar estas actividades de transporte ligadas a la idea de un servicio esencial¹⁶, a partir de no sólo de proteger y conservar lo existente, sino como dije, teniendo un afán voraz por el incremento de estas infraestructuras públicas (no importando si provienen de obras públicas o son sufragadas mediante las opciones concesionales que permite nuestro régimen jurídico-administrativo), asumiendo que estas tareas deberán buscar paliar las limitaciones congénitas de una iniciativa privada silente y poco activa¹⁷.

Para lograr el anterior propósito, estimo que no es necesario un cambio radical del vigente ordenamiento positivo (las piezas aunque desordenadas están dispuestas, siempre que se tengan reconocidas las potestades municipales exactas y ciertas nociones uniformes). Pero, por el contrario, si será necesario un fuerte trabajo de interiorización en todos de los interesados y los propios usuarios de lo que son las prestaciones

del transporte urbano, las mismas que no se desenvuelven -por la gracia y valor empresarial de un segmento de operadores particulares con títulos habilitantes- sino a partir de la cantidad y calidad de unos determinados bienes de dominio público (principalmente vías urbanas). Por eso, es indispensable reconducir cualquier intento reformista hacia la ratio de este servicio, siguiendo y haciendo hincapié en lo planteado por FONT I LLOVET: "el incremento de la actividad económica y el desarrollo de la sociedad (...) requieren cada vez con mayor intensidad la predisposición de las infraestructuras públicas adecuadas para satisfacer sus necesidades, bienes públicos que deben hallarse protegidos en su integridad con el fin de mantener su utilidad económica por medio del uso de que son objeto por parte de los agentes económicos. Ello es claro, por de pronto, en relación a las vías de comunicación de todo tipo —carreteras, ferrocarriles, canales de navegación, puertos, etc.—, ámbito éste, por cierto, en el que se desarrollará paralelamente otra importante institución, las obras públicas, en estrecha interconexión con la institución demanial"¹⁸.

Ahora bien, recuperar las vías urbanas como el eje de estas prestaciones esenciales implicará un entendimiento correcto acerca de su mentada racionalidad y limitación (carencias muy tangibles en nuestras ciudades), asumiendo que sobre ellas concurren actividades necesitadas del ejercicio de potestades regulatorias y complementarias a las enunciadas en líneas anteriores¹⁹. Así, uno de los objetos claves de estos nuevos poderes que deberá expresamente entregados a las Municipalidades, debe ser el de implantar y defender ante los propios operadores habilitados y el resto de ciudadanos, la idea esencial de que la utilización de este tipo de vía terrestre se encuentra abierta a todos bajo el principio de libre de acceso²⁰ pero no para satisfacer las necesidades empresariales de algunos, sino para lograr los siguientes tres objetivos de interés general:

- a) El cometido público máximo "del transporte de vehículos, ferrocarriles y personas".
- b) En segundo lugar, la salvaguarda del propio contenido del *derecho constitucional de locomoción o libertad de tránsito* de cada ciudadano reconocido en el numeral 11 del artículo 2 de nuestra Constitución.
- c) Por último, y sólo a partir del cubrimiento de las dos anteriores

finalidades, para tutelar facultades subjetivas ligadas "a otros ámbitos de la autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.)"²¹.

En ese orden de ideas, no debe olvidarse que el *uso común general* es la forma de utilización prioritaria que debe recaer sobre las vías urbanas, asumiendo que el primero permite el paso de los peatones en las veredas (circulación a pie), el tránsito de vehículos con o sin motor y de ciertos *usos especiales* en favor de puntuales privados que necesitarían de autorizaciones administrativas (como las puntuales actividades de comercio ambulatorio legal, otras actividades de corte lucrativo o de nulo interés patrimonial, o la colocación temporal de escombros de las construcciones, la puesta permanente o temporal de instrumentos estáticos de publicidad, etc.), u otros títulos habilitantes (como la *concesión* bajo el régimen de inversión descentralizada aprobado mediante la Ley No. 28059), si es que en este último caso se utiliza o aprovecha la propia acera o el subsuelo de la vía (en estos casos, por ejemplo, me estoy refiriendo a los estacionamientos a nivel o de carácter subterráneo).

Frente a este último punto, es en el que vale la pena citar a DESDENTADO, pues reconoce esta autora que el descrito uso principalísimo de la vía urbana implica colocar al ciudadano en el centro del alcance de estos bienes municipales, permitiéndole el acceso y desarrollo de actividades diversas en "condiciones de libertad, igualdad y gratuidad"²². Por eso, cualquier agresión ante esta consideración definitoria y funcional de la vía urbana no puede ser tolerada ni pasada por alto por la Municipalidad competente, constituyéndose así (junto con los otros tres objetivos de interés públicos antes mencionados), en un verdadero límite que modela el contenido de los derechos constitucionales que posiblemente puedan verse involucrados o se despliegan mediante la directa incidencia sobre el *corpus* de estas infraestructuras municipales (el trabajo en zonas públicas urbanas, el *ius aedificandi*, la libertad de empresa, etc.)

También, por lo fundamentado en el preliminar párrafo, ante el acceso abierto (con parámetros), la concurrencia y la libertad de empresa, entre otros derechos aplicables a los prestadores intervinientes en un verdadero *mercado* operacional del transporte urbano, resulta indispensable

comprender que estas facultades y principios terminan siendo piezas ensambladas en un servicio esencial, las cuales no dejan de tener el mismo carácter *utilitario* que los propios bienes viales utilizados para el despliegue efectivo del conjunto de la operación. Todos ellos, a su vez, en su alcance, se constituyen en elementos *instrumentales* sumamente importantes del que depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de finalidades de nuestros ciudadanos²³. Por eso, tras estas ideas quiero dejar sentada mi posición de desterrar la defensa de la libre competencia o del mercado de transportistas por sí mismos, por el contrario ambos son *medios*, que al ser protegidos en su justa medida, deberán servir para satisfacer directamente el bienestar general.

II

¿QUÉ POTESTADES Y NOCIONES NOS HACEN FALTAN EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL EN REFERENCIA A LAS VÍAS URBANAS?

Hasta esta parte del trabajo resulta claro que nuestro Legislador no ha positivizado ni sistematizado un orden competencial municipal adecuado a la actual trascendencia social y económica de los bienes viarios urbanos (situación que sería posible de ser extendida al resto de bienes municipales). En ese contexto, más allá de un listado amplio de cosas públicas que conforman el patrimonio de estas organizaciones administrativas (ver los artículos 55 y 56 de la LOM y el errático artículo 46 de la LBD), que incluiría la extraña alusión a "rentas", "tributos", "contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos", recursos presupuestarios de diferente origen y los "caudales, acciones, bonos, participaciones sociales, derechos o cualquier otro bien que represente valores cuantificables económicamente"²⁴, además de algunas potestades de las que daremos cuenta a continuación; podemos indicar que tenemos Municipalidades desprovistas del poder necesario para afrontar el reto que la actual realidad local les impone, esto es, la de ser unas dinámicas administradoras de vías urbanas capaces de rentabilizar, acrecentar y mantener el número y calidades de éstas (no importando si lo hacen por mano propia, asumiendo el tratamiento correspondiente de las iniciativas privadas o mediante asociaciones público-privadas), sin descuidar a continuación una postura regulatoria de amplios

márgenes que sea capaz de acometer el despliegue efectivo del servicio esencial del transporte urbano de carácter multimodal.

Sobre las últimas potestades regulatorias más relacionadas con el tráfico y el otorgamiento de títulos habilitantes, supervisión, fiscalización y sanción recaídas sobre el contenido específico de un cabal mercado prestacional²⁵, debo indicar que las mismas no son objeto directo de este trabajo (aunque alguna alusión han merecido anteriormente), razón por la cual sólo la explicación de los poderes que tienen directa incidencia sobre los bienes viarios y, como no, los conceptos fundamentales salidos de estas cosas municipales apropiables que podrían ser pasibles de aparecer en unas hipotéticas bases legislativas, serán las dos grandes cuestiones que ocuparán mi atención en las siguientes líneas de este parágrafo.

II.1 UN ORDEN COMPETENCIAL CON LAS POTESTADES EXACTAS PARA TRATAR A LAS VÍAS URBANAS

Si se hace un rápido recuento de las potestades con las que actualmente se manejan nuestras Municipalidades de cara a la gestión de sus bienes públicos, encontraremos algunas importantes que no pueden ser dejadas de mencionar; sin embargo, es claro que la tendencia del Legislador peruano materializada en la LOM e incluso en la inicial LBD es al desorden competencial, a una marcada deflación en la entrega de poder frente a los objetivos impuestos al ejecutor, una permanente duplicidad de potestades o funciones y, finalmente, a la indiscriminada aparición de muchas materias y competencias compartidas entre las organizaciones administrativas territoriales²⁶ (varias de las cuales no se sustentan en una cobertura técnica o jurídica medianamente seria). Como bien señalaba el desaparecido profesor A. CÉSPEDES, todo este paquete de normas de organización aparecido al hilo de un renovado proceso de descentralización administrativa de la década pasada, se originó con muchas confusiones que llevaron por ejemplo a compartir potestades que ya estaban transferidas a favor de un titular, o simplemente no contempló otras materias y funciones surgidas durante la liberalización de los años noventa relacionadas principalmente con la regulación de mercados²⁷.

Así, sólo en el tema de los bienes municipales, nos encontramos de saque con potestades o funciones que los asumirían desde un plano general. Por ende, estos poderes tendrían como objeto evidente y recaerían sobre las vías urbanas, en tanto se tratan de infraestructuras de uso público y titularidad municipal; sin embargo, recalcó que los primeros son sólo respuestas parciales para el urgente proceso de explotación económica y social al que deben servir en tiempos actuales²⁸. Estas potestades genéricas sobre bienes municipales serían las siguientes:

a) Las *potestades normativas* de naturaleza legislativa y reglamentaria repartidas entre el Concejo Municipal y el Alcalde que permiten las aprobaciones de Ordenanzas y Decretos de Alcaldía (que contendrían reglamentos ejecutivos) destinados a reglar asuntos diversos desde una versión estricta y ya defendida del *patrimonio municipal* (todo esto a partir de asumir la macro materia de creación del régimen de la auto-organización y funcionamiento municipal habilitada por varios fragmentos de la LOM). Dentro de este ámbito tan extenso, se pueden aprobar normas municipales dispersas o únicas que permitan ordenar los siguientes rubros:

(i) Las condiciones y clasificación de *demanialidad* de ciertos bienes (las definiciones del uso público recaído sobre bienes o infraestructura ya predeterminados o afectados directamente al aprovechamiento o utilización general por el Legislador nacional tales como las propias las "vías y áreas públicas, con subsuelo y aires", las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, lagos y otros que pudieran ser asumidos casuísticamente en la condición de bienes de dominio público municipal por especiales razones justificantes).

(ii) Los posibles bienes de dominio privado de esta organización administrativa.

(iii) El régimen local de intervención de privados sobre estos bienes para permitir su enajenación, disfrute, aprovechamiento, uso gratuito, entre otras modalidades de utilización o disposición definitiva mediante el otorgamiento de diferentes títulos habilitantes o contratos como las concesiones, cesión en uso, donación, venta mediante subasta pública, etc. Estas normas también incluirán como objeto el relacionamiento aún limitado y poco desarrollado con otras entidades administrativas u "organis-

mos del sector público" para "donar, o permutar, bienes de su propiedad".

(iv) Dependiendo de sus competencias territoriales, las normas de planificación contenidas en varios instrumentos tipificados en la LOM, como el fundamental Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel Provincial y los que más impactan sobre bienes públicos locales tales como el Plan de Desarrollo Urbano, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas y el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos. En este punto considero, siguiendo a ABRUÑA y BACA que un mecanismo de planificación es producto de una potestad normativa y en sí mismo es un norma que innova el ordenamiento positivo, fijando en muchos casos el margen de discrecionalidad de la organización municipal y permitiendo "llevar a cabo de forma óptima los fines administrativos, a través de las técnicas administrativas ordinarias"²⁹.

(v) La aprobación del régimen jurídico de administración de bienes a cargo del Concejo Municipal, el cual engazaría con las materias previstas en los numerales i, ii y iii de este orden competencial (ver numeral 19 del artículo 9 de la LOM).

(vi) Finalmente, pueden encontrarse un conjunto de disposiciones municipales que pueden estar pensadas para regular el régimen concreto de algunas de las potestades ejecutivas que trataremos a continuación.

b) Las *potestades ejecutivas* constituyen un variopinto grupo de funciones ligadas a los siguientes rubros puntuales de los bienes municipales:

(i) Las potestades de administración y gestión general de bienes municipales que pueden ser ejercitadas por cada Municipalidad "en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley", a partir de su propio régimen normativo (ver artículo 55 de la LOM). Al respecto, debe entenderse que estas funciones tienen un carácter extenso incluyendo la capacidad jurídica de una organización municipal -en cuanto titular y sin distinción alguna- para adquirir, poseer, aprovechar, conservar, defender y rentabilizar sus bienes municipales a favor de los intereses públicos locales³⁰. Puntualmente, la adquisición de bienes municipales ha sido prevista como una de las pocas funciones típicas de este macro competencia, incluyéndose de manera expresa en el inciso 8 del artículo 56 de la LOM, además de la potestad de lograr el incremento gratuito y correcta gestión patrimonial mediante "la petición de adjudicación de tierras estatales" (el acrecentamiento sin costes de suelo urbano destinado a la expansión de

las ciudades preceptuada por los artículos 60 y 61 de la LOM) y el control sobre el destino de los posibles bienes que done, ceda o concesione hacia una finalidad pública pre-determinada (tales como los objetivos no lucrativos o "la realización de obras o servicios de interés o necesidad social" preceptuados en los artículos 65 y 68 de la LOM).

(ii) Las potestades de tutela registral recaídas sobre los "bienes inmuebles municipales", que puede ser ejercitada de manera discrecional si es que el Alcalde lo pide y luego lo aprueba de manera expresa el respectivo Concejo Municipal (ver artículo 58 de la LOM). Al respecto, debe entenderse que esta función también incluiría la preparación, consolidación y reajuste efectivo de los datos contenidos en el denominado "margésí de bienes municipales" (ver artículo 57 de la LOM), verdadero registro administrativo que es considerado por el Legislador como un deber básico de toda Municipalidad, llegando incluso a presentar -en caso de afectaciones- una difusa y poco clara "responsabilidad solidaria del alcalde, el gerente municipal y el funcionario que la municipalidad designe en forma expresa". Ahora bien, el margesí permitiría a una organización municipal "inventariar cuantos bienes y derechos integran su patrimonio"³¹

(iii) Un grupo de potestades de disposición, adjudicación para el aprovechamiento y de otorgamiento de diferentes relaciones recaídas sobre terceros privados u organizaciones del sector público ajenos al propietario municipal, que incluirían la organización, culminación y ejecución de los *contratos públicos* otorgados mediante las diferentes modalidades de procedimientos de transferencia, cesión en uso, concesión, arrendamiento, la modificación del estado de posesión o propiedad, previo Acuerdo de Concejo Municipal o incluso la realización antelada de una consulta popular que lo autorice o apruebe (ver artículos 59, 65, 66 y 67 de la LOM). Los anteriores procedimientos incluirían la realización de *subastas públicas* bajo normas municipales (esencialmente enajenaciones), la utilización de los procedimientos y contratos propios instaurados por la *LMPID*, la extraña y poco regulada adjudicación de contratos sometidos al *derecho privado* que son autorizados previamente por actos administrativos (aparecidos principalmente en varios organismos públicos adscritos a las Municipalidades como las Sociedades de Beneficencia Pública o sus

empresas de forma jurídica-pública) y el otorgamiento de contratos de donación o permuta de sus bienes con otras *organizaciones administrativas o Poderes Públicos*.

De todo lo presentado en líneas anteriores, resulta claro que al menos la *gestión* de los bienes municipales podría tener reales posibilidades de ser desplegada, siempre que los órganos administrativos competentes cuenten con un régimen propio previamente establecido por el correspondiente Concejo Municipal, el mismo que deberá desarrollar y adaptar el *orden competencial* habilitado por el Legislador nacional a la realidad local. Sin embargo, las potestades tipificadas en la LOM por sí mismas no bastan. Así, como bien indica PIMIENTO, existe un trinomio de procesos que son necesarios en tiempos actuales, pues viene ocurriendo "una evolución del derecho de los bienes públicos que de una manera esquemática, puede ser dividida en tres etapas sucesivas: Conservación/Gestión/Valorización. Cada etapa engloba a la anterior"³².

Entonces es evidente que la LOM ha sido diseñada para que las Municipalidades puedan administrar y hasta incluso acrecentar los bienes municipales existentes implicando algunos visos de resguardo registral (sólo para inmuebles), pero sin asumir verdaderamente la necesidad de tener reconocido un previo sistema de *conservación* que les permita afrontar las agresiones o distorsiones producidas por privados u otros Poderes Públicos que, aunque planteadas específicamente en este trabajo para las vías urbanas, pueden hacerse extensivas para todos los bienes municipales. Por tanto, hace falta construir, sin perjuicio de un largo listado de potestades³³, un completo régimen nacional de protección y defensa de bienes públicos que le de forma a la ineludible obligación de tutela del patrimonio municipal (la cual aparece *implícita* tras la titularidad y las labores de administración); sobre todo y con mucho énfasis, cuando el objeto de resguardo sea un bien de dominio público.

Particularmente en el caso de las vías urbanas, clarísimos bienes demaniales y de uso común³⁴, según la declaración expresa del artículo 56 de la LOM, se hace necesario construir un régimen exacto referido a la "protección de la legalidad urbanística"³⁵ capaz de acometer las disfuncionalidad de los derechos de propiedad urbana o de posibles poseedores

precarios que ya han sido reseñados, además de permitir la determinación física y el permanente destino de aprovechamiento general de este bien (mediante ejercicios libres con arreglo siempre a su naturaleza viaria y con propósitos *principalísimos* de conectividad y de permitir los desplazamientos de las personas y vehículos)³⁶. En otras palabras, este sistema de ordenación debe ser un medio que permita materializar las características de inembargable, inalienable e imprescriptible de las vías mediante su introducción en los planes municipales, permitiendo a continuación que estas normas vinculen a todo proceso constructivo, económico o de aprovechamiento singular privado, o, incluso lleguen a limitar válidamente los derechos pertinentes de los administrados. En ese sentido, considero que este probable sistema normativo debería tener un doble origen, en primer término, mediante una modificación por ampliación de la LOM y, en segundo lugar, a través del desarrollo de Ordenanzas propias por parte de cada organización municipal (esto no sería otra cosa que una cláusula general de resguardo patrimonial emitida por el Legislador y las concretizaciones específicas por cada bien municipal según los territorios provinciales o distritales a cargo de cada Legislador local).

En concordancia con este *ordenamiento* de salvaguarda de las vías urbanas, hace falta dotar a las Municipalidades con potestades exactas que permitan el despliegue y eventual eficacia de este sistema ante supuestos concretos. Estas funciones de naturaleza *reactiva* deberán complementar las normas planificadoras y de ordenación urbanística y deberán referirse principalmente a la protección de la titularidad, la posesión y el destino de estos bienes municipales, asumiendo incluso la necesidad ineludible de contar con un sistema sancionador cuya única finalidad sea la de garantizar la preservación y correcta utilización de estos bienes viarios³⁷.

Sobre lo último, debe señalarse que la *potestad sancionadora* ha sido expresamente entregada a las Municipalidades mediante la competencia amplia referida a la imposición de sanciones por el incumplimiento de las "normas municipales" (ver la primera parte del artículo 46 de la LOM); sin embargo, no ha existido un avance positivo mediante Ordenanzas que recojan de manera antelada los tipos infractores por el incumplimiento de especiales prohibiciones, deberes o limitaciones contenidas en normas

municipales, el respectivo procedimiento para procesar al imputado y un catálogo de sanciones³⁸ aplicables a las agresiones practicadas en contra del *demanio* viario. Por eso, sería claro afirmar que nuestro régimen municipal adolece del señalamiento de conductas antijurídicas que atenten contra el contenido físico o corpus, alcance, propósito, incluso el deber de colaboración privado en defensa de estos bienes municipales, más allá de algunos dispositivos destinados a frenar el uso privativo y disfuncional aparecido a la sombra del nocivo comercio ambulatorio no autorizado³⁹. Para mayor profundización, nos hace falta -exactamente- ordenamientos punitivos locales destinados a mantener los fines públicos de "ordenación, vigilancia y disciplina de las vías públicas"⁴⁰.

Por otro lado, para ir cerrando esta parte del trabajo, debo indicar que un rápido listado de concretas potestades que serían indispensables para ensamblar respuestas adecuadas ante la *conservación* de las vías urbanas y del propio conjunto de los bienes municipales, podría resumirse en la siguiente lista de faltantes que podríamos indicar como las *potestades* diferenciadas, pero todavía inexistentes en nuestro Derecho. En primer término, nuestro Legislador nacional debería reconocer a favor de las Municipales un arsenal de poderes, sin necesidad de agregar las competencias sancionadora y de tutela registral que ya se encuentran establecidas en la LOM, que sea capaz de conformar un régimen *exorbitante* de protección de sus bienes públicos, a partir de materializar en el caso concreto el privilegio administrativo de la autotutela. Así, hace falta plantear el ejercicio obligatorio de catalogación e inventario pormenorizado de los bienes municipales y, particularmente, de las vías urbanas⁴¹; a continuación es necesario habilitar a estas organizaciones administrativas con las funciones de investigación cuyo objeto sea "averiguar la situación de aquellos bienes cuya titularidad no consta pero existen indicios de que pudieran corresponder a la entidad local, lo que supone la inexistencia de datos o documentos que justifiquen la propiedad o posesión y la existencia de indicios de que la propiedad pudiera corresponder a la Corporación"⁴². En adición hace falta incorporar la muy útil potestad de deslinde, que permitiría a las Municipalidades fijar unilateralmente las fronteras o límites de un bien propio a fin de definirlo e incluso de declarar provisionalmente su posesión o cualquier otro estado posesorio⁴³. Finalmente, sin entrar a

mucho detalle porque será materia de una próxima investigación, nuestra LOM adolece del señalamiento de las competencias defensivas referidas a la recuperación posesoria y al potente desahucio administrativo destinadas a "preservar la integridad material"⁴⁴ de los bienes municipales.

II.2 LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES QUE NOS HACEN FALTAN EN NUESTRO RÉGIMEN DE VÍAS URBANAS

En concordancia con la revalorización del demanio viario que ha conducido la primera parte de este trabajo, resulta indispensable incluir en la LGTTT, RLGTTT y los ordenamientos municipales pertinentes, el concepto de red de vías urbanas, asumiéndolo como elemento de avanzada que permitiría consolidar la idea de infraestructura continua de caminos terrestres en una ciudad, organizada de una manera determinada y conectada físicamente en varios puntos mediante túneles, puentes, avenidas, pasos a desnivel; capaz de unirse a otras infraestructuras del transporte como aeropuertos, vías y estaciones férreas, puertos, etc.; cuya finalidad es la locomoción y desplazamiento de personas y bienes⁴⁵. Evidentemente este nuevo concepto, permitiría instaurar la idea de prestaciones multimodales y, con ella la no tan novedosa fórmula del servicio combinado, entendido este último como una específica "integración de los sistemas de carretera y ferroviario para lograr la máxima eficiencia económica. El transporte combinado nace de la necesidad de superar los modelos económicos y técnicos del modelo de transporte puerta a puerta en el interior de un solo modo de transporte, así como de la constatación de que la integración modal de los sistemas de transporte reduce los efectos negativos competenciales de los transportes por carretera y ferroviarios (...) promoviendo, por el contrario, la complementariedad de los sistemas"⁴⁶.

Sin embargo, a desmedro de la anterior explicación y tal como ya se habrá notado, ni la noción de *infraestructura*, ni tampoco el concepto de *demanio o dominio público viario urbano* (que integraría a las primeras bajo un régimen único y también especial) han sido introducidos y tratados en nuestras normas positivas. Así, en primer término debe entenderse que salvo la escueta definición del REMA referido a la infraestructura de

transporte de uso público de alcance nacional, entendida como "el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal" (ver literal i del artículo 3); no existe mayores avances por parte del Legislador que consoliden la idea de que las vías urbanas deben ser adaptadas y se instrumentalizan bajo el contenido más actual de la infraestructura. Es más, el correcto planteamiento hecho por el REMA, genera una disgregación entre una noción más avanzada aplicable sólo a la red vial nacional⁴⁷ frente a un hueco conceptual que termina llevando a las vías urbanas sólo hacia al aspecto de la instalación física, tanto en la *ratio legis* de su ordenamiento como en su tratamiento ejecutivo por parte de las Municipalidades, sin asumirse a continuación que sobre cualquier calzada pueden integrarse elementos no tangibles y otro tipo de servicios (medios inmateriales referidos a de tecnología visual, prestaciones de video-vigilancia ciudadana, elementos de escucha sonora para desastres naturales, etc.). Más todavía, la falta de reconocimiento de este instituto no permite desplegar a su concepto indivisible: la mencionada *red*, pues como bien indica ARIÑO, la "idea de red deviene en (...) algo consustancial a (...) la infraestructura de la misma forma en que lo era el de construcción al de obra pública"⁴⁸.

Por otro lado, acerca del demanio o dominio público viario urbano o local, sin perjuicio que no existe un concepto expreso, resulta evidentemente que parte de esta omisión se debe a que nuestras disposiciones nacionales han puesto un notorio énfasis sobre la carretera, a partir de caracterizarla de manera algo clara⁴⁹, frente a una abierta indefinición de las vías urbanas⁵⁰; desequilibrio que luego se expande a la ordenaciones municipales e impide llevar el carácter demanial de estas infraestructuras a una sistematización mínima (ver el mencionado artículo 56 de LOM). Por tanto, si no sabe de qué se compone el demanio viario (cuál es su alcance), no se le puede definir con exactitud y menos entender de qué se trata. Frente a esta situación nada favorable, hace falta no sólo plantear un concepto de vías urbanas (tal como se ha hecho al inicio de este acápite), sino también entender que éstas son la médula y quedan ensambladas o integran el instituto superior repetidamente formulado, a fin de servir utilitariamente de "soporte, por su afectación, al servicio a los ciudada-

nos, a los territorios y a la economía en general"⁵¹. Siendo así, y siguiendo a DESDENTADO, el demanio viario urbano o local es un conjunto de infraestructuras municipales "cuya importancia social y económica es manifiesta, pues son el soporte imprescindible para la circulación de bienes y personas, para la prestación del servicio (...) de transporte, para el acceso del hombre al medio natural y al disfrute de su entorno, e incluso, para la realización de actividades de ocio o deportivas (...) a lo que suma también, en algunos casos, el desempeño de una importante función ecológica"⁵²

Regresando al punto de inicio de este acápite, un factor adicional a tener en cuenta en la introducción del concepto de red de vías urbanas es que éste permitiría poner en valía y sacar a la luz el principio de responsabilidad pública recaído sobre los hombros de nuestras Municipalidades Provinciales y Distritales, de cara al sostenimiento y expansión de esta infraestructura viaria que deberá conformarse en cada localidad. No debe olvidarse que este papel municipal prioritario -actualmente dejado a su suerte- deberá aparecer en cualquier intento reformista, siendo su implantación indispensable para preservar el interés público, pues como bien lo fundamentó ESTEVE PARDO el "denso tejido de servicios, prestaciones e infraestructuras, que se ha configurado en el último siglo no es sólo ya que políticamente resulte irrenunciable en sus contenidos esenciales, sino que no puede prescindirse materialmente de él ya que tiene sus dependencias estructurales y tecnológicas que requieren una dirección o intervención continua con una visión de conjunto, pública; no sólo para atender a los intereses de los ciudadanos y destinatarios de prestaciones, sino para proveer también de servicios a los propios agentes económicos y prestadores a su vez de otros servicios añadidos. En los llamados servicios en red, aunque no sólo en ellos se hace bien perceptible esa configuración estructural y tecnológica que impone una tutela y regulación pública"⁵³.

Dicho lo anterior, cabría reconocer que algunas de las anteriores fórmulas conceptuales han aparecido en la reciente y ya mencionada Ordenanza 1613 de Lima Metropolitana, al menos en cuanto a la integración de los modos de transporte de la capital (llamada por la norma como "integración física y operacional, de medios de pago y tarifaria") y la implantación de un red única de corredores unidas a las vías ferroviarias

del Metro Lima (sistema masivo que tiene su propio régimen separado y dependiente del Poder Ejecutivo); sin embargo, basta recordar que esta disposición aunque perfectible deberá ir acompañada de una enorme tarea de construcción, expansión y posterior mantenimiento de las correspondientes infraestructuras viales⁵⁴; caso contrario, el Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana será una fantasía acompañada de la cobertura de un papel mojado⁵⁵.

III

FRENTE A LA PRIVATIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DEL TRANSPORTE URBANO, ES VÁLIDO PREGUNTARSE SI ¿EXISTE LIBERALIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL EN LAS CIUDADES PERUANAS?

En este punto, quisiera iniciar por presentar un pequeño balance sobre el ámbito de la liberalización del servicio de transporte urbano iniciada en el país en el año 1991 con la puesta en vigor del señalado Decreto Legislativo 651, frente a las vías urbanas. Y como conclusión adelantada debo decir que este concepto multisignificante a pesar de haberse introducido y permanecer vigente en la LGTTT y su RLGTTT bajo una de sus modalidades (como despublicación o despublicatio que conlleva la devolución del sector de parte del Poder Público al mercado), sólo ha sido aplicable en puridad a las operaciones del transporte gestionadas por particulares habilitados previamente por las Municipalidades, debiendo estas concretas prestaciones ser consideradas como "originariamente (...) privadas sometidas a los controles que el mantenimiento del orden público aconseje"⁵⁶.

A desmedro de las anteriores cuestiones, de ninguna manera puede decirse que las vías urbanas y otros bienes municipales complementarios aplicables al servicio indicado en el presente acápite han pasado a la administración, responsabilidad gestora y consecuente explotación de privados interesados. Es más, tal como habíamos adelantado en líneas anteriores, la gestión indirecta de estos bienes de dominio público que se montaría instrumentalmente en los contratos de concesión de obra pública, algunos muy específicos de concesión de prestaciones fundamentales para el inte-

rés público vial⁵⁷ o de asociación público-privada; sólo quedó confinada a puntuales proyectos capitalinos, los mismos que actualmente se encuentran desarrollándose en fases iniciales o medias de ejecución.

Toda esta visión más modesta ante la iniciativa privada plenamente sustentada en los datos fácticos de más de dos décadas, se contraponen frente al impulso inicial del Legislador por promoverla "en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes" (ver numeral 5.1 en la LGTTT), a fin de lograr un conjunto de infraestructuras terrestres concesionadas, incluso con específicos correlatos físicos como "la construcción y operación de terminales de transporte terrestre de pasajeros o mercancías" (artículo 8 de la LGTTT); con lo cual, cabe comprender que el mercado no sólo no se ha sentido atraído hacia el aprovechamiento de esta porción importante del dominio público urbano, si no que adicionalmente el primero siempre tendrá restricciones originales frente a determinados empeños que impiden su plena operatividad, no sólo por la falta de retornos monetarios o imposibilidad de desplegar eficazmente las facultades de la libertad de empresa y otros derechos de contenido económico y social, sino y principalmente por "la presencia de infraestructuras y condicionantes materiales que tienden a imponer monopolios naturales al menos en ciertos sectores de la actividad económica (...)"⁵⁸.

Con esto, no quisiera que el lector asuma una tendencia del autor hacia el cuasi-acaparamiento equilibrador de la operación en las esferas de unos cuantos prestadores, ante la evidente falta de vías urbanas que padecen nuestras ciudades (con una realidad que busque asemejarse a la intervención prestadora que realizaba nuestra administración pública durante y antes de los años ochentas del siglo pasado); por el contrario, lo que pretendo mostrar es que la liberalización del transporte urbano es sólo parcial y este fenómeno no presenta posibilidad alguna de enraizarse sobre su soporte material o físico, pues aunque se intente incentivarla (incluso con normas expresas), estos bienes de dominio público, indispensables y afectados al interés general, siempre corresponderán al ámbito de lo que los alemanes llamaron como "funciones no privatizables"⁵⁹.

Al respecto, la profesora MOREU CARBONELL mostraba al-

gunos antecedentes que bien podrían ser explicativos de estas aparentes contradicciones o eclosiones entre subsidiariedad social, bienes públicos, prestaciones de mercado y cubrimiento satisfactorio del interés público, que se encontrarían tras este repetido desapego de los privados por la gestión rentada practicada sobre las vías urbanas y la falta de un mínimo impulso público de tutela sobre estas cosas. Indicaba la autora española que las causas de este proceso tan contradictorio estaría por un lado, en la perspectiva de que "el régimen del dominio público se considera un obstáculo —por su rigidez— para el desarrollo de las grandes infraestructuras públicas, en un camino que evoluciona hacia la desvinculación de los clásicos conceptos de obra pública/dominio público. La finalidad de conseguir mayor rentabilidad económica con estas redes de infraestructuras, financiadas y gestionadas ahora por entidades privadas, parece ser incompatible con el dominio público. Por otro lado, la liberalización de los servicios públicos afecta necesariamente al sustrato material de dichos servicios, rompiéndose también el binomio servicio público/dominio público. Binomio que, además, ha dejado de identificarse con el dominio público, puesto que también los bienes patrimoniales se encuentran materialmente afectados a servicios y finalidades públicos"⁶⁰.

Sin embargo, ninguno de los dos extremos de adelgazamiento o ensanchamiento del contenido del demanio público viario o local pueden servir para entregar lo mejor y más necesario en las actuales circunstancias de las infraestructuras del transporte urbano, en el sentido que ni su liberalización es una respuesta correcta, ésta no se ha dado y por tanto debe ser despojada de atributos de sobreestimación; ni tampoco el dominio público puede ser calificado -abiertamente- como un problema que impide y plantea vallas al financiamiento privado de diversas vías urbanas previamente atractivas al mercado⁶¹.

En todo caso, la clave -a mi modo de ver- está en entender lo que el profesor LÓPEZ-RAMÓN denominó como la "escala de publicidad de las cosas públicas", presentada como un medio de equilibrio para delimitar el ámbito de éstas, tratando de mostrarlas como un grupo bien heterogéneo que deben presentar sub-tratamientos jurídicos desde una base común. Decía de manera expresiva el autor aragonés que la "mencionada

escala (...) nos facilita no sólo una guía para comprender la intensidad de las potestades públicas de regulación y apropiación de las cosas, sino también un instrumento para calibrar el ajuste de tales potestades al ámbito del necesario desenvolvimiento de la propiedad privada en función de las utilidades públicas que prestan las cosas. Bajo la óptica del Derecho, los límites de la escala funcionan como conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción puede generar situaciones de incertidumbre y requiere siempre examinar las circunstancias del caso concreto"⁶².

Por eso, es urgente ante los intentos privatizadores o de achaques de males al instituto jurídico-administrativo, la implantación de un entendimiento abierto, equilibrado y más funcional de éste, no como un elemento tradicional de acaparamiento y, a veces, abandono y destrucción de un sinnúmero de cosas necesarias para la salvaguarda intereses públicos, sino bajo una faceta nueva que permita "el desarrollo de unas «obligaciones de dominio público» para los bienes de quienes realizan funciones públicas, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, orientadas a garantizar su integridad física y su afectación al fin público de que se trate. Ello permitiría compatibilizar los criterios de rentabilidad de ciertos servicios desregularizados con las necesidades del servicio universal, sin incurrir en las graves rigideces que ahora plantea la vieja institución del dominio público"⁶³.

Creo, esta configuración práctica de imposición de obligaciones de dominio público es una respuesta valedera ante los retos que plantea la imposibilidad de despublificar parte del demanio urbano, pero sin que esta dureza mediatice o haga desfallecer las iniciativas privadas en infraestructuras viales que sean rentables, y sobre las cuales deberá recaer el anterior concepto mediante la introducción de cláusulas exactas en el respectivo contrato administrativo, las mismas que deberán definir principalmente las condiciones de permanencia, igualdad y regularidad del uso público⁶⁴ imputables a las vías urbanas, otros bienes secundarios previamente concesionados, o incluso sobre bienes de propiedad del gestor considerados necesarios para proteger intereses viarios o derechos de los ciudadanos involucrados. Todo esto, sin perjuicio de la protección y garantía de la integridad física de estas cosas y otras prerrogativas clásicas de

los bienes públicos conformantes del nivel de apoderamiento que quiera dársele al concedente⁶⁵ (como la reducción de inalienabilidad de un bien del concesionario afectado directa e inmediatamente al interés público).

Pero, estas introducciones contractuales y casuísticas de las *obligaciones de dominio público* son sólo la primera parte de un largo camino que debe llevarnos al cambio de nuestra vigente legislación de bienes estatales, la reducción del maremágnum de normas municipales y regionales que regulan las respectivas agrupaciones bienes y cosas públicas de estas organizaciones administrativas descentralizadas y -como no- de la propia jurisprudencia constitucional, siendo necesario abandonar la limitada *dicotomía* entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado que se mantiene en nuestro Derecho, subsistiendo a partir de una incorrecta y cerrada alusión extraída del artículo 73 de la Constitución y los posteriores desarrollos normativos inferiores (ver por ejemplo los literales a y b del numeral 2.2 del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA).

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

ABREVIATURAS

CR: Clasificador de Rutas del Sistema Nacional de Carreteras, Decreto Supremo 012-2013-MTC.

CT: TUO del Reglamento Nacional de Tránsito, Decreto Supremo 016-2009-MTC.

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

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

LBD: Ley de Bases de la Descentralización, Ley 27783.

LOM: Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

REMA: Reglamento marco para el acceso de infraestructura de transporte de uso público, aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 014-2003-CD-OSITRAN

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

RJV Reglamento de Jerarquización Vial, Decreto Supremo 017-2007-MTC

(ENDNOTES)

1 Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura. Abogado Asociado del Estudio Echeopar (Perú). Profesor de Contratos del Estado de la Universidad de Piura (Perú). Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista, de la Red Iberoamericana de Contratación Pública y de la Red Iberoamericana de Bienes Públicos.

2

Carbonell Porras, Eloísa; “Transportes” en Vol. Col. *Tratado de Derecho Público Aragónés*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010, p. 1634.

3

Más allá de algún solitario trabajo que se citará en este artículo, en otras ciencias como la economía se pueden encontrar varios documentos recomendables. Por ejemplo, es interesante revisar uno ligado a la evaluación de esta actividad frente a aspectos de salud ambiental (centrado en la gigantesca contaminación urbana que a diario se genera en Lima Metropolitana y que puede ser perfectamente trasladable -con sus correspondientes valores proporcionales- a las siguientes cinco grandes ciudades peruanas tales como: Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Iquitos y Piura). *Vid.* Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, “El transporte urbano y la contaminación del aire en Lima” en Boletín de Economía y Ambiente, número 68, año XII, pp. 1-4. También, resulta interesante de revisarse, entre otros documentos afines, el Informe Defensorial 137 de noviem-

- bre del año 2008 denominado “El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida”.
- 4 Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy” en Revista de Administración Pública, número 150, 1999, p. 62.
 - 5 Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 18 de junio del 2009, f.j. 5.
 - 6 Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 29 de mayo del 2000, f.j. 4.
 - 7 Digo esto, sin que sea una crítica al sector empresarial, pues finalmente los privados buscan rentabilizar y ampliar beneficios económicos, y definitivamente con una realidad municipal tan débil resulta complicado sentirse atraído e invertir mediante los diferentes regímenes que promoverían las concesiones “del dominio vial urbano” (principalmente instrumentalizados en la LMPID y los contratos de asociación público-privados regulados por el Decreto Legislativo 1012). Adicionalmente, y en concordancia con lo señalado en el párrafo principal, actualmente son poquísimos los proyectos de este tipo de infraestructura en los que la iniciativa privada haya tenido algún papel, así pueden contarse con una sola mano a los dos megaproyectos capitalinos de Vía Parque Rímac y Vías Nuevas de Lima (ambos en plena ejecución). El resto de grandes ciudades peruanas (que superan o se acercan al medio millón de habitantes) no presentan mayor desarrollo en la captación recursos de privados para estos propósitos (a desmedro que alguna de ellas -como Chiclayo- no tendría otra forma viable de acrecentar el dominio vial, pues no cuentan con canon de ningún tipo, con lo cual debe llamarse fuertemente la atención de esta omisión a sus autoridades locales). Todo esto se ve reflejado en la contabilidad final de los fondos privados invertidos en la infraestructura del transporte, el que fundamentalmente se centra en aeropuertos, puertos, algunas operaciones ferrocarrileras y carreteras de la red vial nacional. Al respecto, ver el rápido recuento que hace Zevallos, Juan Carlos, “Algunas reflexiones sobre el futuro de la regulación de la infraestructura del transporte en el Perú” en Revista de regulación en la infraestructura del transporte, número 7, año 2011, p. 13 y ss.
 - 8 Considero, que la aludida función que recaería sobre las vías urbanas puede extraerse de la planificación general e integral del “desarrollo local y el ordenamiento territorial”, la aprobación de los denominados “Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial”, “Plan de Desarrollo Urbano” y la organización de la “infraestructura urbana” preceptuadas de manera correspondiente para las

-Municipalidades Provinciales- en el numeral 4 del artículo 9, el artículo 73 y el numeral 1.2 del artículo 79 de la LOM. Mientras, para el caso de las Municipalidades Distritales, esta competencia se encontraría incluida en la realización del “plan urbano distrital” propugnado por el numeral 3.1 del artículo 79 de la LOM, el cual deberá encontrarse sujeto “al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia”. Sin embargo, esta falta de especificidad es sólo una muestra más del poco valor que nuestro Derecho ha dado a las vías urbanas y, en general, al dominio público viario, dejándolos librados al azar y a una planificación urbanística que presenta gigantescas deficiencias a lo largo del país.

- 9 Desdentado Daroca, Eva, “Las vías urbanas” en Vol. Col. *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, Volumen III, p. 3189.
- 10 Ver la tercera recomendación del citado Informe Defensorial 137 de noviembre del año 2008 denominado “El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida”, p. 185.
- 11 Es pertinente señalar que no existe rastro positivo de éste en nuestra legislación sectorial, ni en la propia LOM, salvo en ciertas Ordenanzas de algunas Municipalidades (tal como la señalada Ordenanza 1613 de la Municipalidad Metropolitana de Lima).
- 12 Sólo así, bajo la antijurídica idea de pertenencia “artificial” sobre parte del demanio viario (sobre las vías urbanas), es que puede explicarse que los operadores privados del transporte urbano, que se manejan empresarialmente a su cuenta y riesgo a partir de un título habilitante, hacen huelgas y paralizaciones en varias oportunidades, rompiendo con los niveles de continuidad y permanencia que surgen de estas prestaciones esenciales para el desenvolvimiento de derechos diversos y el “correcto desarrollo de la economía”. Vid. Gimeno Feliú, Jose María, “Los transportes” en Vol. Col. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Cívitas, Madrid, 1999, p. 1058. Evidentemente, estas paralizaciones no traen a continuación las respuestas de las Administraciones Públicas competentes adecuadas al *principio de responsabilidad pública* aplicado a la presente materia, el cual aparece reconocido de manera implícita en los artículos 3 y 4 de la LGTTT, en el sentido que éstas deben salvaguardar “el establecimiento y mantenimiento de un sistema común de transporte, mediante la coordinación e interconexión de las redes, servicios o actividades que lo integran, y de las actuaciones de los distintos órganos y Administraciones (...) *junto a la obligación de satisfacer las necesidades de la comunidad con un máximo grado de eficiencia y con el mínimo de coste social (...)*”. Vid. Garcés Sanagustín, Ángel, “Estado social y ordenación de los transportes terrestres” en Vol. Col. *Estudios so-*

bre el ordenamiento jurídico del transporte, Universidad de Zaragoza-Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1990, p. 27.

- 13 Cfr. Sánchez Blanco, Ángel, “Sobre la delimitación de las vías urbanas” en *Revista de Administración Pública*, número 86, 1978, pp. 449-459.
- 14 Señalaban estos autores que “aunque la cantidad de vías para el transporte colectivo es un concepto relativo el cual depende de que tan eficiente sea la movilidad urbana y con cuál calidad se ofrece el servicio, en general, es posible afirmar que todas las ciudades latinoamericanas (...) disponen de una cantidad reducida (medida en kilómetros) de vías brindadas para el transporte colectivo. En particular hacia finales del año 2007, Lima, la quinta ciudad más poblada (...) poseía tan sólo 34 kilómetros de vías dedicadas al uso de transporte colectivo, lo que representó el 0.3% de la oferta total de vías de transporte”. *Vid.* Espejo Rubén y Peña Ernesto, “Las infraestructuras del transporte masivo urbano sobre vías férreas: el sistema eléctrico de transporte para Lima Metropolitana” en *Revista de regulación en la infraestructura del transporte*, número 6, año 2011, p. 168.
- 15 Sobre los usurpadores de bienes públicos, el profesor L. Martín-Retortillo decía -en épocas finales del franquismo español- que existía un fenómeno radical y difícil de explicar por el cual las personas que se apropiaban de bienes municipales podían “defenderse mucho más fácilmente que los entes públicos (...) en un momento de concentración de poderes en los entes públicos (...) no deja de sorprenderme, al menos a simple vista, que al Estado y, sobre todo, a los Municipios, se escatimen sus poderes a la hora de defender su patrimonio. O, dicho de otra manera, que se escatimen sus poderes a la hora de tratar de evidenciar y reducir a los usurpadores de bienes públicos”. *Vid.* Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Recuperación municipal de camino. La imprescriptibilidad: ¿mito o posibilidad? Deslinde y recuperación posesoria. Las nuevas desamortizaciones” en *Revista de Administración Pública*, número 61, 1970, p. 161. Que duda cabe que estas reflexiones tan lejanas en el tiempo pueden usarse para los momentos actuales en las que muchas de nuestras Municipalidades Provinciales (principalmente las del norte del país como Piura y Chiclayo) y la Metropolitana de Lima deben afrontar realidades complejas y hartamente explosivas; sin tener todas ellas las potestades entregadas por el Legislador y con un déficit sensible de normas propias referidas a sus respectivos patrimonios públicos. Ahora, estas entidades administrativas deberán plantar cara ante una clase particular de ciudadanos que se sienten titulares de unos artificiales derechos de pertenencia, posesión y disfrute sobre las vías urbanas, in-

cluso considerándolas como cosas sujetas a prescripción adquisitiva y que pueden ser objeto de defensa mediante procesos constitucionales maleables o diseñados a su antojo; esto último por la inercia, poca elaboración dogmática y el desprecio por los bienes públicos que ha tenido -en general- nuestra Judicatura. Al respecto, sólo hace falta mirar las *absurdas* alusiones planteadas por el ex-Juez Urbina La Torre en el marco de un proceso de Habeas Corpus recaído en el Exp. 27631-2012 (proceso exclusivamente aprobado para tutelar el derecho a la libertad personal y otras facultades conexas), por el que ordenaba a la Municipalidad de Lima el no ejercicio de su potestad de restricción del tránsito de vehículos de carga pesada en zonas alejadas al todavía litigioso ex-mercado mayorista de “La Parada” (a través de la colocación de bloques de cemento). Quizás, este ex-magistrado, sin perjuicio que no tuvo en cuenta en su resolución ningún fundamento de la teoría de los bienes públicos, olvidó abiertamente que las organizaciones municipales se encuentran premunidas de un amplio margen discrecional para “normar, regular y planificar el transporte terrestre” preceptuada por el numeral 1.1 del artículo 81 de la LOM, incluyendo dentro de este orden competencial del tráfico a las potestades de contenido restrictivo y las actuaciones materiales que impedirían el paso de vehículos no autorizados a circular en ciertas arterias no diseñadas para soportar técnicamente su peso (como sucedía en este caso con los camiones de carga de alimentos y víveres que discurrían muy cerca al casco histórico y central de la capital peruana).

- 16 Esta categorización se puede deducir de la declaratoria y exigencia de intervención protectora del Estado referida a “la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad”, que viene señalada en el artículo 3 de la LGTT, sin que a continuación se pierda el protagonismo principalísimo de la iniciativa prestadora privada en esquemas de mercado y libre competencia (ver artículo 3 de la LGTTT). Sobre la definición de esta técnica prestacional se puede revisar a Martínez López Muñoz, José-Luis, “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)” en Vol. Col. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo III, 2000, p. 2800. En el derecho peruano puede examinarse las nociones brindadas por Baca Oneto, Víctor, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano” en Vol. Col. *Teoría de los servicios públicos*, Lima, Grijley, 2009, p. 366. También, incluye al transporte terrestre en la

- categoría de *servicio esencial* el autor Vines Arbulú, César Martín, “Aplicación del principio de subsidiariedad estatal en el servicio de transporte terrestre: la situación peruana” en Revista de Regulación Económica de la Universidad ESAN, Año 3, p. 94.
- 17 En concordancia con lo expuesto en el párrafo principal, debo indicar que la iniciativa municipal sobre las infraestructuras viarias urbanas se deberá enmarcar en la nueva posición que desempeña -en general- cualquier Administración Pública, la misma que “paso en corto tiempo de ser un mero guardián interesado en la integridad física del dominio público (...) a ser un activo administrador, que asienta en él sus servicios y decide sobre la modalidades de su utilización por los particulares”. *Vid.* García Pérez, Marta, “La naturaleza jurídica de la autorización y concesión, a propósito de la utilización del dominio público” en Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, número 1, 1997, p. 339.
- 18 Font I Llovet, Tomás, “La protección del dominio público en la formación del derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños” en Revista de Administración Pública, número 123, 1990, p. 25.
- 19 En esta materia me estoy refiriendo a los *dos* contenidos regulatorios que muy bien definidos el profesor argentino Aguilar: “la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de mecanismo de resolución de controversias entre intereses contrapuestos. Mas esa intervención no se manifiesta como una forma de «decir el derecho» respecto a una situación pasada .al estilo de un tribunal jurisdiccional., sino de resolver un conflicto de intereses con la finalidad de que, gracias a dicha resolución, puedan realizarse transacciones en el mercado. Dicho de otra forma, la regulación al resolver tales conflictos lo que hace es mirar al futuro, conformando a un determinado mercado”. Por otro lado, estas potestades también implicarían una intervención “de naturaleza «perpendicular» al no limitarse, como ya se ha dicho, a delinear un marco general de actuación, sino al obligar a los agentes a actuar de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera. De esta peculiar circunstancia se deriva que no se trata de una mera conformación unilateral de relaciones bilaterales anudadas entre un particular y el Estado (...) sino que ésta aparece configurando una relación que se establece entre dos extremos particulares .entre oferta y demanda, entre proveedores y consumidores, prestadores y usuarios, competidores entre sí”. *Vid.* Aguilar Valdez, Oscar, “El acto administrativo regulatorio” en Documentación Administrativa, números 267-268, septiembre del año 2003-abril del año 2004, pp. 291-292.
- 20 Cfr. López Garrido, Diego, “La liberalización del transporte ferroviario” en Revista de Administración Pública, número 132, 1993, p. 429.

- 21 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 3482-2005-PHC/TC, de 27 de junio del 2005, f.j. 17.
- 22 Desdentado Daroca, Eva, “Las vías urbanas”...Ob. cit. p. 3203.
- 23 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 3482-2005-PHC/TC, de 27 de junio del 2005, f.j. 17
- 24 Sobre las relaciones y diferencias entre cosa, bien y patrimonio, y mostrando un sentido que ha sido *parcialmente* recogido por el artículo 56 de la LOM, se ha indicado que el patrimonio de titularidad administrativa se conforma de bienes y derechos *apropiables* que “no incluyen ni se confunden ya con los elementos que nutren las haciendas públicas, esto es, el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros o de tesorería de las Administraciones, (...) o, con una expresión más sintética (...) los derechos y obligaciones de contenido económico”. *Vid.* López-Ramón, Fernando, “Teoría jurídica de las cosas públicas” en Revista de Administración Pública, número 186, 2011, p. 12. Por eso, es que los derechos y rentas de corte económico que se aluden en el artículo 55 y el numeral 4 del artículo 56 de la LOM, además de los literales b, c, d, e, f y g del artículo 46 de la LBD, no formarían parte -en estricto- del patrimonio municipal y deberán ser incluidos en los aspectos propios de lo que podría llamarse como el *régimen de la Administración Financiera del Estado* relacionada con la gestión general de los fondos públicos, regulado, entre otras normas, por la Ley 28112 y el ordenamiento de descentralización fiscal aplicable a las entidades administrativas como los Gobiernos Regionales y las Municipalidades (acudir al Decreto Legislativo 955 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 114-2005-EF). Buena parte de estos derechos y rentas forman parte de los ingresos municipales provenientes y clasificables por un doble origen: por un lado presupuestario, y en segundo término por el criterio de la tesorería y contabilidad gubernamental. Así, pueden identificarse los siguientes tipos de ingresos municipales: (i) **ingresos propios**, entre los cuales se puede asumir a los impuestos, tasas, rentas de propiedad y saldos de balance; y, (ii) **transferencias intergubernamentales** trasladadas desde el Gobierno Nacional hacia las Municipalidades, entre las que destacan por su importancia principalmente el canon y sobrecanon de distinta índole, Foncomún, renta de aduanas, vaso de leche, regalías mineras y el Fondo de Desarrollo de Camisea. Sobre estas difíciles y todavía inexploradas diferencias entre patrimonio público y la hacienda pública (concepto último cercano a nuestro sistema de Administración Financiera del Estado) puede revisarse a Castillo Blanco, Federico y Quesada Lumbreras, Javier, “El patrimonio de las entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas” en el Vol. Col. *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, Madrid, 2004, p. 25 y ss.

- 25 Un buen trabajo sobre las competencias municipales del tráfico y circulación en la realidad local española, que incluirían a las normativas y las de corte ejecutivo (ordenación y control del tráfico, las órdenes, la potestad sancionadora, de coacción administrativa directa, o la de emisión de títulos habilitantes para actividades particulares) puede ser vista en Cano Campos, Tomás, “Las competencias de los municipios en materia del tráfico” en Vol. Col. *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, Volumen III, p. 2573 y ss.
- 26 Las Administraciones Públicas territoriales o generales son mal denominados por ciertas normas (como la propia LBD) y operadores como “niveles de gobierno”, en directa alusión a nociones surgidas de la gestión pública. En realidad, estas entidades administrativas que serían la Administración del Estado (Poder Ejecutivo), los Gobiernos Regionales y las Municipalidades se refieren a lo que se conoce como Administraciones Generales pues “tienen asignadas sobre el territorio en el que se asientan todas las funciones necesarias para cumplir o atender el bien común o el interés general de la correspondiente colectividad territorial. Son territoriales o pertenecen a un ente territorial. El ejercicio de sus funciones alcanza a todas aquellas personas que, con independencia de sus posibles condiciones especiales, se asientan sobre el territorio”. *Vid.* Abruña Puyol, Antonio, *Delimitación jurídica de la Administración Pública*, Palestra, Lima, 2010, p. 158.
- 27 Cfr. Céspedes Zavaleta, Adolfo, *Derecho Regional*, Jaime Campodónico Editor, Lima, 2005, p. 199.
- 28 Cfr. Pimiento Echeverri, Julián Andrés, *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, pro manuscrito, p. 26.
- 29 Abruña Puyol Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho administrativo*, pro manuscrito, p. 234.
- 30 Cfr. Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2006, p. 66.
- 31 López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 77.
- 32 Pimiento Echeverri, Julián Andrés, *Derecho Administrativo de Bienes...* Ob. cit. p. 26.
- 33 Sobre el particular, la LOM adolece, además de potestades propias de la conservación, de una *cláusula* exacta que determine la salvaguarda obligatoria y permanente de sus bienes y derechos mediante funciones administrativas pre-determinadas. Esta misma norma debería también cumplir el papel de enlace frente

- a las probables responsabilidades disciplinarias y penales de los funcionarios o empleados públicos competentes que la omitan o agredan abiertamente. Por citar un ejemplo, en el ordenamiento español, el numeral 2 del artículo 9 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio o también llamado “Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”, preceptúa expresamente que las “entidades locales tiene la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos”. *Vid.* Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cir. pp. 66-67.
- 34 El uso público de la vía urbana que propugna el artículo 56 de la LOM (también entendido como uso común o general) puede ser entendido como la utilización por parte de cualquier particular que “corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás (...) el uso general del demanio se considera un derecho de uso cívico de carácter gratuito derivado del estatuto general del administrado”. *Vid.* López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos...* Ob. cit. p. 152.
- 35 Cfr. Desdentado Daroca, Eva, “Las vías urbanas”... Ob. cit. p. 3202.
- 36 Cfr. López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos...* Ob. cit. p. 152.
- 37 Cfr. Desdentado Daroca, Eva, “Las vías urbanas”... Ob. cit. p. 3202.
- 38 El Legislador peruano tipifica las siguientes formas exactas de imposición de sanciones municipales: “multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos”. Sin embargo, permite que las municipalidades, mediante sus Concejos Provinciales o Distritales, puedan crear otras formas de punición adaptadas a sus necesidades institucionales o al sostenimiento de los intereses públicos locales (ver tercer párrafo del artículo 46 de la LOM).
- 39 Como había indicado en el anterior acápite del trabajo, el comercio ambulatorio no autorizado en vías urbanas es una ola incontenible para muchas de nuestras grandes ciudades. Sin embargo, a desmedro de la falta de potestades administrativas y acciones judiciales especializadas que permitan proteger adecuadamente estos bienes demaniales, los Legisladores locales siempre han tenido especial predilección por emitir normas referidas a la mencionada temática, sin que a continuación, se obtengan resultados muy halagüeños. Así, salvo una reciente recuperación de

- vías urbanas en la ciudad de Piura (calles ubicadas en los alrededores del mercado modelo de esa urbe), luego de más de treinta de años de ocupación precaria de comerciantes informales, se puede decir que es bastante poco lo que se puede mostrar en general. Para mayor detalle, en el ordenamiento de la Municipalidad Provincial del Callao se puede revisar la Ordenanza 000055, norma que extrañamente aprueba el *reglamento* del comercio ambulatorio dentro de esta jurisdicción (mediante una Ley de ámbito local).
- 40 Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cit. pp. 164-168.
- 41 Algún desarrollo de esta potestad para las vías metropolitanas de la capital peruana se puede notar tras las catalogaciones y categorías generales de infraestructura incluidas en el Plano del Sistema Vial Metropolitano que define la estructura vial del área de Lima - Callao (ver la antes mencionada Ordenanza 341).
- 42 Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cit. p. 171.
- 43 Cfr. Oliván del Cacho, Javier, “Montes” en Vol. Col. *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cívitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 1469.
- 44 Ruiz López, Miguel Ángel, *La potestad de desahucio administrativo*, INAP, Madrid, 2012, p. 227.
- 45 Cfr. Ariño Ortiz Gaspar y otros, *Principios de derecho público económico*, Ara, Lima, 2004, pp. 689-690.
- 46 López Garrido, Diego, “La liberalización del transporte...” Ob. cit. p. 441.
- 47 La red vial nacional es el conjunto más importante de las vías existentes en el país, según la jerarquización planteada por el RJV. Es definida por el artículo 4 de esta norma reglamentaria como la agrupación de “las carreteras de interés nacional conformada por los principales ejes longitudinales y transversales que constituyen la base del Sistema Nacional de Carreteras”.
- 48 Ariño Ortiz Gaspar y otros, *Principios de derecho público...* Ob. cit. p. 689.
- 49 El literal d) del artículo 2 del RJV indica que la carretera es un “camino para el tránsito de vehículos motorizados, de por lo menos dos ejes, con características geométricas definidas de acuerdo a las normas técnicas vigentes”.
- 50 De manera errada, el literal u) del artículo 2 del RJV no define a las vías urbanas, pues indica, siguiendo un criterio negativo o de expurgación, que éstas serán “las arterias o calles conformantes de un centro poblado, que *no* integran el Sistema

Nacional de Carreteras SINAC)". Ante esto, cabría preguntarse si se puede conceptualizar a un objeto mediante elementos que no lo caracterizan o por su no pertenencia a una agrupación de vías completamente alejadas de su funcionalidad y naturaleza intrínsecas (como sucedería con las carreteras).

- 51 Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, "La Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía: servicio público viario y dominio público viario" en Revista Andaluza de Administración Pública, número 43, año 2001, p. 399.
- 52 Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas"...Ob. cit. p. 3180.
- 53 Esteve Pardo, José, " "La regulación de la economía desde el Estado" en Vol. Col. *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativa-Aranzadi, Santander, Volumen II, pp. 90-91.
- 54 Sólo para mostrar algunas de las tareas urgentes que deberán realizar la Municipalidad de Lima y de otras grandes ciudades que exceden el medio millón de habitantes, como bien indica el autor López Garrido la constatación y existencia efectiva de la integración modal de transporte implica la necesidad imperiosa de "infraestructuras idóneas (terminales intermodales) que hagan posible la racionalización de los transbordos desde un sector del transporte hacia otro". *Vid.* López Garrido, Diego, "La liberalización del transporte...Ob. cit. p. 441.
- 55 Otras grandes ciudades peruanas como Trujillo y Arequipa también han planteado la necesidad de contar con Sistemas Integrados de Transportes Urbanos; además vale también rescatar el inicio de la construcción del primer servicio de transporte masivo por rieles fuera de Lima Metropolitana llamado *Metro Wanka*, ubicado en Huancayo y concesionado en su operación a favor de la empresa Ferrovías Central Andina. En el mismo orden ideas, sobre la ciudad de Trujillo mencionada en este comentario, he tenido acceso a sus normas legales y reglamentarias emitidas por su Municipalidad Provincial destinadas a crear y sostener su Organismo Público Descentralizado denominado "Transportes Metropolitanos de Trujillo" cuyo ámbito funcional se refiere a los proyectos "vinculados al nuevo sistema de transporte público urbano e Interurbano de la Provincia". Al respecto, puede revisarse las Ordenanzas Municipales 020-2011-MPT, 021-2012-MPT y el Acuerdo de Concejo 112-2013-MPT.
- 56 Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho...*Ob. cit. p. 436.
- 57 Con relación a lo indicado en el párrafo principal, me estoy refiriendo a las sub-

- modalidades contractuales de gerencia o de gestión delegada interesada cuyos probables objetos serían la entrega a manos privados de la regulación del tránsito en rutas troncalizadas mediante dispositivos de control. Acerca de estas formas de contratos administrativos prestacionales cercanas a la concesión de servicio público puede revisarse a Araujo-Juaréz, José, *Derecho Administrativo General-Servicio Público*, Paredes, Caracas, Tomo II, 2010, pp. 246-249.
- 58 Esteve Pardo, José, “La regulación de la economía desde el Estado... Ob. cit, p. 86.
- 59 Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 1061 y ss.
- 60 Moreu, Carbonell, Elisa, “Desmitificación, globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público”” en *Revista de Administración Pública*, número 161, 2003 p. 446.
- 61 Cfr. Ruiz Ojeda, Alberto, “La financiación privada de obras públicas” en Vol. Col. *La financiación privada de obras públicas: marco institucional y técnicas aplicativas*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 126.
- 62 López-Ramón, Fernando, “Teoría jurídica de las cosas públicas” en *Revista de Administración Pública*, número 186, 2011, p. 40.
- 63 Moreu, Carbonell, Elisa, “Desmitificación, globalización de los bienes públicos... Ob. cit. p. 476.
- 64 Cfr. Embid Irujo, Antonio, “ Las sociedades estatales para la construcción: explotación, adquisición y... de obras hidráulicas: nuevas reflexiones” en Vol. Col. *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, Tomo I, 2003, p. 466.
- 65 Cfr. Moreu, Carbonell, Elisa, “Desmitificación, globalización de los bienes públicos... Ob. cit. p. 466.