

El servicio de limpieza pública a cargo de las municipalidades y las dificultades existentes para el cobro individualizado del servicio

Richard Martin Tirado*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCESIONES Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS. 3. RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES. 4. RÉGIMEN DE LA REGULACIÓN EN LAS CONCESIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES. 5. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES. 6. CONCESIONES DE LIMPIEZA PÚBLICA POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES. 7. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL DE LIMPIEZA. 8. EL CASO RELIMA. 8.1. ANTECEDENTES. 8.2. POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL CON RESPECTO AL CASO RELIMA. 8.3. POSICIÓN DE CONSUCODE CON RESPECTO AL CASO RELIMA. 8.4. POSICIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES DISTRITALES AFECTADAS. 8.4.1. MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO. 8.4.2. MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES. 9. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente artículo es llamar la atención sobre las dificultades que se presentan en la prestación de ciertos servicios públicos y la necesidad de actualizar en forma permanente los sistemas de contraprestación que debe percibir una sociedad concesionaria por la gestión indirecta de dichos servicios.

Para ello, se analiza un tipo de concesión propia del nivel de los gobiernos locales, pero que resulta de vital importancia para otros casos, como es el servicio público de limpieza. En el análisis

de este tipo de concesión, se ha podido detectar que no existen formulas universales o de aplicación uniforme a todas las concesiones. Cada contrato de concesión, al margen del nivel de la entidad concedente o del marco normativo que le sea aplicable, nos ofrece sus propios problemas. Frente a ello, la fórmula o “receta” más adecuada parece no estar en las normas generales sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. De hecho, es posible y recomendable buscar respuestas en los propios mecanismos que inspiran la gestión indirecta en la prestación de

* Profesor de Derecho Administrativo en la Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Privada de Piura

servicios públicos y en la articulación de intereses que sustenta a la asociación público-privada en materia de provisión de infraestructura y de prestación de servicios públicos.

Como es de público conocimiento, en los últimos años y como parte de los procesos de privatización en los que se ha visto inmerso el país, se han venido utilizando diversas técnicas administrativas como la concesión, la misma que se ha extendido del ámbito de competencias del gobierno nacional a los gobiernos regionales, gobiernos locales y a la legislación sectorial.

Para el adecuado funcionamiento del régimen de concesiones en sus diversos niveles de gobierno, se puede afirmar que el Estado debe adecuar el ejercicio de su función reguladora, en razón a que:

“Por un lado, puede proveer directamente dichos servicios, alternativamente, puede promover que sean empresas privadas las que se encarguen de ello o alguna combinación intermedia”¹.

Tal como lo indica Dolores Rufian: “El tema de la concesión se encuentra ligado a la provisión indirecta de bienes y servicios públicos”². Asimismo, la citada autora nos indica que esta forma de prestación de servicios viene a “(...) resolver el problema de la gestión de servicios públicos cuya explotación requería una técnica empresarial,

interponiendo para ello una empresa privada”³.

Desde el punto de vista de la organización del Estado, se requieren adoptar las siguientes medidas para una gestión indirecta y eficiente de sus servicios:

- Regular aquellos aspectos no previstos en el contrato de concesión;
- Fiscalizar en forma adecuada los servicios;
- Asumir la gestión directa del servicio en determinadas circunstancias; e
- Imponer sanciones y rescatar el servicio en algún momento de las manos del gestor.

En el ámbito de los gobiernos locales, también es posible la gestión indirecta en diversos servicios públicos, tales como el de limpieza, pero con reglas específicas que nos permitan cumplir con las finalidades propias de este tipo de servicio. Precisamente, en las líneas que siguen, se tratará de demostrar que la adopción de “nuevas reglas” no significa desnaturalizar el régimen de la concesión administrativa, sino actualizar y otorgarle un esquema dinámico a esta técnica administrativa, en función de los mecanismos de asociación público-privada (APP).

En el caso del servicio público de limpieza, existen una serie de problemas prácticos, pues gran parte de las dificultades se encuentran vinculadas a la

¹ Diseño de Gestión Pública y Regulación - INSTITUTO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL (ILPES). Diseño estratégico e infraestructura básica. Naciones Unidas. Junio, 1999. p. 19.

² RUFÍAN LIZANA, Dolores M. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica. Chile, 1999. “En efecto, tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de dichos bienes o servicios: la directa por el Estado, a través de sus servicios públicos dependientes o centralizados e independientes o descentralizados; y la indirecta, cuya forma más conocida es la concesión y que implica la intervención del sector privado en la provisión o gestión del servicio, manteniendo en todo caso el Estado la titularidad del mismo.”

³ Ibidem.

individualización del servicio prestado a los usuarios. A partir de ello, se ha identificado una aparente contradicción entre la naturaleza contractual de la concesión administrativa y la forma en la que el concedente abona el pago de la retribución a la sociedad concesionaria.

En términos concretos, se cuestiona el pago que, en este tipo de servicios públicos locales, debe realizar la sociedad concesionaria a través del tributo municipal denominado arbitrio⁴.

Para entender la lógica que subyace al mecanismo de pago existente en materia de servicio de limpieza pública, es necesario superar el concepto tradicional de la concesión administrativa y evaluar la dinámica existente en relación a la participación público-privada en los proyectos de concesión.

De acuerdo a ello, podrán existir situaciones en las que el Estado asuma el pago de la contraprestación a percibir por la sociedad concesionaria, sin que ello implique una desnaturalización de los procesos de otorgamiento de obras públicas o servicios públicos en concesión. No basta, pues, partir de la premisa inmutable que la retribución de la sociedad concesionaria sólo sea atribuible al usuario. Hoy en día, es posible encontrar mecanismos

compensatorios de ingresos a favor de los concesionarios, tales como el cofinanciamiento estatal o el subsidio.

En función de lo expuesto, es necesario examinar el régimen de concesiones de los gobiernos locales, así como su marco regulatorio. Posteriormente, se analizarán las competencias de las municipalidades en la prestación de un servicio público en particular, así como la problemática inherente al servicio de la limpieza pública. Finalmente, se estudiará la problemática existente en la naturaleza del contrato entre las municipalidades y las empresas “concesionarias” del servicio de limpieza pública con el objetivo de aclarar la naturaleza de la prestación y la relación jurídica existente entre ambas partes.

2. CONCESIONES Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.

Para Ariño⁵, existe una crisis en el sector público que requiere una reformulación de las diversas formas de actuación del Estado en la actividad económica, en particular en el rol del Estado Prestador. En palabras de dicho autor, “se ha realizado una transformación profunda del concepto [Estado Prestador] y régimen de los servicios públicos económicos tradicionales. (...) Parece necesario el fomento de la competencia, con la introducción de

⁴ La Norma II del Título Preliminar del Código Tributario señala cuál es el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo y precisa que dicho código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos y que para esos efectos el término genérico tributo comprende:

- Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
- Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. ARA Editores E.I.R.L. 1ra Edición: 2004. Sección Octava “Modalidades de la actuación administrativa en la vida económica”. p. 297.

agentes privados en competencia con los públicos, lo cual exigirá la actuación del Estado financiador para el fomento de actividades no rentables, pero imprescindibles a la comunidad⁶, (subrayado agregado).

En países sub-desarrollados como el Perú, este tipo de actividades buscan satisfacer las demandas sociales por servicios básicos. La insuficiencia de recursos públicos y poca experiencia en la provisión eficiente de servicios requiere el uso de mecanismos que ayuden a superar estas carencias, tales como las Asociaciones Público-Privadas (APP)⁷.

Existen diversas formas de definir las APP. Felices precisa que una definición de este tipo de actividad “se refiere únicamente a ciertas clases de proyectos de infraestructura que cuentan con cofinanciamiento público y privado, mientras que en la más amplia comprende modalidades de inversión que se extienden desde la privatización hasta el modelo tradicional de Project Finance (...)”⁸.

Este tipo de asociaciones son particularmente atractivas, pues “(...)

permiten al Estado diferir el impacto financiero (conceptuado como el pago de la retribución que efectúa el Estado a favor del concesionario) hasta que el servicio es prestado efectivamente a los usuarios finales del mismo; otorgando, por ello, mayor flexibilidad presupuestal a los gobiernos centrales, regionales o locales que promueven el proyecto”⁹.

Existen diversas formas de APP, entre las cuales destacan, de acuerdo con Guasch¹⁰, 1) Oferta y operación pública, 2) Outsourcing, 3) Acuerdos de “corporatización” y performance, 4) Contratos de Gestión, 5) Leasings, 6) Contratos de Franquicias, 7) Concesiones¹¹, 8) Contratos BOT (Construir-Operar-Transferir), 9) Contratos BOO (Construir-Adquirir-Operar), 10) Desposesión mediante licencia, 11) Desposesión por venta y 12) Oferta y operación privada.

En relación a este tema, es necesario que el Estado determine qué tipo de APP llevará a cabo en cada proyecto. Por ello, cabe destacar lo mencionado por Fanelli¹² en el sentido que: “Cuando el Estado sabe lo que quiere y cómo lo quiere, llama a Licitación Pública; cuando sabe lo que

⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Ibidem*. p. 297.

⁷ FELICES S. Enrique. *Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El nuevo rostro del Project Finance*. Revista Themis N° 50. p. 141. El autor se remite a la clara oposición entre el modelo convencional de propiedad estatal y el modelo de privatización, así como la determinación de la APP como un modelo intermedio: “El modelo basado en la propiedad estatal se sustenta en la existencia de un Estado autogestionario que provee por sí mismo los recursos necesarios para el desarrollo de una obra o la prestación de un servicio público. Del otro, la privatización [el modelo diametralmente opuesto] implica la transferencia de la propiedad y operación de una empresa pública al sector privado.”

⁸ FELICES S. Enrique. *Op. Cit.* p. 140.

⁹ FELICES S. Enrique. *Op. Cit.* p. 139.

¹⁰ GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing it Right*. WBI Development Studies. World Bank Institute. April, 2004. p. 24.

¹¹ De acuerdo con Guasch, en sentido amplio, las concesiones abarcan los contratos de leasing, de franquicia, de concesión propiamente dicha y de “Construir-Operar-Transferir”. GUASCH, J. Luis. *Op. Cit.* p. 24.

¹² FANNELLI EVANS, Guillermo. *La concesión*. Revista Argentina del régimen de la Administración Pública. Buenos Aires, Noviembre 1993. p. 104.

quiere, pero no cómo lo quiere, llama a un concurso de proyectos integrales; cuando no sabe lo que quiere ni como lo quiere, llama a la presentación de iniciativas”.

En un sentido amplio, las concesiones son el medio más extendido de existencia de las APP, pues en opinión de Vargas Fritz¹³, en la acepción amplia “(...) la Concesión sería el Acto o Contrato Administrativo que “crea”, a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo o que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía absolutamente”¹⁴, (subrayado agregado). Por otra parte, en la acepción restringida, Vargas Fritz considera que debe entenderse a la concesión como “(...) El Acto o Contrato Administrativo que otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia del ente público; o bien, el Acto o Contrato Administrativo que transfiere al particular derechos propios de la Administración”¹⁵, (subrayado agregado). Tal como señala este autor, esta definición sólo incluye a las concesiones traslativas, es decir, a las que transfieren derechos sobre una cosa o competencia del ente público preexistente, tales como la concesión del servicio de limpieza pública a cargo de las municipalidades.

El artículo 3º del Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al Sector Privado de las Obras

de Infraestructura y de Servicios Públicos (Decreto Supremo N°060-96-PCM) establece que la concesión debe entenderse como “(...) el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos”.

Es importante destacar las principales características de la concesión que, según Danós, son las siguientes:

- 1) La concesión es o nace de un Acto Administrativo.
- 2) La causa de la Concesión consiste en la existencia de un Interés Público de carácter predominantemente económico.
- 3) La Concesión pertenece al grupo de actos jurídicos que amplían la esfera de los particulares.
- 4) En la Concesión prevalece el Interés Público.
- 5) La Administración conserva una serie de potestades o derechos en relación con el objeto de la concesión y el Concesionario.
- 6) La Concesión es temporal.
- 7) La Concesión es Precaria.
- 8) La Concesión es *‘intuitio personae’*¹⁶.

Las características descritas nos permiten determinar el contenido de la

¹³ VARGAS FRITZ, José Fernando. *La Concesión de Obras Públicas*. Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1997. p. 22.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Promoción de la inversión Privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones*. Revista *Advocatus*. p. 55.

obligación principal del Estado concedente, a saber “(...) que en calidad de contraprestación, percibirá por el desarrollo de la actividad objeto de la concesión”¹⁷. Del mismo modo, el Concesionario tiene el derecho de “percibir una compensación por las Obras o Servicios Públicos que explote (...). El contrato de concesión establecerá, en cada caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de dicha compensación, de acuerdo con la naturaleza de la concesión”¹⁸.

De acuerdo con Estache y De Rus¹⁹, existen diversas modalidades de concesiones: a) De Mantenimiento, b) De Construcción, c) De Operación y Mantenimiento, d) Rehabilitación, Operación y Mantenimiento (ROT), e) Construcción-Operación y Mantenimiento BOT y f) Gestión.

En la actualidad, las concesiones se presentan como el modelo alternativo a las privatizaciones de los activos del Estado, toda vez que este último ha generado insatisfacción social respecto de sus resultados y, por ende, una dificultad política para su consecución.

Empero, es necesario evaluar los beneficios y desventajas de las concesiones. Según Guasch²⁰ entre los beneficios destacan: 1) permiten la participación privada en sectores donde la propiedad privada es constitucionalmente, legalmente

o políticamente inconcebible; 2) permiten la competencia para el mercado (opuesto a la competencia en el mercado) y logran disipar las rentas monopólicas, beneficiando al operador más eficiente y, en principio, facilitando la labor reguladora; 3) promueven la eficiencia en costos, particularmente cuando se otorgan bajo regulación de “precio tope” (*price caps*) o “rentabilidad tope” y se utilizan parámetros referenciales en costos; y 4) la obtención de precios óptimos antes de la conclusión del programa de inversiones.

Asimismo, se menciona que las principales desventajas son²¹:

1) la necesidad de un diseño complejo y sistemas de monitoreo cuando se buscan múltiples metas, 2) la incapacidad para cubrir todas las contingencias posibles, 3) la dificultad para lograr el cabal cumplimiento de los contratos, 4) la necesidad de detectar los casos de baja calidad del servicio y la falta de incentivos a la inversión hacia el final del periodo concesional²².

3. RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES.

El artículo 73º de la Constitución Política del Estado, consagra un título habilitante para realizar la entrega en concesión de los servicios y obras públicas, es decir, la delegación de la función de organización o gestión de un servicio

¹⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 60.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Estache, De Rus. *Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transportes*. Ed. Alafomega, México D.F., 2003. En: RUIZ DÍAZ, Gonzalo y GARCÍA GODOS, Christy. Aspectos Económicos e Institucionales relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales. Revista Themis Nº 52. Lima, 2006. p. 240.

²⁰ GUASCH, J. Luis. Op. Cit. p. 30.

²¹ GUASCH, J. Luis. Op. Cit. p. 31.

²² GUASCH precisa que en este caso, esta incapacidad se origina por la naturaleza rígida del contenido de los contratos de concesión y la incapacidad de comprometerse a ajustes en el precio durante la *vida* de la concesión.

público. Esta tendencia es claramente precisada por Gómez de la Torre cuando afirma que el cambio de un Estado interventor a un Estado organizador "(...) no hace sino reafirmar que la actuación del Estado ha ingresado desde hace algún tiempo en un proceso de mutación, por el cual ha debido variar su ubicación asumiendo un carácter subsidiario, respetando la autonomía de los particulares e interviniendo, en la medida de lo posible, de manera excepcional."²³. En este contexto, los gobiernos locales no se encuentran exentos de dicha habilitación.

La reforma al Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política²⁴ de 1993, precisa que los gobiernos locales son los titulares de los servicios públicos locales de su responsabilidad. En forma complementaria, el artículo 199º del Texto

Constitucional, establece que los gobiernos locales, en el marco de su autonomía, son fiscalizados por sus propios órganos y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente.

El Artículo 73º de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, señala que existen determinados servicios públicos locales como la recolección de desperdicios, la limpieza pública, el alcantarillado, así como obras de infraestructura en el ámbito local, tales como mercados municipales, cementerios, parques recreacionales, terminales terrestres, estacionamientos subterráneos entre otros²⁵.

Asimismo, los artículos 32º y 33º de

²³ GOMEZ DE LA TORRE BARRERA, Andrés. *Concesiones de obras públicas: ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?* Ius et Veritas N° 22. p. 73.

²⁴ Artículo 195º.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

(...)

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

²⁵ Artículo 73º.- Materias de competencia municipal

(...)

Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:

(...)

2. Servicios públicos locales

2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

2.2. Tránsito, circulación y transporte público.

2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.

2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.

2.5. Seguridad ciudadana.

2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.

2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.

2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.

la indicada Ley Orgánica de Municipalidades²⁶, facultan a los gobiernos locales a otorgar en concesión proyectos y obras de infraestructura y de servicios públicos dentro de las atribuciones propias de la gestión municipal.

Las municipalidades provinciales y distritales han optado por entregar en concesión, tanto la prestación de servicios públicos de su responsabilidad, así como la gestión de determinadas obras de infraestructura y de servicios públicos que se regulan por una legislación complementaria a la Ley Orgánica de Municipalidades. Por ejemplo, algunas municipalidades han preferido adoptar, vía el régimen de Ordenanzas Municipales, un conjunto de normas que regulen el procedimiento administrativo de selección de concesionarios. Uno de esos municipios es el de Lima, que inicialmente a través de la Ordenanza N° 098-96-MLM (modificada por la Ord. N° 381-2002-MLM y otras), había adoptado una serie de normas que regulan los procesos de entrega en concesión de los

servicios y obras públicas bajo su responsabilidad. En la actualidad, dicho régimen normativo se encuentra consolidado en el Decreto de Alcaldía N° 166 del 16 de diciembre de 2002, y que es de aplicación para la Municipalidad Metropolitana de Lima y las Municipalidades Distritales de la Provincia de Lima.

A partir de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 054-2001²⁷, los gobiernos locales pueden encargar a PROINVERSION²⁸ la conducción o asesoría de los procesos de entrega en concesión de los servicios públicos y obras públicas cuya gestión es de su responsabilidad. Dicho criterio ha sido reforzado por el último párrafo del artículo 33° de la LOM, el mismo que señala que “las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley”. En el nuevo esquema de descentralización, queda pendiente quién será el ente encargado de las actividades de

2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.

2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.

²⁶ Artículo 32°.- Modalidades para la prestación de servicios

Los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal.

En toda medida destinada a la prestación de servicios deberá asegurarse el equilibrio presupuestario de la municipalidad.

Artículo 33°.- Otorgamiento de concesión.

Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley.

La concesión puede autorizar el reembolso de la inversión mediante los rendimientos de la obra o el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales generados, según sea el caso.

Las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptadas por acuerdo municipal en sesión de concejo y se definen por mayoría simple; Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley.

²⁷ Decreto de Urgencia N° 054-2001, que regula el Apoyo a las Municipalidades, Sociedades de Beneficencia y demás entidades del Estado, en materia de Promoción de la Inversión Privada.

²⁸ Ello mediante la Directiva N° 006-2004-DE-PROINVERSIÓN, que aprueba Lineamientos para la Asistencia Técnica de PROINVERSIÓN en la Promoción de la Inversión Privada.

supervisión, control y regulación de los servicios públicos locales entregados en concesión.

Actualmente, esta labor es ejercida por las propias municipalidades, las mismas que actúan como entes concedentes y, asimismo, como reguladores en la prestación del servicio. Ello no es lo óptimo y debería pensarse a futuro en un esquema orgánico que permita abordar la problemática regulatoria inmersa en la prestación de diversos servicios públicos locales.

La doble función de los municipios (conceder y regular), contraviene el principio elemental que rige los procesos de otorgamiento en concesión, el mismo que señala que “quien concede no debe controlar”. Este axioma tiene sus fundamentos en lo que Garrido Falla²⁹ y Zegarra³⁰ denominan crisis del servicio público económico y social donde mencionan que “hoy día las corrientes económicas neoliberales postulan de nuevo la vuelta al -Estado Mínimo- por el consiguiente fenómeno de desregulación y privatización (total o parcial) de las empresas económicas en manos públicas”.

4. RÉGIMEN DE LA REGULACIÓN EN LAS CONCESIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES.

Los regímenes de regulación de las concesiones se fundamentan, en términos de Gómez de la Torre, en que “(...) está de

por medio un interés público, que se materializa en la necesidad de velar por el cuidado y conservación de los bienes que indirectamente pertenecen a una colectividad y que son otorgados en concesión”³¹.

No existe pues, un régimen regulatorio uniforme que sea aplicable a los gobiernos locales. Si bien cada nivel de organización del Estado tiene la posibilidad de adaptar su estructura funcional a las características propias de sus competencias, es evidente que en el contexto de un Estado Unitario y Descentralizado, se hace necesario contar con una organización básica a nivel de cada gobierno. Por ello, es necesario determinar quién debe ejercer la función regulatoria en el ámbito de los servicios públicos locales.

La autonomía económica de las municipalidades proviene, en la gran mayoría de los casos, del ejercicio de la potestad recaudatoria sobre sus ingresos propios. Sin embargo, la intensa búsqueda de ingresos no debe significar que se desconozca el orden jurídico en el que desarrollan sus actividades, dado que no se encuentran aislados del Estado ni tienen una vida separada e independiente de éste.

A primera vista, podría afirmarse que los Organismos Reguladores de Servicios Públicos (ORSP)³² regulados por la Ley N° 27332 “Ley Marco de los

²⁹ GARRIDO FALLA, F. *¿Crisis de la noción de servicio público?*, Vol. Col, en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor D. Sebastián Martín Retortillo. Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 441 y ss.

³⁰ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público – Fundamentos*. Tesis & Monografías. Palestra Editores, Lima, 2005. p. 192.

³¹ GOMEZ DE LA TORRE BARRERA, Andrés. Op. Cit. p. 74.

³² De acuerdo con la Ley N° 27245, Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal, los organismos reguladores de servicios públicos son: “*las entidades encargadas de regular mercados de servicios públicos que se encuentran en situación de monopolio o de concurrencia limitada y que se financian exclusivamente con ingresos propios aportados por las empresas reguladas.*”

Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”, serán los llamados a desempeñar tales funciones de regulación según el artículo 3º de dicha ley³³. Sin embargo, los ORSP tienen una competencia específica respecto de los servicios públicos de responsabilidad del gobierno nacional, por lo que, en principio, se encontrarían impedidos de realizar funciones regulatorias en el ámbito de competencias del gobierno local.

Entre las principales acciones que se pueden adoptar para asegurar una eficiente regulación de las concesiones de servicios públicos locales, se tienen las siguientes:

- a) Crear Comisiones de Regulación al interior de los propios municipios, a fin de garantizar la independencia y la neutralidad de tales órganos en el desempeño de la función regulatoria. Sin embargo, esta alternativa sería poco viable, y más onerosa, puesto que las municipalidades no cuentan con los recursos para realizar tales funciones.
- b) Celebrar Convenios de Gestión y de Ayuda Mutua entre los organismos

reguladores de la inversión privada y los propios gobiernos locales, con la finalidad de lograr que los ORSP brinden apoyo material y técnico a los municipios, a fin de que éstos cumplan con la labor de ejercer acciones de regulación y fiscalización de la actividad de los prestatarios privados. Esta opción no implicaría duplicidad de funciones, ni distraería las funciones de los ORSP, sino que alentaría el mejor ejercicio de las funciones regulatorias por parte de los municipios.

Al margen de cual sea la opción elegida, es importante que los gobiernos locales no se sientan persuadidos de crear organismos reguladores en función de cada actividad. Se entiende que la creación de organismos reguladores, incluso en el ámbito local, debe obedecer a razones intrínsecamente técnicas y no de cálculo político.

5. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES.

La Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) establece que los gobiernos locales pueden tener tres tipos

³³ Artículo 3º.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
- b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

de competencia a saber: exclusivas, compartidas o delegables³⁴.

En el marco de las competencias y funciones específicas, el rol de las municipalidades provinciales comprende entre otras³⁵ la tarea de promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de Municipalidades considera que en el caso de las municipalidades conurbadas, los servicios públicos locales que, por sus características, sirvan al conjunto de la aglomeración urbana deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas.

No debe perderse de vista que las

municipalidades asumen las competencias, con carácter exclusivo o compartido, en materia de servicios públicos locales, tales como³⁶:

- Saneamiento ambiental, salubridad y salud.
- Tránsito, circulación y transporte público.
- Educación, cultura, deporte y recreación.
- Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.
- Seguridad ciudadana.
- Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
- Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el RENIEC.
- Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
- Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos,

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

³⁴ Artículo 13°.- Tipos de competencias

13.1. Competencias exclusivas: Son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.

13.2. Competencias compartidas: Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

13.3. Competencias delegables: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el período de la delegación.

³⁵ Artículo 73°.- Materias de competencia municipal

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica. Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

(...)

(c) Promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial; para cuyo efecto, suscriben los convenios pertinentes con las respectivas municipalidades distritales.

³⁶ Artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades.

bosques naturales, directamente o a través de concesiones.

- Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.

Asimismo, los gobiernos locales desarrollan las siguientes funciones para la promoción de la inversión privada³⁷:

- Definir, aprobar y ejecutar en su Plan de Desarrollo Concertado las prioridades, vocaciones productivas y lineamientos estratégicos para la potenciación y mejor desempeño de la economía local.
- Ejercer la gestión estratégica de la competitividad y la productividad conforme a los principios de gestión local señalados por ley.
- Supervisar en su ámbito el cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la Inversión Privada.
- Concertar con el sector privado la orientación de la inversión pública necesaria para la promoción de la inversión privada.
- Promover la formalización e innovación de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como el desarrollo empresarial de las Comunidades Campesinas y Nativas.
- Promover la aplicación de la simplicidad, celeridad y transparencia en todo procedimiento administrativo necesario para promover la inversión privada y el establecimiento de nuevas empresas en

su jurisdicción.

- Promover la búsqueda de mercados internos y/o externos estables para proyectos de inversión local.
- Identificación de las trabas y distorsiones legales que afecten los procesos de promoción de la inversión privada, proponiendo soluciones para superarlas.

Tal como hemos indicado en otras oportunidades, “la promoción de la inversión privada en servicios públicos es una tarea esencial del Estado en los últimos tiempos, debido al déficit en infraestructura básica [y la provisión de servicios públicos] del país. Siendo ello así, el concurso de la iniciativa privada resulta de vital importancia para superar dicho déficit. El Estado (en todas las instancias) [incluidos los gobiernos locales], entonces, debe desarrollar los incentivos y mecanismos necesarios para atraer la inversión privada”³⁸.

La LOM establece que las municipalidades tienen competencia para promover la inversión privada con la finalidad de cumplir con los servicios públicos, tales como la limpieza pública. Ello no hace sino reafirmar el sentido más auténtico del servicio público, que en términos de Bielsa³⁹ “es toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa e indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”.

³⁷ Artículo 5º de la Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

³⁸ MARTIN TIRADO, Richard. *Régimen legal de las sociedades concesionarias de obras públicas de infraestructura y servicios públicos*. Primera Parte. Actualidad Jurídica N° 134. Enero 2005. p. 163.

³⁹ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo I. P. 463. En: ZEGARRA GUZMAN, Oscar. *Comentarios a la Nueva Ley Orgánica de Municipalidades*. Edición Oficial. Lima, Octubre de 2003. p. 210-212.

En el caso concreto del servicio público de limpieza, se puede afirmar con Villamil⁴⁰ que este tipo de servicio público local es “aquel cuyo objeto (agua potable, alumbrado público, recolección de basuras, educación, etc.) y titularidad corresponde a la administración local”.

En el mismo sentido, Ariño afirma que es “aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”⁴¹.

Para efectos del presente artículo, nos interesa destacar que el servicio público de limpieza no constituye cualquier tipo de actividad a cargo de un gobierno local. En

rigor, se trata de un servicio de naturaleza monopólica que a juicio de Villamil es “(...) aquel proporcionado por un solo prestador sin alternativas para el usuario del servicio que recibe, es decir que solo puede obtenerlo de ese suministrador. No existe alternativa y, por ende, competencia. Por lo general es de adhesión obligatoria”⁴².

En la medida en que el servicio público de limpieza se sustenta en un monopolio natural, en principio no resulta factible la competencia entre empresas prestadoras de este servicio público local⁴³, dado que estas no pueden competir ofreciendo menores precios ni buscando abarcar más participación en el mercado de competencia. Es discutible que una mayor competencia reduzca el costo de los arbitrios para los vecinos y que el servicio que se brinde sea de mejor calidad⁴⁴.

⁴⁰ VILLAMIL QUIROZ, José. *La Liberalización de los Servicios Públicos Locales*. Revista Municipal Digital Iberoamericana Municipalista, N° 005, Junio 2006. Pagina 3.

⁴¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara Editores – Ariño y Asociados, 2004. p. 564-569.

⁴² VILLAMIL QUIROZ, José. Op. Cit.

⁴³ Al respecto, es importante señalar el debate doctrinal:

i) Por un lado, lo señalado por DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *El servicio público del gas*. Monografías Jurídicas, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1992. p. 178. El autor precisa los alcances de la naturaleza monopólica para una sociedad concesionaria, que en lo relativo “(...) al monopolio deben distinguirse dos situaciones: el monopolio de cada concesión y el monopolio de una empresa en todo el sector.” En el presente caso de estudio, debe entenderse que la sociedad concesionaria del servicio público de limpieza se sitúa en un régimen de monopolio de la concesión delegado exclusivamente por la municipalidad concedente.

ii) Por otra parte, ZEGARRA citando a RANGONE afirma que “(...) el monopolio no puede aparecer ni como la única garantía de servicio público, ni como la única forma bajo la cual se esté libre del riesgo de las acciones abusivas respecto de la libertad de iniciativa de las empresas privadas, o no contribuya a alienar al usuario bajo el pretexto de proteger sus intereses”. RAGONE., *I servizi pubblici*, Bologna Ed. Il Mulino, 1990. P. 61. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público – Fundamentos. Tesis & Monografías*. Palestra Editores, Lima, 2005. p. 110.

⁴⁴ *Ibidem*. “El servicio público monopólico natural, agrega al concepto anterior, el hecho de que el servicio brindado solo puede obtenerse de una fuente natural o por vía de una sola infraestructura existente, de manera que no es posible alternativas competitivas al mismo y por ende al usuario no solo depende de un prestador sino también de una fuente o infraestructura de servicio. Servicios como agua potable, alcantarillado, recolección de residuos, provisión de energía eléctrica, telefonía local; que requieren de grandes inversiones en infraestructura son por lo general servicios monopólicos. Que dependen de los acueductos o conducciones de agua, la red de alta tensión, las carreteras y las vías férreas. La situación de monopolio natural, tiene lugar cuando la actividad económica depende para su prestación de una compleja y costosa infraestructura, que limita las posibilidades de acceso de otras empresas y que de existir competencia, implicaría la infrautilización de los recursos. La prestación de estos servicios tiene lugar en régimen de monopolio ya que la competencia directa entre dos suministradores del mismo servicio implicaría duplicar la producción y la distribución y por tanto, impedir la máxima eficiencia de ambos y desperdiciar recursos.”

6. CONCESIONES DE LIMPIEZA PÚBLICA POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES.

Tal como se había adelantado, es necesario que precise la naturaleza jurídica de la relación existente entre la municipalidad y una empresa concesionaria del servicio de limpieza pública, pues tanto la doctrina nacional como extranjera suele confundir los alcances de un contrato de concesión en comparación con otros, tales como la locación de servicios y la propia licencia de servicios públicos. Al respecto, Gordillo⁴⁵ señala que: “(...) Cabe distinguir, porque se trata de diferentes regímenes normativos, las concesiones de servicios públicos y obra pública, de las licencias de servicios públicos. En ambas situaciones existe un derecho de propiedad del concesionario o licenciatarario sobre el derecho patrimonial que emerge de su contrato con la administración concedente. Entendemos que en las licencias la propiedad de los bienes es también del licenciatarario; no así en las concesiones. Si la propiedad revierte al Estado al fin del contrato, debe ser denominado concesión y no licencia.”

La iniciativa privada es explícita a través de los procesos de entrega en concesión de servicios públicos, en los que, a decir de Gordillo, “tanto la concesión como la licencia de servicios públicos, como contratos administrativos que son, integran el patrimonio del concesionario o licenciatarario y están amparados por el

derecho de propiedad. Pero es una propiedad con severas limitaciones que giran siempre en torno a lo mismo: calidad del servicio e inversiones, cantidad confiable de inversiones realmente realizadas, gastos reales, tarifa justa y razonable para usuarios y prestador en función de los parámetros anteriores. No hay así un único contrato de concesión o licencia y una única relación jurídica concedente-concesionario; se trata de redes contractuales interconectadas”⁴⁶.

En el mismo sentido, Barra ha señalado que “en la concesión del servicio público la titularidad de la competencia prestacional, es decir, la titularidad de la competencia para prestar el servicio, la sigue teniendo el Estado. Lo que hace el Estado por medio de la concesión es delegar en el particular el cometido público que el propio Estado antes ejercía y, así, traslada en el particular las responsabilidades de asegurar al usuario o beneficiario del servicio público, el cumplimiento de aquellos caracteres de igualdad, regularidad, etc.”⁴⁷. Sin embargo, es preciso remarcar que si bien existe un traslado de la facultad de gestionar –y por consiguiente, de asumir las responsabilidades por esta gestión–, como bien dice Ariño: “en la concesión, (...) el Estado es el titular de dichas actividades, el dominus de los servicios públicos; (...) no debe gestionarlos directamente y (...) acudirá a la concesión como fórmula que le permite a éste dirigir sin gestionar”, (subrayado agregado).⁴⁸

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial ARA, Lima 2003. Tomo II: La Defensa del Usuario y del Administrado.

⁴⁶ GORDILLO, Agustín. *Ibidem*.

⁴⁷ BARRA, Carlos Rodolfo. *Servicios Públicos y Regulación. La concesión aeroportuaria*. En: Universidad Austral. Facultad de Derecho. Contratos administrativos. Buenos Aires: Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos; junio 2000. 559 p. Jornadas Nacionales; Buenos Aires, 12-14 mayo 1999. p. 185 -196.

⁴⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. ARA Editores E.I.R.L. 1ra Edición: 2004. Sección

Existen diversas situaciones para la prestación de un servicio público. En algunos casos, ello conlleva la necesidad de contar con una infraestructura existente o a ser construida, por lo que es importante distinguir la concesión de obra pública de la concesión de servicio público, pues a decir de Barra: “Como un criterio simple de distinción puede señalarse que nos encontramos frente a una concesión de servicio público, cuando el delegado del Estado –el concesionario– debe realizar una actividad de organización pura; lo que se exige en tal caso es pura actividad de organización, que puede requerir además de la ejecución de obras de construcción, pero lo que predomina es el servicio en tanto que actividad de organización, aunque las obras sean importantes, pero siempre subordinadas al servicio”⁴⁹.

En el mismo sentido se pronuncia Danós cuando menciona que en la Concesión de Servicios Públicos “(...) por lo general, el concesionario recibe un activo físico propiedad del concedente, correspondiéndole el operarlo y darle mantenimiento. No obstante, también puede ocurrir que, dependiendo de lo que se estipule, el concesionario aporte, además, bienes propios o preste el servicio público exclusivamente con bienes propios.”⁵⁰

En el Perú existen diversos regímenes de entrega en concesión de servicios y obras públicas en los que existen actores o roles institucionales que se encuentran definidos como:

- 1) La entidad licitante y de promoción de la inversión;
- 2) Los organismos concedentes;
- 3) Los organismos reguladores y
- 4) Los concesionarios para la prestación de servicios públicos (sociedad concesionaria⁵¹).

No es el objeto del presente trabajo incidir en las diferencias existentes entre uno u otro tipo de concesión. Sólo nos interesa destacar que la concesión de limpieza pública es una típica concesión de servicios que se sustenta en la gestión indirecta de determinadas tareas a nivel del gobierno local, que involucra una prestación integral del servicio de limpieza pública, parques y jardines, a fin de optimizar la prestación requerida por los vecinos del distrito correspondiente.⁵²

La concesión de este servicio público puede contener las siguientes prestaciones a cargo del concesionario:

1. Barrido de calles, parques y plazas.
2. Lavado y desinfección de parques, plazas y monumentos.

Octava “Modalidades de la actuación administrativa en la vida económica”. p. 296.

⁴⁹ BARRA, Carlos Rodolfo. *Ibidem*.

⁵⁰ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. Cit.* p. 63.

⁵¹ La sociedad concesionaria es “(...) la persona jurídica que celebra el contrato de concesión con el Estado peruano y que asume el compromiso de prestar el servicio o de operar la obra pública de infraestructura por un plazo determinado, a cambio del cobro de una contraprestación que se carga a los usuarios, denominada tarifa”. En: MARTIN TIRADO, Richard. *Régimen legal de las sociedades concesionarias de obras públicas de infraestructura y servicios públicos*. Primera Parte. Actualidad Jurídica Nº 134. Enero 2005. p. 163.

⁵² Para un análisis detallado de las diferencias existentes entre una concesión de obras y otra de servicios, se puede revisar nuestro trabajo titulado “Concesiones Municipales. Legalidad de las concesiones otorgadas por la Municipalidad de Barranco en el Corredor Ribereño de la Costa Verde”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 95, Agosto de 2006, Año 12, p. 325-332.

3. Recolección, transporte, disposición final de residuos sólidos domiciliarios, de embajadas y organismos internacionales, de supermercados y comercio, de desmonte, maleza de los puntos de acopio y de los provenientes del barrido de parques y plazas.
4. Limpieza y mantenimiento de parques y jardines.
5. Recuperación y limpieza de la playa y salud.
6. Operación de relleno sanitario.
7. Servicios complementarios.

7. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL DE LIMPIEZA.

Existen problemas en la práctica para el cobro individual por el servicio prestado por parte de la sociedad concesionaria.

Un primer problema que se nos presenta es la naturaleza jurídica del arbitrio y el cobro directo de servicio por parte de la propia sociedad concesionaria. El problema radica en que se trata de un contrato administrativo cuya contraprestación es una tasa de naturaleza tributaria⁵³.

Se afirma que, por la vía del contrato, se podría modificar una atribución señalada por ley (potestad de

recaudación), dada la naturaleza tributaria del arbitrio. Por tanto, es indispensable superar la contradicción existente entre la naturaleza administrativa de la concesión y la forma en la que el concedente abona el pago de la retribución a la sociedad concesionaria, con los ingresos de un tributo municipal.

En este contexto, se requiere evaluar la naturaleza de los recursos percibidos por la sociedad concesionaria, debido a que los ingresos originales que recibe el gobierno local son de naturaleza tributaria (arbitrios).

Para aquellos que se oponen a este tipo de operación, el pago directo que efectúa la municipalidad a la sociedad concesionaria no implica la pérdida de la naturaleza tributaria de dicho pago. En el esquema ordinario de retribución al concesionario, la regla establecida en el artículo 35° del TUO de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobada por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁵⁴, no permitiría este tipo de contraprestación. Siendo ello así, el Estado no debería otorgar ninguna clase de contraprestación en favor de la sociedad concesionaria.

⁵³ Las Tasas, entre otras, pueden ser:

- Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
- Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
- Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

⁵⁴ Artículo 35°.- El concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá, en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno.

Sin embargo, es evidente que existe una dificultad técnica derivada de la precariedad en la individualización del servicio⁵⁵ que impide el pago directo y contractualizado del servicio. A diferencia de lo que ocurre en la prestación de otros servicios públicos domiciliarios, en los que se puede identificar el servicio y como consecuencia de ello cobrar al usuario en términos de su consumo efectivo, en el caso del servicio de limpieza no existen instrumentos o técnicas objetivas que permitan identificar con certeza la individualidad del servicio. Existe pues, una dificultad técnica que se funda en razones de orden objetivo, y que no debe servir de excusa para negar el concurso o participación del sector privado en este tipo de actividades.

Ante la dificultad de individualizar el servicio, las municipalidades realizan la actividad de agente recaudador de tributos⁵⁶ conforme al artículo 55º del Código Tributario⁵⁷. En particular, los arbitrios, conforme a lo estipulado en la LOM, deben ser destinados a cubrir el costo del servicio al cual se refieren, es decir, deben financiar la actividad de limpieza pública en lo que fuere pertinente.

Pese a ello, el CONSUCODE ha considerado que el pago directo de las

municipalidades a la sociedad concesionaria encargada del servicio de limpieza desnaturaliza el contrato de concesión, pues implica la utilización de fondos públicos para cumplir con el pago de un servicio prestado a la municipalidad.

En la doctrina nacional, existe el sesgo de considerar que sólo el pago directo por parte de los usuarios del servicio a favor del concesionario configura en estricto la concesión administrativa. A partir de ello, se admite que la naturaleza de una concesión se sustenta en el pago del servicio público de limpieza a la empresa “concesionaria”, que es realizado por la municipalidad con título de agente recaudador de un ingreso que por ley no puede ser recaudado directamente por la empresa o sociedad concesionaria.

Estos argumentos se amparan en el artículo 13º del Decreto Supremo 059-96-PCM que prescribe: “La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá

⁵⁵ El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.

Las aportaciones al Seguro Social de Salud - ESSALUD y la Oficina de Normalización Previsional - ONP se rigen por el Código Tributario, salvo en aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales, los mismos que serán señalados por Decreto Supremo”

⁵⁶ Debe aclararse que para las municipalidades distritales de Lima Metropolitana, la actividad de recaudación por el sistema financiero y administrada por el SAT.

⁵⁷ Artículo. 55º.- Facultad de Recaudación.-

Es función de la Administración Tributaria recaudar los tributos. A tal efecto, podrá contratar directamente los servicios de las entidades del sistema bancario y financiero para cubrir el pago de deudas correspondientes a tributos administrados por aquélla. Los convenios podrán incluir la autorización para recibir y procesar declaraciones y otras comunicaciones dirigidas a la Administración.

explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado”. De dicho artículo se ha inferido que el contrato de concesión sólo otorga derecho al concesionario para cobrar las diversas modalidades descritas, sin embargo, no parece precisar el caso de una “retribución” por parte del concedente mediante tributos municipales. Esto genera un problema conceptual para definir dicha retribución, pues aparentemente desnaturalizaría el concepto de concesión de un servicio público.

Otros autores han considerado que, si bien no se desnaturaliza el contrato de concesión, la retribución a la sociedad concesionaria, mediante los ingresos tributarios por concepto de arbitrios municipales, consiste en una medida de fomento, a través de un cofinanciamiento, o de una subvención, en aquellos casos que corresponda.

Al respecto, Cornejo precisa que el cofinanciamiento exige la búsqueda de “una fuente de ingresos privada para las obligaciones de pago del concedente”⁵⁸; mientras que en una subvención, “se trata de garantizar al concesionario un nivel fijo de ingresos anuales, es decir, si en año la demanda genera un nivel de ingresos menores a los Ingresos Mínimos Anuales, el Estado cubrirá la diferencia”⁵⁹. Como puede observarse, la retribución mediante arbitrios municipales no constituye una

fuentes de ingresos destinada a cubrir el pago de las obligaciones del concedente. Por otro lado, tampoco significaría, necesariamente, una subvención toda vez que se requiere de un nivel de ingresos mínimo predeterminado en el contrato de concesión.

Puede afirmarse que esta confusión de conceptos se origina en una visión rígida o estática del régimen de contraprestación o retribución que debe percibir el concesionario. Inclusive, un sector de la doctrina colombiana considera que el uso de modalidades alternativas de pago a favor de los concesionarios constituye la “crisis de la noción del servicio público”, expresada en “la aparición del particular como prestador de servicios públicos y la respectiva revalorización de diferentes medios de gestión distintos a la prestación directa (pública) y la concesión”, que quiebran los dogmas doctrinales. Del mismo modo, aunque desde una perspectiva más normativa, siguiendo lo afirmado por Gómez de la Torre⁶⁰, es claro que en el caso peruano, “el marco legal que regula la entrega en concesión al sector privado (...) ha sido elaborado sin contar aún con un respaldo teórico suficiente y sobre la base de un desarrollo práctico aún incipiente”.

En el caso del Decreto de Alcaldía N° 166 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se advierte que este instrumento normativo, si bien busca definir los alcances de una concesión⁶¹ y la forma en la que se debe materializar la retribución del

⁵⁸ CORNEJO DIAZ, René. *Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: Una mirada desde el Sector Público*. THEMIS – Revista de Derecho. N° 52. p. 225.

⁵⁹ Op. Cit. p. 225.

⁶⁰ GÓMEZ DE LA TORRE BARRERA, Andrés. *Concesiones de obras públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?* Ius et Veritas N° 22. p. 72.

⁶¹ “Artículo 2º.- Entiéndase por Concesión el acto administrativo por el cual el organismo municipal concedente, a través

concesionario, no abre las puertas para incorporar otros mecanismos de pago que atiendan a la naturaleza de determinados servicios públicos locales.

En tal sentido, el artículo 42º del Decreto de Alcaldía en mención, precisa el derecho del concesionario a “percibir como retribución por los servicios que explota la tarifa u otros cobros pactadas en el contrato de concesión, así como los beneficios adicionales por las prestación de servicios complementarios, tales como: servicios turístico, autoservicios, publicidad y otros”⁶². Finalmente, en el artículo 59º del citado cuerpo legal se reconoce la libertad contractual en la determinación de los sistemas de retribución por los servicios prestados, en términos que “las tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestados, no están sujetos a fijación administrativa y se regirán por los mecanismos establecidos en los respectivos contratos de concesión”⁶³.

Para resolver esta divergencia conceptual, es importante observar los alcances del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, el mismo que en su artículo 2º precisa que no existen impedimentos en los tipos de compensación que perciban las concesionarias.

En efecto, el artículo 2º en mención, nos precisa que:

“Art. 2º.- De la compensación que perciban

los concesionarios.-

El concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en: (a) tarifas, peajes, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales y/o, de no ser suficientes, (b) un cofinanciamiento que consiste en un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes”, (subrayado agregado).

La exposición de motivos del mencionado Decreto Supremo, precisa que los proyectos de concesión, dependiendo de su viabilidad económica, financiera y social, requieren del aporte total o parcial del Estado a través de un cofinanciamiento, entre otras modalidades que podrían ser consideradas como una desnaturalización de los contratos de concesión. En dichos términos, se fundamenta la conveniencia de aclarar la naturaleza de las concesiones, así como el tipo de compensación que percibirá el concesionario en el caso de concesiones bajo la modalidad de cofinanciamiento o subsidio.

Todas las obligaciones del concesionario implican el deber de prestar un

de los procedimientos de Licitación Pública Especial o de Concurso de Proyectos Integrales, otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de obras de infraestructura y servicios públicos, determinados previamente por el organismo municipal concedente, por un plazo establecido.”

“Artículo 41º.- El contrato de concesión es el acuerdo celebrado entre el organismo municipal concedente y el concesionario, en el cual se plasma el otorgamiento por parte del primero y a favor del segundo, de la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos de competencia municipal, por un plazo establecido.

⁶² Art. 42º del Decreto de Alcaldía N° 166 de la Municipalidad de Lima Metropolitana.

⁶³ Art. 59º del Decreto de Alcaldía N° 166 de la Municipalidad de Lima Metropolitana.

servicio a favor de los usuarios finales quienes son, finalmente, quienes se sirven y hacen uso de la infraestructura o el servicio público y que por ello o bien pagan directamente por el servicio en la modalidad de peaje, tarifa, precio, etc., o bien lo pagan de manera indirecta, a través de la recaudación de tributos tales como arbitrios o tasas que se convertirán en aportes a la concesión.

En conclusión, la existencia de otras fuentes de financiamiento a favor de las sociedades concesionarias es aceptada, sin que ello implique desvirtuar la naturaleza del contrato de concesión. Asimismo, la modalidad de retribución a la sociedad concesionaria mediante arbitrios municipales, no vulnera el principio de la ecuación o equilibrio económico financiero de la concesión. En otras palabras, este mecanismo de retribución será válido en la medida en que, siguiendo a Zegarra, se genere “un beneficio razonable para el concesionario, así como un adecuado nivel de garantía por parte del Estado cuando se generen alteraciones en el modelo económico-financiero”⁶⁴.

8. EL CASO RELIMA.

8.1. Antecedentes .

RELIMA es una empresa dedicada a brindar servicios para el cuidado del medio ambiente. Fue constituida en base a la Sociedad Anónima Vega Upaca.

En la década de los 90, Lima estaba considerada como una de las ciudades más sucias y descuidadas de América Latina y, a fin de combatir esta situación, la Municipalidad Metropolitana de Lima convocó a la Licitación Pública

Internacional N° 001/95, el 04 de febrero de 1995.

El 26 de setiembre de 1995 se le adjudica la buena pro a RELIMA, la que inicia sus operaciones el 28 de junio del año siguiente. Para efectos descriptivos, los servicios a cargo de RELIMA son los siguientes:

- Recolección y transportes de residuos domiciliarios.
- Barrido manual.
- Barrido mecanizado.
- Lavado de calles, parques, plazas y vías.
- Planta de transferencia.
- Relleno sanitario, entre otros.

El 16 de diciembre de 2002, se publicó el Decreto de Alcaldía N° 166 de la Municipalidad Metropolitana de Lima denominado “Texto Único Ordenado del Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos Locales para la Provincia de Lima.

8.2. Posición de la Contraloría General con respecto al Caso Relima .

En el mes de agosto de 2005, la Contraloría General comunica al CONSUCODE el inicio de una acción de supervisión respecto a la convocatoria realizada por la Municipalidad de San Isidro para el otorgamiento en concesión del servicio de limpieza pública. Asimismo, la Contraloría General de la República comunica al CONSUCODE los resultados de la acción de supervisión.

En el mes de noviembre de 2005, la Contraloría General solicita al CONSUCODE un informe legal

⁶⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. THEMIS – Revista de Derecho. N° 39. p. 115.

conteniendo los fundamentos legales que sustenten la opinión sobre la naturaleza jurídica del contrato suscrito en el mes de agosto de 2005, entre la empresa Vega Upaca y la Municipalidad de San Isidro, argumentando que el mismo corresponde a un Contrato de Locación de Servicios y no a un Contrato de Concesión.

8.3. Posición de CONSUCODE con respecto al Caso RELIMA.

En su oportunidad, el CONSUCODE señaló que el Aviso de la Convocatoria de la Municipalidad de San Isidro en relación al procedimiento de selección del concesionario indicaba, entre otros aspectos, una retribución económica periódica proveniente del pago de los arbitrios por concepto de limpieza pública y de parques y jardines.

A juicio de CONSUCODE, el hecho que la Municipalidad de San Isidro efectúe el cobro de los arbitrios y utilice dichos ingresos para el pago directo de la contraprestación inherente a la sociedad concesionaria del servicio, implicaría el uso de fondos públicos, (subrayado agregado), en concordancia con lo establecido en el numeral 2.2 del artículo 2º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (según el cual éste comprende todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio de la retribución correspondiente).

Para el CONSUCODE, ello resultaba cuestionable en la medida en que el pago a la sociedad concesionaria sería realizado de manera directa por la Municipalidad, con dinero proveniente del pago de arbitrios. De acuerdo a ello, esta

forma de pago desnaturalizaba la figura de la concesión, la cual se caracteriza, entre otros aspectos, en que la ejecución del servicio materia de concesión se realiza bajo costos y riesgos del concesionario, por lo que corresponde a éste el cobro directo a los beneficiarios del servicio.

A partir de las observaciones formuladas por el CONSUCODE a la forma en que se viene ejecutando la entrega en concesión de servicios públicos locales, resultaba importante que PROINVERSION evalúe un conjunto de aspectos vinculados a este tipo de concesiones, en las que participa por excepción a través de los Convenios de Asistencia Técnica.

En cuanto a los riesgos del inversionista, se puede afirmar que existen tres grupos a saber: riesgos derivados del proyecto, riesgos derivados del financiamiento y riesgos diversos. Los riesgos de tipo financiero son básicamente tres: riesgos de insolvencia, riesgos de cobranza y riesgos de inestabilidad de las tasas de interés para el financiamiento. En consecuencia, la retribución económica mediante arbitrios municipales eliminaría relativamente los riesgos de cobranza de la sociedad concesionaria, sin embargo, no elimina en lo absoluto los demás riesgos inherente al proyecto de inversión o al servicio público en sí mismo, (subrayado agregado), ni mucho menos desnaturaliza el contrato de concesión ante una supuesta eliminación del dogma de que este tipo de contratos son exclusivamente por “cuenta y riesgo del concesionario”.

8.4. POSICIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES DISTRIALES AFECTADAS.

8.4.1. La Municipalidad Distrital de San Isidro.

Con ocasión de las publicaciones

realizadas por la Municipalidad de San Isidro en el mes de noviembre de 2004, con respecto de la iniciativa privada para el otorgamiento en Concesión del Servicio Integrado de Limpieza Pública y de Parques y Jardines de dicho distrito, el CONSUCODE observó que en el mencionado procedimiento se habría previsto una retribución económica mensual a favor del concesionario. Dicho pago provendría de los arbitrios correspondientes a la limpieza pública y de parques y jardines.

En el mes de noviembre de 2004, el CONSUCODE solicita a la Municipalidad de San Isidro que precise si el eventual otorgamiento del mencionado servicio constituía una concesión o la contratación de servicios complementarios y servicios en general. En noviembre de 2004, la Municipalidad en mención precisa que la retribución económica a ser entregada al concesionario provendría del pago de los arbitrios.

Por otra parte, la Municipalidad de San Isidro ha precisado, en diversas comunicaciones, que el cobro sería realizado íntegramente por la sociedad concesionaria. Sin embargo, en las Bases del proceso de licitación, se mantienen disposiciones como las de pago a favor de la sociedad concesionaria a cargo de la Municipalidad.

En julio de 2005, la Municipalidad de San Isidro precisa que el hecho de efectuar el pago del servicio con cargo a los arbitrios que se cobren a los usuarios, no implicaba desnaturalizar la concesión administrativa, pues tal forma de retribución se encuentra permitida por el artículo 4º del Reglamento de la Ley N° 28059, en la medida en que se trata de “otro sistema de recuperación de las inversiones”.

Es importante señalar que, en el caso del servicio público de limpieza, la sociedad concesionaria carece de la posibilidad de individualizar a los usuarios que hacen uso de sus servicios. Por ello, se hacía necesario incorporar fórmulas alternativas de pago, sin que ello signifique dejar de celebrar un contrato de concesión.

Pese a las objeciones señaladas por el CONSUCODE, en agosto de 2005 se adjudica la buena pro a la empresa Vega Upaca S.A y se celebra a posteriori el respectivo contrato de concesión con la empresa RELIMA. Durante los meses transcurridos desde la fecha de celebración del respectivo contrato de concesión a la fecha, se han suscitado una serie de observaciones al mismo, que escapan a los objetivos del presente artículo.

A nuestro juicio, y desde una postura que se vincula a la naturaleza del contrato de concesión y a la forma en que se puede o debe retribuir al concesionario, es perfectamente posible que se utilicen instrumentos propios de las asociaciones público-privadas para permitir sistemas alternos de retribución a favor de sociedades concesionarias que prestan servicios públicos locales de limpieza en régimen de gestión indirecta. No se trata pues, de una desnaturalización de la concesión administrativa ni de una “falsa concesión”, sino de la plena reafirmación del sentido dinámico que debe asumir el régimen de concesiones administrativas en nuestro país.

8.4.2. Municipalidad Distrital de Miraflores.

En forma similar a las observaciones formuladas a la Municipalidad de San Isidro, el CONSUCODE ha observado la

concesión del servicio integrado de limpieza pública y de parques y jardines de este distrito.

En los mismos términos señalados para el caso de la Municipalidad de San Isidro, se afirma que en el respectivo proceso de selección se habría previsto una retribución económica al concesionario al vencimiento de cada mes, proveniente del pago de los arbitrios correspondientes a la limpieza pública y de parques y jardines, situación que constituye un egreso de la Municipalidad y que excedería la naturaleza de la concesión de servicios públicos.

En abril del 2005, el CONSUCODE solicita a la Municipalidad de Miraflores que precise si el eventual otorgamiento del servicio constituía una concesión o la contratación de servicios complementarios y servicios en general, pues en este último caso dicha contratación se encontraría comprendida dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública. La Municipalidad en cuestión señaló, en su oportunidad, que el cobro sería realizado íntegramente por la sociedad concesionaria. Asimismo, CONSUCODE establece en diversas comunicaciones que no existiría una contratación de servicios, en tanto no exista un egreso de fondos públicos.

En este caso, y al igual que en los demás ejemplos señalados, debe tenerse presente que el servicio prestado por la sociedad concesionaria puede ser retribuido con los recursos provenientes del cobro de los arbitrios de limpieza pública y de parques y jardines, sin que ello implique desnaturalizar en modo alguno la figura de la concesión.

En setiembre de 2005, CONSUCODE comunica a la Municipalidad de Miraflores que la convocatoria para la concesión del servicio de limpieza pública y de parques y jardines constituye, en razón a la modalidad de pago aplicable a la empresa, la contratación de un servicio general que debe realizarse al amparo de la normativa sobre contratación pública.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN.

- Existen numerosos argumentos que justifican las diferencias entre un contrato de concesión de servicios y una contratación de servicios tutelada por el régimen general de adquisiciones y contrataciones del Estado.
- Las sociedades concesionarias encargadas de los servicios públicos de limpieza carecen de la posibilidad de individualizar a los usuarios de dicho servicio. La restricción en mención se justifica por razones técnicas y no por la propia voluntad de las partes contratantes. En función de ello, se justifica, por la naturaleza de las cosas, la posibilidad que los concesionarios de esta clase de servicios perciban una retribución de fuente distinta o indirecta de los usuarios.
- La forma de pago aplicable a las sociedades concesionarias a cargo del servicio público de limpieza debe ser entendida como un mecanismo de apertura del sistema tradicional de pago que perciben los concesionarios de servicios públicos. Siendo ello así, se puede superar el criterio del cobro directo al usuario con un nuevo mecanismo de retribución a la sociedad concesionaria.
- El artículo 13º del Texto Único Ordenado

aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, no debe ser interpretado en términos que la única contraprestación susceptible de ser abonada al concesionario reposa en el pago del usuario del servicio. Por el contrario, debe entenderse que el contrato de concesión no sólo otorga al concesionario el derecho a cobrar las diversas modalidades descritas (tarifa, precio, etc.) en forma directa al usuario beneficiario, sino también, que existen situaciones de excepción, en la que es posible obtener una “retribución” por fuentes distintas.

- El artículo 2º del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, establece que no existen impedimentos en los tipos de compensación que perciban las empresas concesionarias. La existencia de otras fuentes a favor de las sociedades

concesionarias es aceptada sin mayor obstáculo. Ello no significa que se haya alterado la naturaleza jurídica del contrato de concesión. Por estos motivos, no interesa el origen tributario de la prestación ni la aparente desaparición del riesgo del concesionario, pues ello constituye una modalidad alternativa de retribución a la sociedad concesionaria.

- La existencia de otras fuentes de financiamiento a favor de las sociedades concesionarias es aceptada, sin que ello implique desvirtuar la naturaleza del contrato de concesión. Asimismo, las diversas modalidades de retribución a la sociedad concesionaria, mediante arbitrios municipales, no vulnera el principio de la ecuación o equilibrio económico financiero de la concesión.