

CONCESIÓN A UNA SOLA EMPRESA PARA REALIZAR REVISIONES TÉCNICAS: ¿UN MONOPOLIO LEGAL?

HUGO GÓMEZ ♦
INDECOPI

Resumen

El objeto del presente artículo es analizar si la decisión de la Municipalidad Metropolitana de Lima de otorgar en concesión a una sola empresa, en el ámbito de su competencia territorial, la operación exclusiva de plantas de revisión técnica de vehículos automotores, viola o no el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, norma que prohíbe el establecimiento de monopolios legales.

I.- La competencia de la Municipalidad

Debemos empezar este trabajo señalando que no está en discusión la competencia de la Municipalidad para verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas, pues ello se encuentra expresamente reconocido en el numeral 7.6 del artículo 161 de la Ley N° 27972,¹ Ley Orgánica de Municipalidades.

La competencia de la Municipalidad para verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas constituye una expresión de la potestad de policía que dicho gobierno local ejerce en materia de transporte.

♦ Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de los cursos de Derecho de la Competencia y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El autor es asesor legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Las opiniones vertidas en el presente artículo son de su exclusiva responsabilidad y no comprometen en forma alguna a dicha institución.

¹ Publicada el 27 de mayo de 2003.

II.- La potestad de policía de la Administración Pública

La potestad de policía administrativa² es el poder que tiene la Administración pública, reconocida por ley, para limitar la libertad personal y contractual, y el derecho de propiedad de los ciudadanos con el fin de proteger bienes jurídicos de interés público, como la vida y la salud de la población, la seguridad colectiva, los bienes de dominio público, el ornato de la ciudad, el medio ambiente, la libre y leal competencia, los consumidores, etc. Dicha potestad se exterioriza mediante actos y reglamentos administrativos y se concreta en la tramitación de habilitaciones (permisos, autorizaciones, licencias o concesiones) y registros administrativos; la exigencia de constancias, certificados u otros documentos que acreditan el cumplimiento de ciertos requisitos; la fiscalización de actividades; el requerimiento de información; la imposición de sanciones (multas, inhabilitaciones, comiso de bienes, cierre de locales); la emisión de órdenes, avisos o advertencias; limitaciones al derecho de propiedad (servidumbres, zonificación), etc.

Con el fin de analizar con claridad la legalidad de la actuación de la Municipalidad, debe verificarse previamente si el servicio de revisión técnica como tal —es decir el servicio brindado por una planta de revisión técnica— es un procedimiento administrativo de habilitación, una actividad de fiscalización administrativa o simplemente un requisito o exigencia establecido por el ordenamiento para tutelar un interés público. Esta distinción no solo es importante para entender sus características y consecuencias, sino también para determinar si se trata de una actividad económica que los particulares pueden realizar en un régimen de libre competencia.

En efecto, si fuera un procedimiento dirigido a obtener una habilitación administrativa o una actividad de fiscalización administrativa, entonces el servicio de revisión técnica constituiría en sí mismo el ejercicio de una potestad administrativa (el poder de policía), sería una manifestación del derecho de imperio (*ius imperium*) del

² Se ha definido a la policía administrativa como “la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar” (MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Traducción de *Droit administratif allemand* (1904), Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo II, p. 8. También como “el poder del Estado para imponer restricciones en la libertad personal y los derechos de propiedad de las personas para la protección de la seguridad pública, salud y moral o la promoción de la conveniencia pública y la prosperidad general...” (BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. West Publishing, Minnesota, 1979, Voz *Police power*, p. 1041).

Estado. En cambio, si se tratara simplemente de una exigencia o requisito establecido en el ordenamiento para proteger un bien jurídico de interés público, el servicio de revisión técnica constituiría una actividad económica o empresarial susceptible de ser realizada por cualquier particular habilitado (autorizado) para tal fin.

Así, por ejemplo, son requisitos o exigencias previstos en el ordenamiento jurídico el que determinadas empresas tengan que contratar seguros obligatorios, obtener certificados de fumigación o tener extintores en sus locales. En estos casos, la prestación del servicio de seguros o de fumigación, así como la comercialización de extintores constituye una actividad empresarial desarrollada por agentes económicos, aunque dichos agentes requieran obtener una habilitación administrativa (autorización) para poder desarrollar dichas actividades.

III.- La naturaleza del servicio de revisión técnica

Si el servicio de revisión técnica dependiera de una habilitación administrativa, entonces estaríamos ante la presencia de la “técnica autorizatoria” de la Administración Pública.³ Ello significaría que para poder circular un automóvil automotor, su titular o conductor debería tramitar un procedimiento administrativo denominado “revisión técnica” y obtener la constancia correspondiente. En este supuesto, el término “revisión técnica” aludiría a la habilitación en sí, como es el caso de una licencia de construcción, una autorización de funcionamiento municipal o un permiso para portar armas.

Si la revisión técnica fuera una habilitación administrativa, una autorización a fin de cuentas, su obtención implicaría la tramitación de un procedimiento administrativo, el cual debería constar en el Texto Único de Procedimientos Administrativos-TUPA, de la Municipalidad y sería financiado con el pago de una tasa por concepto de derecho de trámite, el cual no debería superar el costo del servicio administrativo prestado.

Como el servicio de revisión técnica tiene un carácter material y técnico, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley N° 27444,⁴ Ley del

³ Sobre la técnica autorizatoria de la Administración, se sugiere consultar: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra – Temis, Lima Bogotá, 2006, Tomo II, p. 1032.

⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General.-
Artículo 71°.- Encargo de gestión

Procedimiento Administrativo General, cabría su encargo de gestión a un tercero mediante convenio; obviamente si el encargo a este tercero implicara para la Administración pública un menor costo que el irrogado cuando el servicio es prestado directamente por ella. Conforme al citado artículo 71, la Administración está facultada para realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales solo si una norma con rango de ley se lo autoriza. La doctrina administrativa nacional diferencia los convenios de encargo de gestión extra-administrativo de los contratos de concesión.⁵

Si el servicio de revisión técnica fuera una actividad de fiscalización administrativa, todos los conductores de vehículos automotores tendrían que soportar, eventualmente, la revisión técnica (fiscalización) efectuada por la Municipalidad, de la misma forma como las empresas soportan las fiscalizaciones que efectúan la autoridad tributaria, de trabajo, de protección al consumidor, etc. En este supuesto, la revisión técnica significaría la realización de un procedimiento administrativo de fiscalización, su impulso sería de oficio y no correspondería gravar al administrado con el pago de una tasa por concepto de derecho de trámite.

Finalmente, si el servicio de revisión técnica fuera simplemente una exigencia o requisito establecido por el ordenamiento para proteger un interés público, el certificado expedido por la planta de revisión técnica constituiría el documento que acredita el cumplimiento del requisito o exigencia, del mismo modo que la póliza de un seguro obligatorio, el certificado de fumigación o el certificado médico (examen de vista) requerido para obtener la licencia de conducir, acreditan el cumplimiento de un requisito o exigencia. En este sentido, así como el ordenamiento exige la

-
- 71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.
 - 71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.
 - 71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.
 - 71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestario lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 297.

contratación de un seguro obligatorio para cada vehículo automotor, también exigiría una revisión técnica para cada uno de ellos.

Como es fácil advertir, en el tercer supuesto, si bien la Administración pública establece y fiscaliza el cumplimiento del requisito o exigencia, no es ella quien brinda el servicio ni quien proporciona el documento que acredita dicho cumplimiento, sino empresas privadas dedicadas a la correspondiente actividad empresarial. Así, por ejemplo, tratándose de un seguro obligatorio, son las compañías de seguros las que, en un régimen de libre competencia, ofrecen las pólizas respectivas.

Cabe señalar que la empresa que brinda el servicio (el seguro obligatorio, la revisión técnica, el servicio de fumigación, el examen médico, etc.) requiere de una habilitación administrativa (autorización) para poder operar, pero esta habilitación constituye un acto independiente del servicio en sí. Una cosa es el servicio prestado y otra, muy diferente, que la empresa se encuentre autorizada para brindarlo.

En resumen, si el servicio de revisión técnica significara simplemente un requisito o exigencia establecido por el ordenamiento, su prestación no recaería en la Administración pública (la Municipalidad) sino en empresas privadas debidamente habilitadas para tal fin, que competirían en el mercado en términos de precio y calidad del servicio, obviamente cumpliendo los estándares de calidad, las condiciones del servicio y los requisitos técnicos mínimos exigidos por la normativa correspondiente.

IV.- El servicio de revisión técnica constituye actividad empresarial

Para determinar si el servicio brindado por una planta de revisión técnica es un procedimiento administrativo de habilitación, una actividad de fiscalización administrativa o simplemente un requisito o exigencia establecido por el ordenamiento para tutelar un interés público, corresponde analizar las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las revisiones técnicas, pues así verificaremos sus características y deduciremos sus consecuencias jurídicas.

La Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre,⁶ es la norma que establece los lineamientos generales económicos, organizacionales y reglamentarios del transporte y tránsito terrestre, y rige en todo el territorio de la República. El artículo 23 de esta ley prevé el contenido de los reglamentos nacionales

⁶ Publicada el 8 de octubre de 1999.

necesarios para la implementación de sus disposiciones, señalándose entre ellas al Reglamento Nacional de Vehículos, el cual, según el literal b) de dicho artículo, debe contener los procedimientos técnicos y administrativos correspondientes al sistema de revisiones técnicas, mencionando expresamente que todo vehículo se encuentra obligado a cumplir con las normas de las revisiones técnicas.⁷

Si bien la Municipalidad es competente para controlar el funcionamiento de los vehículos automotores ubicados en el ámbito de su competencia territorial, este nivel de gobierno (local) debe sujetarse a la regulación sobre revisiones técnicas establecida por el Poder Ejecutivo—en el ámbito nacional—mediante el Reglamento Nacional de Vehículos, pues de conformidad con lo establecido en el literal g) del artículo 43 de la Ley 27783,⁸ Ley de Bases de la Descentralización, el Gobierno Nacional y las Municipalidades tienen competencias compartidas en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito urbano, lo cual significa que corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), regular la forma en que se efectuarán las revisiones técnicas, correspondiendo a la Municipalidad verificar que los vehículos automotores de su jurisdicción territorial cumplan con dichas revisiones.

El actual Reglamento Nacional de Vehículos ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 058-2003-MTC,⁹ que en su Título VII regula en detalle la naturaleza de

⁷ Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

Artículo 23°.- Del contenido de los reglamentos

Los reglamentos nacionales necesarios para la implementación de la presente Ley serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y rigen en todo el territorio nacional de la República. En particular, deberá dictar los siguientes reglamentos, cuya materia de regulación podrá, de ser necesario, ser desagregada: (...)

b) Reglamento Nacional de Vehículos

Contiene las características y requisitos técnicos relativos a seguridad y emisiones que deben cumplir los vehículos para ingresar al sistema nacional de transporte y aquellos que deben observarse durante la operación de los mismos. Contiene también los pesos y medidas vehiculares máximos para operar en la red vial y las infracciones y sanciones respectivas.

Asimismo contiene los procedimientos técnicos y administrativos para la homologación de vehículos nuevos que se incorporan a la operación en la red vial y los correspondientes al sistema de revisiones técnicas y de control aleatorio en la vía pública.

Establece que todo vehículo se encuentra obligado a cumplir con las normas de las revisiones técnicas.

(...)

⁸ Publicada el 20 de julio de 2002.

⁹ Publicado el 12 de octubre de 2003.

las revisiones técnicas, el procedimiento de licitación pública para la operación de plantas de revisión técnica, los contratos de concesión con las entidades revisoras y la autorización para la instalación y el funcionamiento de plantas de revisión técnica.

De la lectura del Título VII del Reglamento Nacional de Vehículos, se desprende que el servicio de revisión técnica constituye un requisito o exigencia establecido en la Ley N° 27181 con el fin de garantizar que los vehículos automotores que circulan en el territorio nacional cumplan con los requisitos y características técnicas establecidos en dicho Reglamento, con el fin de proteger la vida y salud de los conductores, peatones, pasajeros y otros usuarios del transporte; otorgar seguridad al tránsito terrestre; proteger el medio ambiente y resguardar la infraestructura vial. El servicio de revisión técnica será prestado por personas jurídicas denominadas entidades revisoras en lugares denominados plantas de revisión técnica. La habilitación de las entidades revisoras se realizará mediante un proceso de licitación pública conducente a la suscripción de un contrato de concesión.

En ese sentido, si para proteger la vida y la salud de las personas, el tránsito y otros bienes jurídicos de interés público, el ordenamiento exige que todo vehículo automotor cuente con un Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (en adelante, SOAT), de igual forma todo vehículo automotor debe pasar por una revisión técnica. Así como los servicios de seguros son prestados por empresas habilitadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS), de igual manera los servicios de revisión técnica serán prestados por personas jurídicas (entidades revisoras) habilitadas mediante un contrato de concesión luego de obtener la buena pro en una licitación pública.

Lo anterior evidencia que el servicio de revisión técnica constituye una actividad empresarial que puede ser desarrollada por cualquier persona habilitada para tal efecto.

Por cierto, si el servicio de revisión técnica fuera un procedimiento de habilitación administrativa o una actividad de fiscalización administrativa —en cualquier caso de ejercicio del *ius imperium*— no cabría la posibilidad de que una empresa estatal realizara tal actividad, pues el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 757,¹⁰ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, prohíbe a las

¹⁰ Publicada el 13 de noviembre de 1991.

empresas del Estado ejercer atribuciones de imperio o propias de la Administración pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.¹¹ Por el contrario, si el servicio de revisión técnica constituye una actividad empresarial, podrá ser realizado por una empresa estatal, en el supuesto, claro está, de que no hubiera oferta privada capaz de satisfacer la demanda existente, en aplicación del principio de subsidiariedad recogido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Considerando que la revisión técnica constituye una actividad empresarial que puede ser realizada por cualquier persona jurídica (entidad revisora) debidamente habilitada por la Municipalidad o, en su caso, por el MTC, corresponde a continuación analizar si la Municipalidad cuenta con la facultad legal para entregar a una sola empresa, mediante concesión, la realización de dicha actividad, es decir la operación de las plantas de revisión técnica de vehículos automotores.

V.- Naturaleza de la concesión para operar una planta de revisión técnica

La concesión es, en principio, una técnica de habilitación en virtud de la cual la Administración pública transfiere a un privado de manera temporal la explotación de bienes o servicios de titularidad pública, tales como bienes de uso público, recursos naturales, infraestructura pública o servicios públicos.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico el término concesión también suele utilizarse como sinónimo de autorización, es decir no para transferir temporalmente una titularidad pública a manos de un privado, sino para habilitar al administrado en la realización de una actividad respecto de la cual él tiene un “derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración”.¹² Así, por ejemplo, el artículo 57 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2004-MTC,¹³ considera como modalidades de autorización, a

¹¹ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.-

Artículo 7°.- Cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.

¹² DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica – Ciudad Argentina, Lima – Buenos Aires, 2005, Tomo II, p. 191.

¹³ Publicado el 03 de marzo de 2004.

la concesión interprovincial, el permiso de operación, entre otros.¹⁴

En el caso que nos ocupa, la “concesión” utilizada para habilitar a una persona jurídica para operar plantas de revisión técnica es sinónimo de “autorización”, y no se trata de la transferencia temporal de una titularidad pública. Ello, toda vez que el servicio de revisión técnica constituye una actividad empresarial que ya es prestado por diferentes empresas privadas (talleres mecánicos, empresas comercializadoras de vehículos) en ejercicio de su libre iniciativa privada y de la libertad de empresa. No se trata de una actividad de titularidad pública, no es una actividad “publicada”; todo lo contrario, es un servicio brindado de manera habitual y cotidiana por agentes económicos privados.

No obstante, si bien cualquier persona jurídica puede efectuar revisiones a los vehículos automotores; solo aquellas autorizadas mediante un contrato de concesión podrán expedir el certificado de revisión técnica, documento que acreditará que un determinado vehículo automotor cumple con los requisitos y características técnicas establecidos en el Reglamento Nacional de Vehículos.

El razonamiento esbozado, en el sentido de que el término “concesión”—utilizado como técnica para habilitar a una persona jurídica para operar una o más plantas de revisión técnica— es sinónimo de “autorización”, encuentra asidero

¹⁴ Reglamento Nacional de Administración de Transportes.-

Artículo 57°.- Clases de autorizaciones

La autoridad competente, en su respectiva jurisdicción, mediante resolución, otorgará las siguientes autorizaciones para el servicio de transporte:

- a) Concesión interprovincial, la que se otorga para la prestación del servicio de transporte interprovincial regular de personas de cualquier ámbito, siempre que el peticionario cumpla con las condiciones de acceso previstas en los Títulos I y II de la Sección Segunda del presente Reglamento.
- b) Permiso de operación, el que se otorga para la prestación del servicio de transporte provincial regular de personas, servicio de transporte especial de personas de cualquier ámbito y servicio de transporte de mercancías, siempre que el peticionario cumpla con las condiciones de acceso previstas en los Títulos I y II de la Sección Segunda del presente reglamento.
- c) Permiso eventual, el que se otorga a un transportista que cuenta con concesión interprovincial, permiso de operación o permiso excepcional de cualquier ámbito, para prestar un servicio de transporte de personas, específico para un solo viaje de corta duración, fuera de las rutas e itinerarios autorizados, sin exceder el ámbito de las citadas autorizaciones.
- d) Permiso excepcional, el que se otorga para la prestación del servicio de transporte interprovincial regular de personas y del servicio de transporte provincial regular de personas, conforme a lo establecido en el Capítulo II del presente Título respecto al vehículo, la característica de la vía, la distancia de la ruta y el ámbito del servicio.

en el artículo 102 del Reglamento Nacional de Vehículos, dispositivo que señala que el “...procedimiento de Revisiones Técnicas únicamente será llevado a cabo en las Plantas de Revisión Técnica autorizadas”, así como en su artículo 137, el cual prescribe que solo “...podrán prestar el servicio de revisión técnica las plantas debidamente autorizadas...” (los subrayados son nuestros).

En definitiva, el servicio de revisión técnica constituye una actividad empresarial susceptible de ser realizada por cualquier persona jurídica, aunque ésta necesite, como acto habilitante, un contrato de concesión, el cual equivale, como se ha señalado, a una autorización. Esta situación no es extraña en nuestro ordenamiento. De acuerdo al Reglamento Nacional de Administración de Transportes, cualquier persona puede prestar el servicio de transporte interprovincial regular de personas, aunque para ello tiene que suscribir el contrato de concesión correspondiente, también luego de una licitación pública.

VI.- Distinción entre el servicio de revisión técnica y el acto habilitante para que una persona jurídica preste dicho servicio

Es importante distinguir el servicio de revisión técnica del acto habilitante que necesita la persona que va a realizar dicho servicio. En el siguiente cuadro ilustramos dicha diferencia, utilizando en la comparación el ejemplo del SOAT y del servicio de transporte interprovincial de pasajeros.

Persona jurídica privada	Servicio realizado por la persona jurídica privada	Acto habilitante para que la persona jurídica privada pueda realizar el servicio
Entidad revisora	revisión técnica	Contrato de concesión
Compañía de seguros	asegurar un vehículo con el SOAT	Autorización de la SBS
Empresa de transportes	transporte interprovincial de pasajeros	Contrato de concesión

Una característica esencial de todos los servicios mencionados en el cuadro anterior es que son prestados en un régimen de libre competencia. En consecuencia, así como las empresas de seguros y de transporte interprovincial de pasajeros compiten en el mercado por captar las preferencias de sus clientes sobre la base del precio y calidad de sus servicios, así también las entidades revisoras competirán en el mercado por captar las preferencias de los titulares o conductores de los vehículos

automotores. Y así como el MTC y la SBS fiscalizan respectivamente la actividad de las empresas de seguros y de transporte interprovincial de pasajeros, así también la Municipalidad (y, en su caso, el MTC) fiscalizará las actividades de las entidades revisoras.

VII.- Principios aplicables a la actividad empresarial: subsidiariedad del Estado y libre competencia

Puesto que el servicio de revisión técnica es una actividad empresarial susceptible de ser desarrollada por cualquier persona jurídica privada, el Estado debe velar para que exista competencia en dicha actividad y, en aplicación del principio de subsidiariedad que guía la actuación del Estado en su intervención en la economía como empresario, la Municipalidad y otras entidades de la Administración pública deben abstenerse de realizar dicha actividad en tanto ésta pueda ser realizada por empresas privadas, es decir en tanto haya oferta privada capaz de satisfacer la demanda existente.

Como se sabe, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú señala que solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial —directa o indirecta— por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Complementando lo anterior, su artículo 61 establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y que ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios.¹⁵

En concordancia con el marco constitucional antes descrito, el artículo 4 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre señala que el Estado

¹⁵ Constitución Política del Perú.

Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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

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

Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.¹⁶ Por su parte, el artículo 6 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, si bien anterior al texto constitucional, guarda estricta correspondencia con éste, al prescribir que queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción de las referidas a las áreas naturales protegidas.¹⁷

En atención al marco constitucional y legal antes descrito, y en el entendido de que el servicio de revisión técnica constituye actividad empresarial, queda claro que la Municipalidad:

- 1) No puede llevar a cabo, directa o indirectamente, las revisiones técnicas (por ejemplo, a través de una empresa municipal) si es que hay privados interesados en realizar dicha actividad y tienen la capacidad de satisfacer la demanda existente.
- 2) No puede otorgar a una sola empresa el monopolio de las revisiones técnicas.

¹⁶ Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

Artículo 4°.- De la libre competencia y rol del Estado

4.1 El rol estatal en materia de transporte y tránsito terrestre proviene de las definiciones nacionales de política económica y social. El Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.

4.2 El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. En particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación.
(...)

¹⁷ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.-

Artículo 6°.- Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción de las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54° del presente Decreto Legislativo.
(...)

La prohibición aludida responde a la necesidad de acatar el mandato contenido en el artículo 61 de la Constitución Política, ya citado, que prohíbe la existencia de monopolios legales. Este dispositivo constitucional puede ser interpretado de dos maneras. Una, apegada al texto literal de la norma, que considera que todo monopolio legal, sin distinción alguna, está prohibido. La otra, más finalista, que considera que solo están prohibidos los injustificados, es decir aquellos monopolios establecidos donde la competencia es posible.

Bajo la primera interpretación, según la cual todo monopolio legal está prohibido, sería inconstitucional la decisión de la Municipalidad de otorgar en concesión a una sola empresa —en el ámbito de su competencia territorial— la operación de las plantas de revisión técnica de vehículos automotores. Esta interpretación, como es evidente, es restrictiva, y ello responde a la naturaleza de la tercera oración del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución, que contiene una norma prohibitiva: “Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. Según la teoría de interpretación jurídica, la interpretación restrictiva se aplica a las normas especiales y a las normas prohibitivas.

Bajo la segunda interpretación, finalista, es posible asignar a una sola empresa la exclusividad de la actividad desarrollada en un mercado determinado solo si se cumplen dos presupuestos: (1) que en dicho mercado no sea posible la competencia y (2) que exista competencia por el mercado al momento de asignar la exclusividad. Solo si se cumplen ambos presupuestos se justificará el establecimiento de un monopolio no prohibido por el artículo 61 de la Constitución. Analicemos cada presupuesto.

Primero, debe tratarse de un mercado donde la competencia no sea posible. Ello ocurre, por ejemplo, cuando estamos ante una industria que presenta condiciones de monopolio natural,¹⁸ tal como, por ejemplo, el servicio de distribución y suministro de agua potable. Con la técnica actual, no parece económicamente rentable que dos o más empresas compitan entre sí en Lima y Callao por la distribución y suministro

¹⁸ Habrá un monopolio natural cuando, dada la existencia de elevadas economías de escala y/o de ámbito y altos costos hundidos —que configuran en conjunto significativas barreras a la entrada—, y considerando una demanda determinada, la industria presenta “subaditividad de costos”, lo que significa que es más eficiente (barato) que el servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más. Ello se presenta en las industrias de red, como el servicio portador de telecomunicaciones, la distribución de agua potable o electricidad, y en la provisión de infraestructuras de transporte de uso público tales como puertos, aeropuertos, carreteras o vías férreas.

de agua potable. En este escenario, es natural otorgar la concesión del servicio a una sola empresa.

Segundo, la exclusividad debe otorgarse a aquella empresa que ofrezca las mejores condiciones en términos de precio, calidad y cobertura del servicio. Ello se logra a través de una licitación pública que garantice la competencia por el mercado. Siguiendo con el ejemplo del agua potable, la concesión del servicio de distribución y suministro debería otorgarse a la empresa que ofrezca la mejor combinación posible en términos de precio, calidad y cobertura.¹⁹

La competencia por el mercado asegura que los consumidores se beneficien con las eficiencias asignativas (el menor precio posible) y productivas (reducción de costos) originadas por la rivalidad de los postores. De modo que, tratándose de un mercado donde la competencia no es posible o, lo que es lo mismo, donde no es posible la *competencia dentro del mercado*, la existencia de *competencia por el mercado*, al producir eficiencias económicas que redundan en un mayor bienestar social, justifica la exclusividad y evita el reproche contenido en el artículo 61 de la Constitución Política. Y es que bajo la segunda interpretación, los monopolios no deseados son solo los ineficientes, los perniciosos para la sociedad, aquellos establecidos únicamente para generar rentas monopólicas sobre la base de privilegios.

Además, la existencia de un monopolio legal siempre significa una limitación a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa de los agentes económicos, por lo que cualquier decisión que tome el Estado debería limitar de la forma menos gravosa posible dichos derechos, en aplicación del test de “razonabilidad” del Tribunal Constitucional.

Si en un mercado la competencia es posible, y el Estado decide establecer un monopolio legal mediante una competencia por el mercado, le quita a las otras empresas la oportunidad de mejorar, con el tiempo, las eficiencias económicas conseguidas con la competencia por el mercado. En efecto, podría argumentarse que la competencia por el mercado trae eficiencias económicas, lo que nadie duda, pero lo que no puede demostrarse es que la competencia en el mercado no puede

¹⁹ No está de más señalar que incluso dentro de las industrias de red caracterizadas por la presencia de monopolios naturales, la intervención reguladora del Estado puede forzar la existencia de competencia dentro del mercado, lo que se da, por ejemplo, a través de mandatos de interconexión de redes y acceso a facilidades esenciales.

provocar, con el tiempo, mejores eficiencias que aquellas que son resultado de la licitación por el mercado. Nos explicamos. Supongamos que el precio de referencia de la tarifa o precio por el servicio de revisión técnica es 20 y en una licitación pública, la mejor oferta asciende a 15. Esto significa que, en la competencia por el mercado, los consumidores se han ahorrado 5 por cada revisión técnica, que es la diferencia entre el precio referencial del Estado y el precio del postor ganador. Sin embargo, si hubiera competencia dentro del mercado de revisiones técnicas, en rigor habría una licitación pública todos los días entre las empresas competidoras, y el precio del servicio de revisión técnica podría bajar a la semana, al mes o al año por debajo de 15. Cuando es posible la competencia dentro del mercado, lo mejor es dejar que la competencia fluya, y no restringir innecesariamente la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante una competencia por el mercado.

En cambio, si la competencia dentro del mercado no es posible, como ocurre en los monopolios naturales, la competencia por el mercado (la licitación pública para otorgar la concesión) va a generar eficiencias económicas en beneficio de los consumidores que no se lograrían si, por ejemplo, se dejara el monopolio en manos del Estado. Con posterioridad a la competencia por el mercado, y con el fin de promover la competencia, se puede alentar la interconexión de redes en tanto ello sea técnica y económicamente posible, supuesto en el cual, a través de la intervención reguladora del Estado, se hará posible la competencia dentro del mercado. Es decir, con la intervención del Estado se lograría, de manera artificial, que exista competencia dentro del mercado en una industria que, en principio, es un monopolio natural.

Y es que siempre debe buscarse que la competencia aparezca. Si es un mercado donde la competencia es posible, el Estado debe garantizar que dicha competencia tenga lugar desde un principio, lo cual es tarea de la agencia de competencia (INDECOPI) mediante la sanción de las prácticas colusorias y los abusos de posición de dominio. Si es un mercado donde la competencia no es posible (monopolio natural), el Estado debe garantizar que primero haya competencia por el mercado, y luego, vía la regulación económica (interconexión de redes y acceso a facilidades esenciales) promover que en dicho mercado aparezca poco a poco la competencia, lo que es tarea de los organismos reguladores (OSIPTel, OSITran, OSINERGMIN y SUNASS).

En el caso materia de análisis, si bien a través de una licitación pública para dar en concesión la operación de las plantas de revisión técnica es posible que se cumpla el primer presupuesto, la “competencia por el mercado” (debido a la

existencia de la rivalidad propia de la licitación pública), no se cumple el segundo presupuesto, pues es evidente que el mercado de servicios de revisión técnica puede desarrollarse en condiciones de libre competencia, es decir que es posible la “competencia dentro del mercado”. Prueba de ello es el número de plantas, talleres y concesionarios (comercializadores de marcas) que en la ciudad capital realizan servicios de diagnóstico y reparación de vehículos automotores. Todos somos testigos actualmente de la competencia dentro del mercado efectuado por decenas de talleres técnicos que diagnostican y reparan vehículos.

Al ser posible la “competencia dentro del mercado”, no existe justificación técnica, económica o jurídica alguna para establecer un monopolio legal en dicho mercado. Así, en lugar de dar la concesión a una sola empresa, podrían ser 10, 20 ó 30 las empresas autorizadas, previo cumplimiento de las condiciones técnicas previstas en la normativa del sector, a brindar los servicios de revisión técnica en un régimen de libre competencia. Estas empresas, mediante un sistema de acreditaciones, serían fiscalizadas por la Municipalidad, ya sea directamente o través de empresas certificadoras.

Por lo tanto, bajo la segunda interpretación, la decisión de la Municipalidad de otorgar en concesión a una sola empresa—en el ámbito de su competencia territorial—la operación de plantas de revisión técnica de vehículos automotores, también sería inconstitucional, al infringir el artículo 61 de la Constitución Política.

Como puede apreciarse, conforme al razonamiento expuesto y teniendo en consideración las dos interpretaciones posibles de la prohibición contenida en la tercera oración del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución Política, el hecho de otorgar a una sola empresa la facultad de otorgar los certificados de revisión técnica significaría establecer un monopolio legal prohibido por dicho dispositivo constitucional.

VIII.- Conclusiones

Sobre la base de las consideraciones expuestas, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

El servicio brindado por una planta de revisión técnica no es un procedimiento administrativo destinado a obtener una habilitación, ni una actividad de fiscalización administrativa, sino un requisito o exigencia establecido por el ordenamiento jurídico para tutelar un interés público, de modo que dicho servicio, como tal, constituye una

actividad empresarial susceptible de ser realizada por cualquier agente económico privado autorizado para tal efecto.

La concesión para operar una o más plantas de revisión técnica es equivalente a una autorización como acto habilitante, de modo que no significa la transferencia temporal de una titularidad pública. Y es que el servicio de revisión técnica no es de titularidad del Estado (*publicatio*) sino una actividad económica que toda persona tiene derecho a realizar en ejercicio de su libre iniciativa privada y su libertad de empresa. No obstante, para la expedición del certificado de revisión técnica es necesario obtener la correspondiente autorización, a través de un contrato de concesión, pues así lo exige la normativa sectorial correspondiente.

Al ser el servicio de revisión técnica una actividad empresarial, el Estado (incluyendo a la Municipalidad de Lima Metropolitana) debe velar porque dicha actividad se desarrolle en un entorno que respete la libre competencia y garantice la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú prohíbe los monopolios legales. Caben dos interpretaciones sobre este dispositivo constitucional. La primera, apegada al texto literal de la norma de naturaleza prohibitiva, que considera, de manera restrictiva, que todo monopolio legal, sin distinción alguna, está prohibido. La segunda interpretación, más finalista, considera que solo están prohibidos los monopolios injustificados, los ineficientes. Bajo esta segunda interpretación, no estaría prohibido asignar a una sola empresa la exclusividad de la actividad económica desarrollada en un mercado determinado, siempre y cuando se cumplan dos presupuestos: 1) que en dicho mercado no sea posible la competencia y 2) que exista competencia por el mercado (a través de una licitación pública) al momento de asignar la exclusividad. La competencia por el mercado aseguraría que los consumidores reciban la mejor combinación posible en términos de precio, calidad y cobertura del servicio.

Bajo la primera interpretación, la Municipalidad Metropolitana de Lima no se encontraría facultada legalmente para otorgar en concesión a una sola empresa —en el ámbito de su competencia territorial— la operación de las plantas de revisión técnica de vehículos automotores, pues ello infringiría el artículo 61 de la Constitución Política. Por su parte, bajo la segunda interpretación, tampoco se encontraría facultada, pues el mercado de servicios de revisión técnica puede desarrollarse en condiciones de libre competencia (competencia dentro del mercado).

Referencias

- BLACK, H. (1979). *Black's Law Dictionary*. West Publishing, Minnesota.
- DROMI, R. (2005). *Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica – Ciudad Argentina, Lima – Buenos Aires, Tomo II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra – Temis, Lima-Bogotá, Tomo II.
- MAYER, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. Traducción de *Droit administratif allemand* (1904), Depalma, Buenos Aires, Tomo II.
- MORÓN, J. (2006). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima.