

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**La delimitación de la prerrogativa estatal de rescisión unilateral o
resolución por causa de interés público en los contratos SGT**

Tesis para optar el Título de Abogado

Autor: Jairo Jeyko Velásquez Chumpitaz

Asesor: Enrico Huarag Guerrero

Lima, marzo de 2020

AGRADECIMIENTO

La realización de la presente investigación no pudo haber sido culminada sin la continua motivación de mi familia, la cual, nunca dejó de apoyarme.

A mis padres Jairo y Teresa que siempre estuvieron allí para mí, a mis hermanos, para que, a pesar de mis numerosos defectos, vean en mí una motivación para seguir sus estudios.

A mis abuelos Aurora y Teodoro quienes siempre serán mis segundos padres y en quienes siempre encontré cobijo.

A la doctora Melissa, quien me inició en el sendero del derecho eléctrico y a quien siempre consideraré como mi maestra.

Al profesor Ramón, quien incentivó en mí el gusto por el derecho administrativo mediante conversaciones y diferentes lecturas.

Al profesor Huarag por su dedicación y tiempo en la elaboración de la presente tesis.

A todos aquellos que me brindaron su apoyo y aliento para no cansarme en esta maratón llamada tesis.

Con todos estoy muy agradecido.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
a) Planteamiento General.....	10
b) Formulación de Problemas de Investigación	19
2.1 Problema principal	19
c) Objetivos	19
3.1 Objetivo General.....	19
3.2 Objetivo específico.....	19
d) Hipótesis	20
4.1 Hipótesis General	20
e) Metodología	20
CAPÍTULO II	21
MARCO CONCEPTUAL	21
2. El sector eléctrico.....	21
2.1 La electricidad: definición y principales características	21
2.2 La organización del Sector Eléctrico	24
2.3 Estructura del mercado eléctrico de clientes.....	28
2.4 La industria eléctrica en el Perú: Servicio Público y Regulación.....	30
2.4.1 El Estado Social y Estado de Bienestar.....	30
2.4.2 El servicio público.....	43
2.4.2.1 El <i>service public</i> francés y la <i>Daseinvorsorge</i> alemán.....	43
2.4.2.2. El Servicio Público y el sector eléctrico	55
2.4.2.2.1 Concepto de servicio público	55
2.4.2.2.2 La influencia del <i>service public</i> francés y el enfoque de la comunidad europea en el ordenamiento jurídico peruano	58
2.4.2.2.3 El “nuevo” servicio público en la sociedad global y ordenamiento peruano y su relación con el sector eléctrico.....	67

2.4.3 Regulación	71
2.4.3.1 El servicio público en el sector eléctrico y su regulación	71
2.4.3.1.1 Sobre la herramienta de la regulación y su vinculación con el sector eléctrico.....	75
2.4.4 El servicio público de transmisión de electricidad	81
2.4.4.1 Como servicio público:.....	81
2.4.4.2 Como facilidad esencial	82
2.4.4.3 Como red.....	83
2.4.4.4 Como bien de dominio público	86
CAPITULO III	88
MARCO JURÍDICO	88
3. El contrato del Sistema Garantizado de Transmisión (contrato SGT)	88
3.1 Del Estado orientador y la Economía social de mercado	91
3.2 El Interés público	96
3.3 Las actividades administrativas.....	99
3.3.1 La actividad administrativa de policía	102
3.3.2 La actividad administrativa de fomento.....	104
3.3.3 La actividad administrativa de servicio público	106
3.3.4 Actividad administrativa de regulación.....	108
3.3.5.1 La concesión.....	116
3.3.5.1.1 Definición de Concesión	121
3.3.5.1.2 Características de la concesión	124
3.3.5.1.3 Clasificaciones realizadas sobre concesiones	127
3.3.5.1.4 Naturaleza jurídica de la concesión	141
3.3.5.1.5 El contrato de concesión	145
3.3.5.1.6 La diferencia entre los contratos de gestión patrimonial y los contratos de concesión.	146
3.3.5.2 Las asociaciones público – privadas.....	148
3.3.5.2.1 Concepto sobre Asociaciones Público Privadas y principales aspectos.....	148

3.3.5.2.2 Clasificación de las Asociaciones público – privadas.....	163
3.3.5.2.3 La diferencia entre contratos de gestión patrimonial y APPS....	165
3.4 Los Contratos BOOT	168
3.4.1 Definición de los Contratos BOOT	168
3.4.2 Características	173
3.4.3 Modalidades de los contratos BOOT	178
3.4.4 Diferencias entre un contrato BOOT y un contrato de concesión	184
3.4.5 Los contratos BOOT en el sector eléctrico	187
3.4.5.1 La clasificación en los contratos de concesión en el sector eléctrico, según Rolando Salvatierra Colombina.....	187
3.4.5.2 Respecto a la clasificación en sí y breves reflexiones sobre la concesión definitiva	188
3.4.5.3 Respecto a los contratos de concesión tipo BOOT, utilizado para construir redes de Transmisión Eléctrica, Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión y Contrato de concesión de Sistemas Complementario de transmisión.	193
3.4.5.3.1 Los tipos de contratos BOOT en el sub – sector de transmisión	194
3.5 El contrato administrativo.....	207
3.5.1 Aspectos generales sobre los contratos administrativos.....	207
3.5.2 Aspecto específicos y doctrinarios sobre los contratos administrativos .	212
3.5.3 El Concepto del contrato administrativo.....	215
3.5.4 Naturaleza jurídica del Contrato Administrativo	218
3.5.4.1 La concepción dualista o clásica.....	220
3.5.4.2 Concepción unitaria	231
3.6 Las “cláusulas exorbitantes”	232
3.6.1 Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público	234
3.6.2 La caducidad y la Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.....	238
3.6.4 “Regulación normativa” de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público	246

3.6.4.1 Los principios generales del derecho	246
3.6.4.2 La clasificación de los principios	252
3.6.4.3 Reglas aplicables a los principios	254
3.6.4.4 Principios de derecho administrativo y normativa aplicables los contratos de concesión	255
3.6.4.4.1 Principios de derecho administrativo	256
3.6.4.5 Normativa (artículos).....	283
CAPÍTULO IV	288
DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS	288
a) La importancia de establecer lineamientos.....	293
b) La prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público	300
CAPÍTULO V	318
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	318
1. Conclusiones.....	318
2. Recomendaciones.....	325
BIBLIOGRAFÍA.....	327
APORTE AL DERECHO	332

INTRODUCCIÓN

Desde el cambio de paradigma, el cual se centró en la paulatina reducción de la discrecionalidad administrativa mediante el respeto irrestricto del principio de legalidad y en la transición de un escenario donde se priorizaba el monopolio estatal mediante la constitución de Empresas estatales a un escenario pro – mercado y de plena; nuestro sistema jurídico ha presentado numerosos cambios trascendentales en todos los ámbitos donde irradia el derecho.

De todos estos ámbitos, uno de los sectores que más cambios ha tenido y continúa teniendo es el sector eléctrico, el cual se presenta como uno de los más importantes y con mayor desarrollo en los últimos tiempos.

En este sector, donde el contrato de concesión, desde siempre, ha representado su sustento y ha contribuido con crecimiento, el cambio de paradigma se vio representado por la vigencia del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, los cuales presentaron un antes y después normativo y una reestructuración del sector eléctrico, siendo luego complementado normativamente por la ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

La normativa mencionada en el párrafo anterior trajo consigo sustanciales cambios, destacando la división del sector eléctrico en tres sub – sectores: generación, transmisión y distribución, así como el ingreso a nuestro sistema normativo de nuevas figuras contractuales como el “Contrato del Sistema Garantizados de transmisión” o también conocido como Contrato SGT.

Este cambio normativo también trajo como consecuencia una abundante producción normativa por parte del Estado, centrada en la sistematización y creación de incentivos para el inversionista privado como el actual Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, a fin del Estado pueda tenerlo como colaborador en la procura del interés público y realización de las actividades esenciales del Estado.

Por otro lado, la paulatina reducción de la discrecionalidad administrativa mediante el respeto irrestricto del principio de legalidad, en el sentido que, de manera obligatoria, toda actuación estatal debía tener sustento en el ordenamiento jurídico; puso sobre el tapete, nuevamente, el constante debate en torno a la vigencia criterio de la prerrogativa – cláusulas exorbitantes, respecto a los contratos administrativo y contratos de concesión en este “nuevo” paradigma normativo.

Otro de los tantos ámbitos que sufrieron cambios normativos, uno de las más afectados y más importantes fue el de contratación pública o administrativa. Al respecto, nuestro ordenamiento optó por seguir una posición reglada, en cuanto al tema de las prerrogativas – cláusulas exorbitantes, buscando el respeto por el principio de legalidad, así como seguir una concepción unitaria, respecto a los contratos administrativos.

Todo este “nuevo” panorama, en comparación con los postulados de las doctrinas clásicas, correspondientes al criterio de las prerrogativas – cláusulas exorbitantes y teorías del contrato administrativo y contrato de concesión, ha servido de principal sustento para la presente investigación, la cual versa sobre la cuestión de que si, teniendo presente la normativa actual y sus diferentes figuras sobre contratación pública, aplicable a los contratos de concesión como el contrato SGT, ¿ Se debe establecer parámetros a la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público para que el Estado la pueda ejercer o si simplemente se debe permitir que el Estado la ejerza directamente, sin seguir parámetro alguno?

En este sentido, siguiendo lo normado en el artículo 112 del reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, el cual es aplicable, entre otras modalidades, a los contratos de concesión como los contratos SGT; se tiene como causal de terminación en los contratos APP (denominación doctrinaria para hacer alusión a todas las modalidades a las que es aplicable el citado Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento), entre otras, a la “Resolución por parte del Estado por razones de interés público” o también conocida como “causal de terminación por decisión unilateral del concedente”, la cual tiene su sustento en la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

De la situación anteriormente explicada y siguiendo la posición “reglada”, se evidencia que, en la normativa actual sobre Asociaciones Público Privadas, sí se encuentra sustento normativo para la vigencia de una prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público. Asimismo, el protagonismo e importancia del interés público ha vuelto a cobrar interés doctrinario desde el año 2004 por un pronunciamiento aislado del máximo intérprete de la Constitución, correspondiente al Expediente N° 2488 – 2004 – AA/TC sobre una Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco. Dicho pronunciamiento incentivó interesantes análisis doctrinarios y puso sobre el tapete un debate doctrinario sobre la necesidad de establecer parámetros y precisar la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público , la cual se presenta como principal sustento para la aplicación de la causal de terminación por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público” (o también llamada decisión unilateral del concedente), bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

a) Planteamiento General

Nos encontramos en una realidad donde el sector eléctrico cobra cada vez mayor protagonismo.

La idea base sobre la electricidad, parte de que todo Estado necesita energía para poder cumplir con sus fines esenciales, los cuales se centran en procurar y garantizar el bienestar de la población. Entre los diferentes medios y formas de poder generar energía, se encuentra la electricidad, la cual, actualmente, representa un sector económico y jurídico que se ha fortalecido paulatinamente, a tal punto de que es posible afirmar que se ha consolidado como un ámbito independiente.

Como bien afirma el autor Rolando Salvatierra Combina, quien ha dedicado numerosos artículos a la descripción y análisis del sector eléctrico: *“El sector eléctrico es uno de los sectores que más se ha desarrollado en los últimos quince años, y este desarrollo se debe principalmente al marco normativo, liderado por la Ley de Concesiones Eléctricas, la ley de desarrollo eficiente de la generación eléctrica y a la seguridad jurídica que otorgan una serie de mecanismos contractuales entre los que destacan las concesiones y los convenios de estabilidad jurídica”*¹

Y es que razones no le falta, la electricidad está en todos lados y se presenta como un recurso vital para nuestra propia subsistencia; sin embargo, el sector eléctrico no siempre ha sido como se lo conoce actualmente. Este sector ha pasado por dos etapas bien diferenciadas, las cuales, siguiendo el principio de ensayo y error, que guía toda acción humana, han permitido que se vaya consolidando paulatinamente hasta llegar al sector eléctrico que conocemos

¹ Rolando Salvatierra Combina, “Los Contratos de Concesión en el Sector Eléctrico”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 7 (2009): 317.

actualmente y que se encarga de suministrar electricidad a todo el país, tanto a empresas como a los miles de hogares.

En resumidas cuentas, el sector eléctrico ha pasado por dos etapas, donde el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, marcan un antes y un después.

Antes de la entrada en vigencia de la normativa mencionada en el párrafo anterior, el sector eléctrico se encontraba monopolizado por el Estado, el cual realizaba las tres principales sub – actividades que involucran al sector: generación, transmisión y distribución. Como bien afirma el autor Rolando Salvatierra Combina: *“En el año 1992, el actor monopólico en el sector eléctrico era el Estado, siendo el único que desarrollaba la actividad de generación, transmisión y distribución que tenía relación directa con los usuarios de tal servicio, estando prohibida la participación de la empresa privada.”*²

El Estado, antes del año 1992, aproximadamente entre los años 1972 y 1992 se caracterizó principalmente por un gran intervencionismo estatal, lo cual se evidenció en el monopolio de diversos servicios públicos, entre ellos el servicio de electricidad. Este monopolio se concentraba en dos empresas: ElectroPerú y Electrolima, dicho panorama de monopolio estatal fue reforzado por los diferentes gobiernos que, impulsados por la idea de un fortalecimiento del Estado y una gran desconfianza del inversionista y participación privada, sumado por la todavía imperante ideología cepalina que reforzaba la producción nacional, permitieron que todo desembocara en un atrasado y nulo desarrollo en materia de servicios públicos, de los cuales el sector eléctrico fue uno de los más afectados, dejando de lado el enorme potencial de inversión, trabajo y ganancias que este podía producir para el Estado y su población.

En resumen, antes del año 1992 se priorizada el monopolio e intervencionismo estatal, el sector eléctrico, en términos generales, se caracterizó por i) poca inversión en la infraestructura y sector eléctrico en general, ii) los recursos invertidos eran mayoritarios (por no decir exclusivamente) del sector público y iii) de la situación, se requería un cambio normativo urgente que incentive un

² Id.

desarrollo en el sector eléctrico e impulse la inversión en este por medio de los privados.

“Este esquema estatal llegó a su fin con la crisis del sector en el año 1992, en que el mismo había llegado a una situación insostenible, reflejándose en la escasa inversión en el sector, déficit de generación y una falta de oferta que era largamente superada por la demanda, instalaciones y redes eléctricas en pésimo estado, tarifas debajo del costo real que restaban la rentabilidad de las empresas públicas, falta de normas de protección a los usuarios, al medio ambiente, de regímenes de calidad, entre otras situaciones que llamaban fuertemente al cambio.”³

Esta necesidad de resurgimiento del sector eléctrico y la solución al caótico estado en que se encontraba se dio mediante la promulgación del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctrica, publicado el 19 de noviembre de 1992; su Reglamento, publicado el 25 de febrero de 1993 y la ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, publicada el 24 de febrero de 2007. Asimismo, se menciona la principal norma de privatización, el Decreto Legislativo N° 674, mientras que para las concesiones se promulgaron diversas normas que luego se ordenaron y consolidaron con el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 056-96-PCM (o también llamado TUO CONCESIONES)

Todas estas normas antes mencionadas, en su debido momento, permitieron la tan necesitada desregulación que comenzó en el año 1990 con el gobierno de Alberto Fujimori, quien apostó por régimen legal pro-mercado y pro-inversionista, reforzado por diversas teorías e ideas que imperaban como el consenso de Washington, el cual apoyaba la inversión privada y el libre mercado. De igual manera, las mencionadas normas permitieron el desarrollo de diversos mecanismos contractuales como el “Contrato de concesión de sistemas Garantizados de transmisión” o solo conocido como Contrato SGT, el cual

³ Id.

ingresó al ordenamiento jurídico mediante el Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

Esta posición pro – mercado y pro – inversionista, posteriormente, también se materializó en otras diferentes normas legales, las cuales priorizaban y perfeccionaban la creación de incentivos en el mercado para los diferentes inversionistas tanto nacionales y extranjeros, a fin de estos formen Asociaciones Público Privadas o APPs, denominación insertada recientemente en nuestro ordenamiento, y participen de la mano con el Estado en fomentar y garantizar el interés público de la población, principalmente mediante el otorgamiento de concesiones de obra pública y servicio público.

Estos esfuerzos se tradujeron en diferentes decretos legislativos, comenzando por el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la Generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, publicado el 13 de mayo de 2008 y su reglamento; hasta llegar al actual Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 23 de julio de 2018, y su reglamento.

Dentro de este contexto donde se tiene normativa propia del sector y normativa sobre Asociaciones Público Privadas, se encuentra el contrato SGT, el cual se configura como contrato público (contrato administrativo) que corresponde uno de los tantos contratos de concesión que se celebran en el sector eléctrico, configurándose también Asociación Público Privada, en el sentido de que implica la colaboración mutua entre el Estado y un inversionista privado. Asimismo, este contrato se circunscribe al sector de transmisión eléctrica y tiene como objeto específico la construcción de líneas de transmisión de electricidad.

Este cambio del paradigma normativo, con el fin de incentivar la inversión privada en el sector eléctrico y su colaboración con el Estado, dio grandes frutos, los cuales se evidenciaron en un aumento en la celebración de contratos SGT a partir del año 2008, a comparación de años posteriores.

A pesar de la gran contribución, buen desempeño y diferentes beneficios que los contratos SGT han traído al sector eléctrico y principalmente a la población, los

cuales tienen como objeto contractual la construcción de líneas con el fin de evitar congestionamientos en la red, lo que se traduce en cortes de electricidad, racionamientos eléctricos; se debe tener siempre presente la posibilidad de ocurrencia de situaciones que conlleven a la necesaria declaración de la caducidad de estos contratos.

Si bien, tal declaración se presenta como solución de “ultima ratio”, tal panorama no es ajeno a la realidad contractual, dando un especial énfasis a los contratos de concesión como los contratos SGT, los cuales tienen por objeto el fortalecimiento del sub – sector de transmisión, considerado como servicio público por la Ley de Concesiones Eléctricas, teniendo en su esencia y razón de ser la procura del interés público.

La referida situación se ve complementada por una sentencia aislada del Tribunal constitucional (el Expediente N° 2488 – 2004 –AA/TC sobre Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco), en la cual se pronuncia sobre el deber del Estado sobre la procura del interés público, mencionando lo siguiente:

“(…), el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo.

No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional”⁴

Lo ensayado por el máximo intérprete de la Constitución, ha puesto sobre el tapete uno de los puntos álgidos que constituirá el panorama general donde se circunscribirá nuestra investigación y que representa el tema de uno de los más grandes debates jurídicos que se presenta en el derecho administrativo y en

⁴ Correspondiente al punto N° 9 titulado “El mandato del artículo 62° que consagra la inmodificabilidad de los contratos no es absoluto” del Fundamento III del Expediente N° 2488 – 2004 –AA/TC (10/10/2006) sobre Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco.

derecho comprado: las cláusulas – prerrogativas exorbitantes en la normativa actual.

Dicho criterio encuentra su sustento en la existencia de prerrogativas (provenientes del propio ordenamiento jurídico) o cláusulas (proviene de cláusulas estipuladas en propio contrato) que habilitan al Estado a realizar acciones que exceden a las típicas que se pueden dar en la contratación civil. Asimismo, cabe mencionar que el citado criterio tiene su ámbito de aplicación en la contratación pública y corresponde uno de los principales criterios que fundamenta la posición dualista que distingue los contratos administrativos de los contratos civiles, sin dejar de resaltar que, a pesar de su gran antigüedad, aún posee numerosos partidarios.

Teniendo presente lo anterior, en el Perú, desde siempre, se ha concebido un contrato administrativo con rasgos propios y con ciertas peculiaridades, que lo ha distinguido de las principales características descritas por la teoría clásica del contrato administrativo como por la teoría clásica del contrato de concesión como la desigualdad jurídica existente entre las partes del Contrato administrativo y la mutabilidad consustancial a este.

Esta “peculiar” forma de concebir al contrato administrativo se centra principalmente en el respeto obligatorio e irrestricto del principio de legalidad, del “*pacta sum servanda*” e igualdad jurídica entre las partes del contrato mediante el principio de equilibrio económico – financiero. Este panorama ha traído como consecuencia un alejamiento y cierta modificación de las posiciones mencionadas anteriormente (criterio de prerrogativas – cláusulas exorbitantes, teoría clásica del contrato administrativo y contrato de concesión) en su concepción clásica, las cuales se destacaban por defender una evidente e irrestricta superioridad del Estado frente a la parte privada, lo que muchas veces se evidenciaba en decisiones discrecionales, a fin de procurar y priorizar en todo momento el interés público sobre los interés privados y, consecuentemente, el bienestar de la población.

Actualmente, nuestro sistema jurídico, respecto a la contratación pública o administrativa (donde se encuentran los contratos SGT) se ha inclinado por la posición unitaria, en el sentido de que se afirma que no existen diferencias entre

los contratos públicos y civiles, concibiendo a todos los contratos celebrados por el Estado como contratos públicos, asimismo, nuestro sistema jurídico también ha optado por seguir una posición reglada, en el sentido de que toda acción del Estado debe encontrarse habilitada en una norma legal, a fin de salvaguardar principio de legalidad, del “*pacta sum servanda*” e igualdad jurídica entre las partes de un contrato público.

Cabe destacar que, el acogimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico por esta posición reglada, ha traído como consecuencia un cambio en la esencia misma del criterio de criterio de las cláusulas – prerrogativas exorbitantes, lo que se materializado en una reducción de las prerrogativas - cláusulas que podía ejercer el Estado en la contratación pública: Siguiendo al autor Alejandro Pérez Hualde, de siete prerrogativas (continuidad, *lus variandi*, dirección y control, sanción, rescisión e interpretación del Contrato) a solamente dos (*lus variandi* y rescisión)

Respecto a estas dos últimas prerrogativas, la prerrogativa del *lus variandi*, la cual se define como “*el Derecho o facultad de la Administración Pública de modificar unilateralmente las condiciones del contrato (...)*”⁵, se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico y a nivel doctrinario se ha mantenido el consenso de que es posible realizar modificaciones contractuales, partiendo de la teoría de los contratos incompletos, siempre y cuando esta prerrogativa se encuentre limitada, en el sentido de que el Estado debe encontrarse expresamente habilitado para ejercerla ya sea mediante una norma legal (prerrogativa estatal) o una cláusula contractual presente en el contrato de concesión como el contrato SGT.

Ahora bien, en este contexto normativo, principalmente, la problemática del presente trabajo de investigación, se ha centrado en la cuestión sobre si debe establecer parámetros a la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público o si simplemente se debe permitir que el Estado la ejerza directamente, sin seguir parámetro alguno, específicamente para la situación de los contratos SGT, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento. Cabe

⁵ Salvatierra, Rolando, Los Contratos de Concesión..., op. cit., p. 321.

mencionar que la citada prerrogativa corresponde al fundamento de la causal de terminación (o caducidad) por Resolución por parte del Estado por razones de interés público o también conocida como causal de terminación por decisión unilateral del concedente; asimismo, en el presente trabajo de investigación, se utilizará ambas denominaciones indistintamente.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el derecho administrativo, y la actual normativa sobre Asociaciones público privadas y Proyectos en activos ampara, a nivel normativo, la figura de la caducidad, entendida como toda terminación contractual, sustentada, entre otras, por la figura del interés público; en consecuencia, la causal de terminación por decisión unilateral del concedente, la cual encuentra su sustento en la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

En este sentido, el artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 menciona expresamente lo siguiente:

“112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

- 1. Cumplimiento de plazo del Contrato.*
- 2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.*
- 3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.*
- 4. Acuerdo de las partes.*
- 5. **Resolución por parte del Estado por razones de interés público.***
- 6. Destrucción total de la infraestructura pública.*
- 7. Otras causales que se estipulen en el Contrato. **(Subrayado y resaltado nuestro)***

(...)”⁶

⁶ Artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Asimismo, respecto a la mencionada prerrogativa – cláusula, esta hace alusión al derecho o facultad de la Administración pública de dar terminada la vigencia de un contrato de concesión, sustentado en únicamente y exclusivamente en el interés público, bajo el supuesto de que es más conveniente dar por terminada la concesión que mantenerla y que el concesionario, si bien no ha incurrido en un “incumplimiento grave”, no aprovecha al máximo y en todo su potencial el derecho de concesión otorgado, afectando el interés público del Estado y, consecuentemente de la población.

Es en este contexto de la actual normativa sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos, siguiendo una posición “reglada” y teniendo como objeto específico los contratos SGT, donde podemos vislumbrar que, a pesar de confirmarse la vigencia de una causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público, sustentada en la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público; es necesario plantear la cuestión sobre si se debe establecer parámetros a la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público para que el Estado la pueda ejercer o si simplemente se debe permitir que el Estado la ejerza directamente, sin seguir parámetro alguno. Todo esto a fin de permitir una correcta aplicación de la causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público y, consecuentemente, de la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

Finalmente, una vez establecida y fundamentada nuestra posición sobre la cuestión planteada, se analizará de manera eficiente, informada y se brindará, en la medida de lo posible, criterios a seguir por el Estado que le habilitarían un ejercicio adecuado de la causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público y, consecuentemente, de la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público en los contratos SGT, en el supuesto de que se deba establecer parámetros.

b) Formulación de Problemas de Investigación

2.1 Problema principal

¿Es necesario establecer en los contratos SGT y bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, lineamientos y parámetros para que el Estado pueda ejercer la prerrogativa estatal de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público?

c) Objetivos

3.1 Objetivo General

Determinar si se debe establecer en los contratos SGT y bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, lineamientos y parámetros para que el Estado pueda ejercer la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

3.2 Objetivo específico

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo específico:

Objetivo 1: Determinar si es necesario establecer en los contratos SGT y bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento, lineamientos y parámetros para poder ejercer la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

Objetivo 2: En el supuesto de que sea necesario establecer lineamientos y parámetros para poder ejercer la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, proponer criterios y parámetros para que el Estado pueda ejercer adecuadamente la citada prerrogativa.

d) Hipótesis

4.1 Hipótesis General

Se debe establecer lineamientos y parámetros, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, para que el Estado peruano pueda declarar la caducidad de un contrato de SGT por la causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público o decisión unilateral del concedente.

e) Metodología

Dentro del presente trabajo de investigación cualitativa, a fin de ahondar y realizar un mayor análisis del presente tema, así como en la indagación sobre la posibilidad de declarar la caducidad de un contrato SGT por causal de terminación por decisión unilateral del concedente, sustentado en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento. Se utilizarán las siguientes técnicas de recojo de información, durante el proceso de redacción e investigación:

a) Análisis Doctrinario, revisión de material bibliográfico – documentario.

b) Análisis de Legislación

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2. El sector eléctrico

2.1 La electricidad: definición y principales características

Es destacable por su concisión, la descripción realizada sobre la electricidad en el libro “La industria de la electricidad en el Perú”, una de las tantas publicaciones realizadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. Siguiendo lo mencionado en el citado libro, la energía eléctrica, base y esencia del sector eléctrico, está definida como *“el movimiento de electrones que se trasladan por un conductor eléctrico durante un determinado periodo.”*⁷

Sin entrar a describir los diversos sistemas de medición físicos que se encuentran relacionados con la energía eléctrica, los cuales se configuran como un tema técnico y que excede al ámbito propio del derecho, las principales características de la energía eléctrica son las siguientes:

- *“Una de las particularidades de la energía eléctrica está vinculada a la imposibilidad de almacenarla en gran escala a costos viables. Esto genera que su consumo deba ser producido de forma simultánea, con lo cual se requerirá de una capacidad instalada en reserva que actúe como salvaguarda ante contingencias derivadas por incrementos en la demanda eléctrica o fallas en el suministro eléctrico”*⁸

- *“Otra característica de la electricidad es que su utilidad no se deriva de su consumo directo, sino que proporciona una fuente de energía que permite la funcionalidad de equipos eléctricos, convirtiéndose en una*

⁷ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, La Industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país (Lima: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, 2016), 28.

⁸ Id.

demanda derivada de otras necesidades provenientes de los agentes económicos (industrias, hogares y gobierno). Asimismo, es considerada una fuente de energía secundaria, pues se genera a partir del consumo de fuentes de energía primaria como carbón, petróleo, energía nuclear o energía cinética y potencial gravitatorio del agua, vinculando su desarrollo al resto de industrias conexas.”⁹

- *“A pesar de que la electricidad sea un bien homogéneo y posea un suministro continuo y confiable, registra limitaciones técnicas vinculadas al alcance de la infraestructura de las redes eléctricas que imposibilitan el grado de las transacciones comerciales entre los países, convirtiéndola en un commodity de nivel local.”¹⁰* Respecto a este punto, actualmente se rescatan numerosos esfuerzos a nivel de la comunidad andina que se traducirían en la tan ansiada integración eléctrica. Asimismo, el uso del término “commodity” denota la dependencia respecto a los precios internacionales en la tarifa de la electricidad, principalmente porque los diferentes combustibles y tecnología que implican su desarrollo y producción.

- *“Desde el enfoque del derecho administrativo, el servicio eléctrico es considerado un servicio público pues los beneficios derivados de su consumo (calefacción, iluminación, refrigeración, entre otros) garantizan un estándar de vida que permite el desarrollo de capacidades mínimas.”* ¹¹Sobre este punto aclarar que, para el caso peruano, el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, en su artículo 2 menciona lo siguiente:

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

⁹ Id.

¹⁰ Ibid, p. 31.

¹¹ Id.

a) *El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,*

b) *La transmisión y distribución de electricidad.*

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.”¹²

De lo anterior se evidencia que no todo el sector eléctrico es considerado servicio público. De las tres sub – actividades que lo componen: generación, transmisión y distribución, solo la transmisión y distribución son considerados servicio público, y de este último solo el mercado regulado, es decir, la energía eléctrica para uso doméstico y residencial, a diferencia de los usuarios comerciales y empresariales.

Siguiendo esta línea y el presente trabajo de investigación, la sub – actividad de transmisión es considerada un servicio público

Asimismo, se diferencia servicio público de utilidad pública, con lo cual del tenor del artículo se extrae que los sectores que constituyen servicio público en el sector eléctrico son de utilidad pública, esta última entendida como aquello que es interés general o interés público por sus beneficios que brinda a la población.

- Posee las características de rivalidad y de exclusión. La primera hace alusión a que *“su consumo reduce la disponibilidad de energía para el resto de agentes demandantes (...)”¹³*, mientras que la segunda hace referencia que *“es económicamente viable restringir el consumo a aquellos que no han contribuido para su provisión (...).”¹⁴*

¹² Artículo 2 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

¹³ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 31.

¹⁴ Id.

2.2 La organización del Sector Eléctrico

Antes de comenzar, es necesario destacar que el diseño del mercado del sector eléctrico corresponde al llamado modelo de competencia mayorista.

Al respecto, doctrinariamente se identifican cuatro mercados: el monopolio verticalmente integrado, el modelo de comprador único, el modelo de competencia mayorista, el modelo de competencia minorista. De todos estos, según la historia del sector eléctrico peruano, destacan el monopolio verticalmente integrado y el modelo de competencia mayorista. El primero porque representó el modelo de mercado antes del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y el segundo porque representa el modelo de mercado actual y que se dio luego de la citada norma. Ambos mercados respondieron a una realidad y necesidades distintas.

En este sentido, el sector eléctrico peruano tuvo dos modelos de mercado:

- El modelo de mercado del monopolio verticalmente integrado, el cual integra *“todos los segmentos de la industria eléctrica (generación, transmisión, distribución y comercialización) en una sola empresa.”*¹⁵
- El modelo de competencia mayorista, en el cual todos *“los generadores eléctricos compiten por precios y/o cantidades, en condiciones similares, para abastecer a los distribuidores eléctricos y grandes consumidores industriales.”*¹⁶

Según Alfredo Dammert Lira:

*“Según este modelo [modelo de competencia mayorista], las empresas de distribución eléctrica y los clientes grandes adquieren electricidad de los generadores eléctricos firmando contratos que consideran la cantidad y el precio contratado entre cada distribuidor y/o cliente grande y cada generador (...).”*¹⁷

¹⁵ Ibid., p. 34.

¹⁶ Id.

¹⁷ Alfredo Dammert Lira, “La Agenda pendiente del Sector Eléctrico”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 45 (2015): 186.

“En este sistema, las empresas de transmisión reciben sus ingresos de lo recaudado por las distribuidoras y los clientes grandes. Este diseño de mercado en el caso peruano también establece la desintegración vertical, según la cual los generadores, transmisores y distribuidoras son empresas independientes y existe, además, la obligación de que las empresas participen también en la transmisión eléctrica”¹⁸.

“En el mercado peruano no existe competencia minorista, que es cuanto la distribución es separada de comercialización minoristas y los consumidores tienen la potestad de escoger a su comercializador, quien a su vez establece contratos con los distribuidores.”¹⁹

a) La Generación eléctrica

“La generación eléctrica se realiza a través de diferentes tipos de generadores. Sin embargo, casi todos están basados en el mismo principio: una turbina que rota rodeada por un campo electromagnético, con lo cual los electrones de conductores de cobre que están insertos en los mismos van pasando a lo largo de los conductores impulsados por el campo magnético en rotación. Tanto el flujo de agua de las hidroeléctricas como el flujo de vapor o gas de los generadores a gas, a carbón o a petróleo diésel hacen rotar una turbina, produciéndose el fenómeno mencionado anteriormente.”²⁰

Para fomentar la generación y el desarrollo del mercado eléctrico se dio la Ley de Generación Eficiente, promulgada en el 2006, la cual se basaba en la realización de licitaciones entre distribuidores y grandes usuarios libres y empresas de generación donde se priorizaba el todo momento el aquel generador que percibía menos ganancias anuales (*value x money*).

¹⁸ Id.

¹⁹ Id.

²⁰ Id.

b) La transmisión eléctrica

*“Esta consiste en el conjunto de líneas que van desde el punto donde se produce electricidad hasta las empresas distribuidoras o los grandes clientes libres, entre ellos muchas empresas mineras”.*²¹ En otras palabras, este segmento transporta la electricidad desde los centros de producción hasta las zonas donde consumo final.

*“Las líneas de transmisión operan a voltajes que van entre 220, 000 voltios y 500, 000 voltios, muy superiores a los 220 voltios requeridos para uso doméstico. La razón de estos voltajes elevados es que a mayor voltaje se tienen menores pérdidas en las líneas de transmisión. Con objeto de variar el voltaje, se requieren transformadores tanto en las líneas de inyección eléctrica de los generadores como al inicio de las líneas de distribución eléctrica”.*²²

*“Estos sistemas están compuestos por líneas de transmisión, subestaciones de transformación, torres de transmisión, entre otras instalaciones.”*²³

Respecto a esta sub – actividad es importante que el Estado establezca proyecciones para el trazo de las nuevas líneas de transmisión, que permita la inversión de la inversión privada minimizando la incertidumbre y evitando una situación caótica donde las diferentes líneas reduzcan el rendimiento de los otros inversionistas privados. Para evitar esta situación el COES realiza un plan de transmisión donde proyecta los diferentes trazos de las líneas de transmisión según la demanda y la situación del sector eléctrico.

Según el autor Alfredo Dammert Lira:

“Hasta la fecha, este sistema de promoción de las licitaciones en transmisión viene dando buenos resultados, habiéndose licitado todas las líneas propuestas. Un reto importante es el de considerar dentro de la planificación de la transmisión la posibilidad de incluir en la evaluación

²¹ Ibid, p. 187.

²² Id.

²³ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 38.

*beneficio – costo de la transmisión la alternativa de extender el ducto de gas natural versus el de ampliar la transmisión en algunas zonas. También sería conveniente perfeccionar los contratos BOOT*²⁴

c) La distribución eléctrica

*“La electricidad producida por las generadoras y transportada por las líneas de transmisión es canalizada a empresas distribuidoras en todo el país o directamente a grandes usuarios. La distribución eléctrica recibe aproximadamente el 62% de la electricidad”.*²⁵

*“La distribución está conformada por una serie de monopolios regionales, cada uno de los cuales tiene la concesión de una o más regiones (excepto Lima que está a cargo de dos distribuidoras que tiene la concesión del norte y sur de las regiones respectivamente)”.*²⁶

Según la opinión de Alfredo Dammert Lira:

*“Un problema que presentan las distribuidoras regionales es el de gobernabilidad, pues fuera de Lima e Ica las demás empresas son de propiedad del Estado, estando sujetas a una serie de limitaciones”.*²⁷

La regulación de la distribución eléctrica se basa en el esquema de empresa modelo eficiente combinada con el modelo *yasdstick competition*.

Siguiendo al mencionado autor, el esquema referido en el párrafo anterior se explica de la siguiente manera: *“En líneas generales, en el Perú este esquema se aplica dividiendo cada concesión en 6 sectores típicos que se establecen según la densidad y consumo de cada parte de la red. En función a estos sectores típicos, se identifica un sistema de distribución representativo en cada sector típico en algunas de las distribuidoras*

²⁴ Dammert, op. cit., p. 187.

²⁵ Ibid, p. 188.

²⁶ Id.

²⁷ Id.

eléctricas y, a partir de estos, se estiman los costos de empresas modelo eficiente.”²⁸

2.3 Estructura del mercado eléctrico de clientes

Como todo mercado, el sector eléctrico posee dos componentes bien diferenciados: la oferta y demanda eléctrica:

a) Demanda del mercado eléctrico

“La LCE establece dos grupos de clientes finales o mercado de consumidores: clientes regulados y clientes libres, que también se denominan como mercado regulado y mercado libre”.²⁹

“El primer grupo comprende a los pequeños consumidores, del tipo doméstico, pequeño industrial y comercial, cuya demanda máxima no supera los 200 kW. También se incluye, pero de manera opcional, según lo prefiera el usuario aquellos cuya demanda está entre 200 a 2500 kW”³⁰ y aquellos cuya demanda es mayor a 2500 kW deben ser necesariamente clientes libres.

“Los clientes regulados solo pueden ser atendidos por la empresa de distribución que tiene concesión en la zona donde se ubican, bajo las condiciones de suministro y calidad que son regulados por las disposiciones vigentes y a los precios máximos determinados por el OSINERGMIN”.³¹

La principal razón de la división de la demanda del mercado eléctrico se presenta en la gran asimetría de información que existe en el sector electricidad que imposibilitarían la negociación, por lo que OSINERGMIN debe regular imponer lineamientos para proteger a los clientes regulados

²⁸ Id.

²⁹ Ismael Aragón Castro, “El mercado de electricidad en el Perú”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 12 (2012): 166

³⁰ Id.

³¹ Id.

que mayormente se presenta en pequeños hogares, a comparación de los clientes libres que si tiene posibilidades de equilibrar la negociación con los generadores y distribuidoras debido a la mayor cantidad de asesoría e información respecto al mercado.

Dentro de la demanda eléctrica, se pueden identificar dos sectores: el sector residencial y los agentes comerciales, principalmente diferenciándose por la naturaleza de necesidades energéticas, los primeros presentando poco consumo energético, centrados en los requerimientos de artefactos eléctricos y los segundos presentando un gran consumo energético, debido a uso de la electricidad en procesos productivos y de manufactura.

b) Oferta del mercado Eléctrico

Está constituido por las tres actividades mencionadas en la Ley de Concesiones Eléctricas: generación, transmisión y distribución. Algunos autores también incorporan a la comercialización como actividad final; sin embargo, se debe recordar que en el mercado eléctrico peruano no se rige por ser minorista, por lo que la comercialización está integrada en la actividad de distribución (en el caso de los clientes regulados y grandes clientes libres a elección de estos) y en la actividad de generación en algunos casos como en los grandes clientes libres a elección de estos.

Como se hizo mención, “la función del segmento de generación es transformar alguna clase de energía primaria en energía eléctrica. Por otra parte, el segmento de transmisión permite trasladar la electricidad desde los puntos de producción hacia las áreas de concesión de las distribuidoras eléctricas, las cuales proveen, vía de las acometidas, el servicio hacia los consumidores finales.”³²

“La condición de monopolio natural de las actividades de transmisión y distribución es reconocida universalmente, debido a que constituyen parte de la infraestructura de transporte y distribución, utiliza bienes públicos y

³² Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 34.

*económicamente presenta las condiciones de economía de escala con costos decrecientes*³³ , es decir, que sería mucho más costoso económicamente hablando construir dos líneas de transmisión o de distribución una al lado de la otra para que compitan entre ellas que solo la utilización de una sola para brindar el servicio. Como se mencionó anteriormente, actualmente se permite la participación de privados en las actividades de transmisión y distribución mayormente en la construcción de líneas de transmisión y en la actividad de distribución a través de luz del Sur S.A.A (solo en el caso de Lima)

2.4 La industria eléctrica en el Perú: Servicio Público y Regulación

El sector eléctrico se encuentra directamente relacionado con dos conceptos los cuales también se encuentran unidos de manera indisolubles: regulación y servicio público.

Como todo en esta vida, se parte de un núcleo y, respecto a la regulación al servicio público, el punto de partida se centra en la concepción de la idea constitucional sobre el Estado Social.

2.4.1 El Estado Social y Estado de Bienestar

Los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor son explícitos y didácticos al resumir la dificultad del concepto Estado Social al comenzar su explicación al mencionar lo siguiente: *“Se ha dicho que la expresión “Estado Social de Derecho” es profundamente desafortunado por tautológica; pues si hay realidades necesariamente sociales son, tanto el Estado como el Derecho, y con independencia de la significación e importancia de la realidad a la que el concepto se refiere (...)*³⁴, terminando el primer párrafo con la pregunta que resumirá sobre su desarrollo del concepto: ¿De qué estamos hablando?.

³³ Aragón, op. cit., p. 167

³⁴ Alfonso Fernández; Miranda Campoamor, “El Estado Social”. Revista Española de Derecho Constitucional 69 (2003): 139

Actualmente, con todas las circunstancias multidimensionales que estamos viviendo, se ha puesto sobre el tapete nuevamente la idea de una crisis del Estado (no necesariamente social), sino solo del Estado, idea que tiene un trasfondo y contenido ampliamente social. Pudiendo afirmarse que aquellos que hablan sobre la crisis del Estado, hacen una alusión directa a la poca o nula ayuda estatal a la población o la ineficiente provisión de servicios (servicios públicos) a la población o al incumplimiento del Estado de su fin que sustenta su existencia: procurar crear condiciones de una vida digna a la población. Las diferentes circunstancias y factores endógenos como exógenos llevan a resaltar el análisis y estudio del concepto jurídico – constitucional de Estado Social, el cual sustenta la intervención estatal a través de la herramienta de la regulación.

En este sentido, los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor mencionan lo siguiente: *“Creemos que hay que partir de dos conceptos potencialmente interrelacionados, pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes. Un concepto estrictamente jurídico – el de Estado Social de derecho – (...), y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socio económico, que es el Estado de Bienestar”*³⁵, ensayando una especie de definición a fin de facilitar la identificación de dos conceptos interrelacionados, pero al menos tiempo con una gran independencia uno del otro. Asimismo, enuncian otras diferencias semánticas y conceptuales como:

- *“(...) En un caso hablamos de un conocimiento perteneciente a las ciencias del espíritu [Estado Social] y, en el otro, de un objeto extraído de la realidad sensible [Estado de Bienestar]”*³⁶
- *“(...) la cláusula del Estado Social, como una de las “decisiones políticas constitucionales fundamentales” (3) o como elemento esencial de la “fórmula política” (4), tiene un sentido claramente*

³⁵ Ibid, p. 140.

³⁶ Id.

*finalista e incorpora en su horizonte la consecución de alguna forma de “Estado de bienestar”.*³⁷

Con lo anterior, se busca resaltar la relativa autonomía de ambos conceptos al enunciar diferentes características propias de cada uno; sin embargo, aclarar que también ambos se encuentran ampliamente relacionados:

- *“En otros términos, aunque el objetivo o la finalidad perseguida por la incorporación constitucional de la cláusula del Estado Social sea una apertura de posibilidades (...) hacia formas (notablemente indeterminadas) del Estado de bienestar, ni lo garantiza, ni como habremos de ver, podría garantizarlo sin una seria desnaturalización de la función constitucional y sin comprometer el Estado de derecho y la democracia pluralista.”*³⁸

De lo anterior, se infiere que, si bien la cláusula de Estado Social tiene un gran contenido finalista, respecto al poder alcanzar o abrir las posibilidades hacia alguna forma de Estado de bienestar, en todo este procedimiento, que tiene como fin el Estado de bienestar, se debe garantizar, en todo momento, el Estado de derecho. Cabe mencionar que, en este punto, los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor aclaran y destacan, a diferencia de las diferencias conceptuales propuestas por otros autores, tres ideas fundamentales:

- No es posible un Estado de derecho sin un Estado democrático (no se pueden ver como dos realidades diferentes)

Al respecto, “se habla de Estado de derecho e, incluso, surge el concepto de Estado de derecho, para referirlo a una realidad

³⁷ Ibid, p. 140 – 141.

³⁸ Ibid, p. 141.

*protoliberal y no democrática. Sin embargo, no creemos arriesgado sostener que se trata de un embrión del Estado de derecho, que solo alcanzará su plenitud cuando triunfe, en toda su extensión, el principio de igualdad y, por tanto, el igual aseguramiento jurídico de todos los derechos y libertades incluidos, por supuesto, el derecho a la igual participación política (...)*³⁹

- No es posible un Estado social sin un Estado de derecho y sin Estado democrático.

Teniendo presente lo anterior, se habla verdaderamente de un Estado de derecho cuando se ha instaurado un Estado democrático (Estado de derecho absorbe al Estado democrático para alcanzar su pleno desarrollo y existencia como tal). Partiendo de esa idea, un Estado social necesariamente tiene que ser un Estado de derecho (en su plenitud). No se puede ser Estado Social sin ser un Estado de derecho. Valga la redundancia, un Estado social tiene que ser necesariamente un Estado de derecho y un Estado democrático.

- *“(...) la consecución de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho e, incluso (...) sin que exista una auténtica Constitución democrática merecedora de tal nombre”*⁴⁰

Lo anterior es claro, solo vale referirse a estados que no poseen alguna cláusula de Estado social ni constitución y, a pesar de eso, promueven activamente la protección de la población

³⁹ Ibid, p. 142.

⁴⁰ Ibid, p. 141.

mediante adecuados servicios públicos y promueven condiciones de vida digna, a veces mucho más y mejor que los países que poseen alguna cláusula de Estado social.

Por su gran contenido jurídico y político, la figura de Estado social ha sido acogida por diferentes movimientos políticos tanto de izquierda como de derecha, los cual han tenido como punto en común la intervención del Estado a fin de remover desigualdades de todo tipo en favor de los menos tienen y lograr alguna forma de Estado de bienestar.

Esta característica finalista que posee la cláusula de Estado social de alcanzar alguna forma de Estado de bienestar ha permitido concluir que este último no se encuentra vinculado a ninguna realidad jurídica y que, a pesar de su origen confuso e independencia del Estado Social, se destaca que el *“el concepto está vinculado a la crítica del Estado burgués abstencionista, a la crítica de las libertades burguesas, consideradas meramente formales, y a la asignación al Estado de un función social [Estado Social]”*⁴¹. Con respecto a lo anterior, si bien tanto el Estado social y el Estado de bienestar son dos conceptos con una autonomía relativa, se puede afirmar que tanto el Estado social y el Estado de bienestar (fin del primero) se presenta como reacción contra el Estado burgués abstencionista.

Esta reacción contra el Estado burgués mediante, teniendo presente las diferencias antes explicadas, el Estado social y el Estado de bienestar se visualiza mediante lo siguiente: *“la construcción teórica del concepto de Estado social arranca de la crítica al Estado liberal burgués. Recordemos que los presupuestos epistemológicos del Estado liberal son iusnaturalistas, idealistas y racionalistas. En ellos se predica la igual dignidad de la persona, de lo que se derivan los principios de libertad y de igualdad de los seres humanos.”*⁴².

⁴¹ Ibid, p. 146

⁴² Ibid, p. 148.

Como bien se hace alusión en lo mencionado anteriormente, todo ese conjunto de ideas de contenido abstracto, instauradas por el Estado liberal no poseía un contenido histórico o palpable, adecuado a la realidad. En un simple ejercicio, en este Estado liberal abstencionista todo se quedaba en el campo de lo abstracto y estas ideas no se aplicaban en la realidad concreta, histórica, real.

Teniendo presente de que, en este Estado liberal, al Estado se le sometió a fuertes límites y restricciones, principalmente en sus funciones de conservación de orden social, aquellos preceptos que representaron el núcleo del Estado liberal como la libertad e igual solo tenían una aplicación formal y fuera de toda realidad histórica (sin tomarla en cuenta las circunstancias y factores de la realidad para su aplicación), lo cual desembocó en la proliferación de abusos: desigualdad social, en un Estado que tenía como pilar la libertad y la igualdad o como bien afirman los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor: *“Frente a la idea del ser humano como ser abstracto y abstraído de la historia, se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales. Frente al concepto de la libertad como dato dogmático y a priori ético, se contrapone la libertad como situación social, es decir, como posibilidad de comportamiento que viene condicionada, cuando no determinada por circunstancias existenciales”*⁴³.

Lo anterior lleva a diferenciar dos conceptos relacionados, pero que apuntan a diferentes circunstancias:

- Igualdad formal, la cual se sitúa en el mundo de lo abstracto y tiene como consecuencia la desigualdad material y
- La igualdad material, el cual acoge a la igualdad formal y se sitúa en una realidad histórica y específica.

⁴³ Ibid, p. 150.

- El Estado social apuntaba a lo último, por tal motivo, se presentaba como una reacción contra un Estado liberal cuyo pilar estaba conformado por ideas abstractas que no toman en cuenta la realidad material ni las circunstancias palpables y específicas. Lo anterior se presentaba en aquellas relaciones sociales individuales donde la clara dominación socioeconómica hacía ver a las libertades contractuales y el principio de autonomía de la voluntad como un puro sarcasmo, una ficción (letra muerta) que promovían lo que, en todo momento el Estado liberal quería evitar a través de la promoción e instauración de sus ideas abstractas: la desigualdad social, la cual se plasma en la creación del derecho laboral, como medio para equilibrar y remover las crecientes desigualdades entre el empleado y el empleador, sujeto el primero a una completa subordinación del segundo.

Posteriormente, como reacción contra el Estado liberal, el cual cristalizaba en todo el sentido de la expresión la desigualdad formal abstencionista, mediante la realización de numerosas protestas contra este por parte de la población, el *“Estado liberal de derecho se transforma en Estado democrático, llegándose a las últimas consecuencias de los propios presupuestos del Estado liberal. El sufragio universal y la generalización de los derechos de participación política tiene como consecuencia lógica e inevitable que los sectores sociales marginados, los excluidos de las libertades reales, una vez conquistados sus derechos de participación democrática en el proceso político, traten de imponer una comprensión del Estado como instrumento de liberación o, al menos, como garante de la igualdad de oportunidades, de un mínimo de igualdad material y de situaciones sociales que les permitan no destruir, sino universalizar el derecho al libre despliegue de la personalidad.”*⁴⁴

Lo anterior reafirma la idea antes expuesta de que el Estado liberal implica necesariamente un Estado democrático, por lo que se descarta la idea de

⁴⁴ Ibid, p. 151.

que se puede concebir un Estado liberal sin ser democrático. En este sentido, el derecho de participación política permitió que las voces de los que afectados por las diferentes situaciones de desigualdad material sean escuchados y puedan garantizar un umbral mínimo de igualdad material. Se puede decir que aquí se concentra de cierta manera el nacimiento de la cláusula de Estado Social, en el sentido, que la misma población al notar la crisis del Estado liberal, el cual se centraba en plenas formalidades e ideas abstractas sin un contenido concreto, permitió la evolución a un Estado social, el cual tenía como finalidad alcanzar alguna forma de Estado de bienestar, a fin de promover una igualdad material y remover desigualdades mediante una activa participación del estado en la sociedad o como bien afirman los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor: *“El Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a la de una parte de la misma”*⁴⁵.

Teniendo presente lo anteriormente mencionado por los autores, se desprenden dos aspectos muy importantes sobre el Estado liberal abstencionista:

- **Sobre la regulación:** la regulación tiene su principal plasmación en el aspecto económico, por lo que el Estado liberal abstencionista a través de los principios de autonomía de la voluntad e igualdad, ambos de un gran contenido abstracto y formal, instauró la idea de que el mercado y todas las transacciones comerciales debían realizarse en el ámbito privado, partiendo de los citados principios, destacando la visión de que todos somos iguales (igualdad formal) sin tomar en cuenta circunstancias externas y realidades específicas, en las cuales muchas veces los sujetos intervinientes poseen ciertas situaciones de desigualdad inherentes a su condición, lo que imposibilita una idea de plena de igualdad formal. Con el Estado social

⁴⁵ Id.

y su contenido finalista de Estado de bienestar se planteó, en una idea general, de que el estado tiene que dar respuestas y demandas sociales de manera general, removiéndose desigualdades que se pueden aparecer en el propio mercado cuando su incapacidad de corregirlas por el propio mercado falla y promoviendo el bienestar general de la población: aquí se centra la razón de ser de la utilización de la herramienta de regulación, mediante la cual, el estado tiene un rol activo en la economía y sociedad a fin de corregir las situaciones negativas o de desigualdad material que pueden surgir. Un ejemplo clásico es el nacimiento e instauración del derecho laboral, el cual se centró en corregir y equilibrar la palpable desigualdad material que existe entre el empleado y empleador, a fin de evitar situaciones de subordinación que acrecienten y legitimen las situaciones de desigualdad material que puedan surgir.

- **Sobre los derechos fundamentales:** El Estado liberal en su pleno desarrollo, es decir, el Estado liberal que también era Estado democrático, propugnaba los principios de igualdad y libertad, los cuales eran sus principales pilares esenciales, asimismo el principio de autonomía de la voluntad tuvo un rol protagónico en las transacciones comerciales (actos jurídicos) que se realizaban, sin dejar de mencionar los diferentes derechos de participación política que se dieron posteriormente en la transición del Estado liberal abstencionista (Estado protoliberal) a un Estado democrático, resultando finalmente, siguiendo a los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor, en la aparición del Estado liberal pleno, es decir, aquel que implicaba al Estado democrático (no se puede hablar de Estado liberal sin ser Estado democrático). Estos principios y derechos mencionados anteriormente forman parte de los derechos de primera generación, los cuales se caracterizan sustancialmente por limitar en lo mínimo la intervención del Estado en todas las esferas de lo cotidiano y que solo tenga una actividad de control o también llamada actividad administrativa de policía, esta idea de Estado mínimo, como se ha venido mencionando, llevo a la crisis del Estado

liberal, lo cual se plasmó en la proliferación de situaciones de desigualdad material y el nacimiento del Estado social y su contenido finalista de Estado de bienestar.

Con lo referido anteriormente, se arriba nuevamente la conclusión de que con el Estado social y su contenido finalista de Estado de bienestar se planteó, en una idea general, de que el Estado tiene que dar respuestas a las demandas sociales de manera general, removiendo desigualdades que se podían y promoviendo el bienestar general de la población. La instauración y transición hacia Estado social llevó al surgimiento de los derechos socioeconómicos, los cuales, si es que se desea hacer una sistematización, son parte de los derechos de tercera generación⁴⁶ y se caracterizan por su naturaleza programática y por fomentar y promover la igualdad real (dejando de lado la igualdad formal), por consecuencia, remover situaciones de desigualdad material y fomentar el bienestar de la población mediante un rol activo del Estado en los diferentes ámbitos económico y sociales: *“En este sentido, los derechos fundamentales ya no son solo un límite jurídico como derechos subjetivos frente a los poderes públicos, ya no son solo un mecanismo de autodefensa de la sociedad frente al Leviatán que ha creado, tan imprescindible para garantizar el orden jurídico – privado, como amenazante para su supervivencia. Además de esta dimensión subjetiva e, incluso, por encima de ella, tienen una clara dimensión objetiva (...)”*⁴⁷, tal dimensión objetiva hace alusión a toda construcción o principio jurídico abstracto debe considera una realidad específica y material, a fin de evitar situaciones de desigualdad material.

⁴⁶ Aclarar que si bien el Estado social se caracterizó por el surgimiento, en un primer momento, de los derechos de segunda generación o también conocidos como derechos económicos, sociales y culturales, los cuales tienen como principal objetivo la búsqueda de bienestar económico y social de la persona, a fin de garantizar una igualdad material. Se debe tener presente que el pleno desarrollo de esta generación de derechos se dio en la tercera generación de derechos fundamentales, en la cual se agregaron nuevos derechos y donde los derechos de segunda generación tuvieron una mayor amplitud y evolución. Esto trae a colación de que las generaciones de derechos fundamentales como periodos diferenciados se dio con fines didácticos y no se los debe concebir como separaciones indistintas. Actualmente se puede apreciar que convivimos con diferentes generaciones de derechos.

⁴⁷ Ibid, p. 154.

Respecto a los derechos socioeconómicos, los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor mencionan acertadamente que estos se centran en *“la reivindicación de lo particular – concreto frente a lo universal – abstracto y la contemplación del hombre desde su ser existencial, amén de otras consecuencias, alumbrarán los derechos socioeconómicos, concebidos como instrumentos para garantizar las condiciones reales que hagan posible un efectivo ejercicio de la libertad.”*⁴⁸, haciendo referencia posteriormente a una confrontación del ser abstracto del Estado liberal contra el ser concreto del Estado social, evidenciando una transición que se presentaba como necesaria.

De igual manera, los mencionados autores ensayan características e ideas sobre los derechos socioeconómicos, los cuales representan uno de los principales elementos y consecuencia directa del Estado social (y por consiguiente Estado de bienestar):

- *“(...) junto a las clásicas libertades liberales y a los derechos democráticos [Estado liberal en su plena expresión], se abre una línea de incorporación de los llamados derechos de tercera generación, de garantías de acceso a bienes socioeconómicos, derecho la educación, a la cultura y al trabajo, protección frente al infortunio, al desamparo, aseguramiento de mínimos existenciales, etc.”*⁴⁹
- *“(...) las viejas libertades reclaman una esfera de autonomía personal, exenta de injerencias ilegítimas del Estado, lo que puede ser garantizado en una sociedad democrática mediante una buena ordenación jurídico – política y una adecuada tutela judicial, los llamados derechos sociales poseen un contenido positivo que reclama la acción y no la inhibición del Estado”*⁵⁰

⁴⁸ Ibid, p. 157.

⁴⁹ Ibid, p. 158.

⁵⁰ Id.

- *“(...) Se trata de derechos de prestación cuya efectividad requiere la creación, organización y sostenimiento financiero de un servicio público. De ello se deriva una consecuencia capital: su eficacia ya no depende, tan solo, de la voluntad política y de la articulación jurídica sino, además, de la posibilidad económica de crear y financiar el servicio y de la determinación de las fuentes financieras y de las prioridades del gasto público, que son funciones de naturaleza esencialmente política (...)”⁵¹*

De las ideas mencionadas anteriormente, se tienen principalmente las siguientes ideas:

- ❖ En toda la evolución que se ha sucedido hasta llegar al Estado social, se ha visto una constante confrontación entre el ser abstracto, representado por el Estado liberal: en un inicio principalmente abstencionista, formalista y abstracto, dando paso posteriormente al Estado democrático, el cual, mediante los derechos de participación política, permitía un mínimo de igualdad material. Lo anterior lleva, de acuerdo lo explicado en su momento, al: 1) surgimiento de un Estado liberal que incorpora al Estado democrático para llevar verdaderamente de un Estado liberal en toda su extensión y 2) a la necesaria transición, producto de las circunstancias sociales y políticas de un Estado liberal a un Estado social, el cual ya no se guiaba por formalidades y abstracciones como la idea de igualdad formal, sino permitía una verdadera igualdad y tenía como principal bien remover las situaciones de desigualdad material que proliferaron con el Estado liberal.
- ❖ El Estado social y el efectivo surgimiento de los derechos socioeconómicos implica necesariamente un contenido positivo, lo cual se refleja en acciones del Estado, a fin de crear condiciones que

⁵¹ Id.

garanticen una igualdad real y remueva situaciones de desigualdad material (una intervención del Estado en los diferentes ámbitos de la vida social). La idea antes ensayada constituye la razón de ser de la herramienta de la regulación.

- ❖ Como ha sido afirmado por los autores Alfredo Fernández y Miranda Campoamor, los derechos socioeconómicos, principales elementos del Estado social, tienen su razón de ser en la creación de condiciones a fin de permitir la concretización de una igualdad real o material (implica acciones positivas). Uno de los medios para lograr su principal fin (que representa su razón de ser) es mediante la creación, organización y sostenimiento financiero de un servicio público, como lo es el sector eléctrico.

El sector eléctrico constituye un servicio público que permite la creación, promoción de fomento de bienestar para la población en general, así como se constituye como un medio de creación de condiciones para el desarrollo de actividades económicas que permiten la creación de riqueza para la población y principalmente el funcionamiento correcto y adecuado del mercado en la producción y asignación de bienes y servicios.

- ❖ Una de las principales características de los derechos socioeconómicos es que son programáticos, lo cual hace referencia a su dependencia del financiamiento público y la *“posibilidad de crear y financiar el servicio y de la determinación de las fuentes financieras y de las prioridades del gasto público.”*⁵² Con lo anterior, se permite afirmar que la eficacia de los derechos socioeconómicos depende de decisiones políticas y de la eficiencia y eficacia de un Estado determinado en la asignación de sus recursos financieros.

⁵² Id.

- ❖ Teniendo presente todo lo explicado hasta el momento, se puede afirmar que los términos Estado social (y su finalidad de Estado de bienestar), regulación y servicio público son ideas íntimamente relacionadas y que se complementan mutuamente. Siendo la razón de ser de la regulación y su justificación para su utilización: el Estado social (y Estado de bienestar) y la promoción y cristalización de los derechos socioeconómicos (acciones positivas del Estado), mediante la creación, sostenimiento y financiamiento de servicios públicos, como el servicio público de electricidad, entre otros.

2.4.2 El servicio público

Desde siempre el tema del servicio público se ha presentado como asunto ampliamente abordado por numerosos autores de diversas disciplinas, destacando la abundante bibliografía que trata de ensayar una posible definición y sus principales características. Este tema, por su amplio y ambiguo contenido, abarca sustancialmente aspectos jurídicos – legales, representados por la rama de derecho administrativo y aspecto técnicos – económicos, representados por la ciencia económica. No es extraño que muchas veces en la bibliografía sobre servicio público, en mayor parte, se evidencie un mayor desarrollo de derecho administrativo, dejando una menor porción al desarrollo económico. En esta oportunidad, nuestro desarrollo se centrará en un desarrollo bajo el enfoque del derecho administrativo.

2.4.2.1 El *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán

La abundante bibliografía sobre el tema ha permitido el surgimiento de diversos enfoques, que, muchas veces, representan una realidad específica y que han ido expandiendo por numerosos países. Generalmente, los enfoques acogidos por los países que han recepcionado las ideas sobre servicio público, han analizado las bases de cada enfoque a fin de acoger el que mejor se ha adaptado a su sistema jurídico y realidad.

Dentro de estos enfoques, se presenta la siguiente clasificación:

- **Los enfoques europeos (sin contar Inglaterra):** donde se encuentra el *service public* de origen francés y la *Daseinvorsorge* alemán
- **Los enfoques anglosajones:** donde se encuentra el *public choice* de origen anglosajón y acogido por Inglaterra y los Estados Unidos.

En esta oportunidad solo nos centraremos en una breve descripción y análisis de los enfoques europeos, los cuales han sido acogidos por una gran cantidad de países y son considerados los dos principales enfoques, en cuanto al desarrollo histórico y su difusión; sin embargo, no se debe desmerecer el enfoque del *public choice*, el cual ha crecido en influencia y desarrollo enormemente.

Como bien afirma el autor Ramón Huapaya Tapia, haciendo alusión a la dificultad y ambigüedad que posee el concepto servicio público desde su origen: “*Sobre todo si clásicamente se entiende que la idea del servicio público refleja el contenido de una actividad prestacional del Estado, es decir, una porción de las actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones obligatorias a favor de la ciudadanía, circunstancia que lo vuelve un concepto labial, difuso y poco posible de ser conceptualizado unilateralmente*”⁵³, y en efecto, al hablar del concepto de servicio público, se ha alusión necesariamente a la actividad de fomento y prestacional del Estado, la cual tiene su razón de ser en el Estado social, derechos socioeconómicos y regulación, como se hizo mención en su debido momento.

Respecto al *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán, estos enfoques se presentan como parte de la noción clásica de servicio

⁵³ Ramón Huapaya Tapia, “Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 36 (2011): 93

público y poseen un contenido histórico en cuanto a su evolución, por lo que obligatoriamente se debe explicar brevemente sobre estos.

Se debe destacar que, tanto *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán hacen alusión a una función prestacional del Estado (administración prestacional), a fin de satisfacer necesidades esenciales de población para contribuir con el bienestar general y la vida en común; sin embargo, debido a la influencia su lugar de origen y los autores que la teorizaron, cada uno posee características específicas que la distinguen de la otra.

El autor Martín Bullinger, en un brillante análisis de la evolución histórica del *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán, sistematiza, de manera didáctica las diferencias entre cada una:

- **Estado restringido versus Estado omnipotente**

La figura de Estado restringido hace alusión al *service public* francés, el cual concebía al Estado como un conjunto de servicios públicos y según León Duguit (principal exponente del *service public* francés): “*son dirigidos por los gobernantes (gouvernants) según el principio de solidaridad y, en caso de resultar necesarios, son impuestos por la fuerza a los gobernados (gouvernés) que no están dispuestos a una cooperación solidaria. El poder estatal se convirtió así en un instrumento auxiliar de los servicios públicos.*”⁵⁴ Lo anterior evidenciaba la limitada visión de concebir al Estado solamente como una entelequia formada únicamente por servicios públicos y cuya única misión se centra en la provisión de servicios públicos a la población y a hacer lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos, bajo el sustento del principio de solidaridad, así como la posibilidad del Estado de coaccionar a aquellos que atentaban contra el principio de solidaridad.

⁵⁴ Martín Bullinger, “El *Service Public* francés y la *Daseinvorsorge* en Alemania”, *Revista de administración pública* 166 (2005): 36

La figura del Estado omnipotente hacía alusión al *Daseinvorsorge* alemán y se representa por un paulatino crecimiento de las funciones del estado, que, en un inicio comenzaron con las típicas funciones liberales de control (actividad administrativa de policía) y que terminaron por la realización del estado de numerosas funciones, promovido principalmente por el desarrollo del mercado y del aspecto económico.

Como bien afirma Martín Bullinger: “(...) Junto con la tradicional competencia general del Estado en cuanto a la seguridad y el orden, la creciente expansión al sector económico a la seguridad y el orden, la creciente expansión al sector económico conducía finalmente al Estado “Omnipotente” o “total” (...)”⁵⁵

- **Solidaridad versus subordinación**

La solidaridad es una característica esencial del *service public* francés. Al respecto, este enfoque centra su razón de ser en la característica de *fraternité* (fraternidad) de la revolución francesa, la cual es parte de los principios que sustentaron el citado evento: igualdad, libertad y fraternidad: “(...) La fraternidad y cooperación de los grupos sociales. Habría de reunir a gobernantes y gobernados en la consecución conjunta del interés público en el marco del *service public*.”⁵⁶

Por otro lado, la subordinación era consustancial al *Daseinvorsorge* alemán, enfoque que presentaba un Estado autoritario y monárquico, representado por la condición de que aquel que desea recibir un servicio del estado, tenía que necesariamente subordinarse a este o como bien menciona Martín Bullinger: “(...) Quien pretendía un servicio de una institución administrativa tenía que someterse a una régimen

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Ibid, p. 37.

unilateralmente dictado, que carecía de base legal, y así se integraba en una “relación especial de sujeción”⁵⁷.

Respecto a la característica de subordinación, con la procura existencial de Forsthoff se presentó una matización, en el sentido de que para él, *“el individuo como miembro de una comunidad, la comunidad del pueblo u otra corporación, podría estar seguro de obtener servicios estatales de procurar existencial, pero sin ostentar un derecho subjetivo a los mismos [entiéndase, como obligación del Estado de brindar servicios estatales sin que los beneficiarios estén sujetos a una subordinación]”⁵⁸*, idea similar (aunque con sus matices) al service public francés, el cual se centraba en el principio de solidaridad (el enfoque del service public no requería la condición necesaria de subordinación para la provisión de servicios estatales).

Un aspecto interesante entre estos dos enfoques se encuentra en su correspondencia con la teórica económica ordoliberal, lo cual fue evidenciado por León Duguit y posteriormente aceptada por el derecho administrativo alemán. La mencionada teoría se centra en la siguiente idea: *“Una deficiente provisión de servicios por la economía privada debía ser remediada en primer lugar desde la distancia a través de la dirección y el control estatal, sobre todo de una estricta prohibición de la formación de cárteles, mientras que la asunción de esta provisión de servicios por el Estado, la denominada “socialización total”, solamente era aceptada como ultima ratio”⁵⁹*, lo anterior esboza una de las principales características de la herramienta de regulación, la cual se centra en que, antes de cualquier intervención estatal, se debe dejar que el mismo mercado solucione sus problemas (fallas de mercado), donde el Estado debe tener solamente un papel de control y regulador y excepcionalmente, cuando el mercado no pueda solucionar sus situaciones negativas, intervenir a fin del volver al equilibrio.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Ibid, p. 38.

⁵⁹ Id.

Cabe mencionar que, los enfoques del *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán estuvieron influenciados enormemente por la coyuntura política y social que sucedía en la época de su surgimiento y evolución. Uno de estos eventos coyunturales de gran importancia que influenció fue la segunda guerra mundial, es por esto que, antes de la guerra existió un rechazo y gran alejamiento de ambos enfoques, los cuales, si bien ya se respondían a dos realidades diferentes, el comienzo de la segunda guerra mundial reforzó esa separación y desapareció la idea un posible acercamiento e intercambio conceptual; sin embargo, con el retorno del Estado de derecho después de 1945 al finalizar la segunda guerra mundial, se dio una aproximación entre ambos enfoques. Al respecto, se destacan las siguientes ideas mencionadas por Martín Bullinger que evidencian tal acercamiento:

- *“(…) la idea de Duguit de que el poder estatal se halla ya de antemano determinado y limitado por el Derecho se acerca bastante a la moderna Teoría del Estado alemana. Con el abandono del dogma de un poder estatal previo al Derecho y a la ley desapareció en Alemania la base para la “relación especial de sujeción”, en la que el ciudadano tenía que entrar voluntariamente si quería hacer uso o beneficiarse de una institución de servicio, sin que una ley pudiera definir sus derechos y obligaciones.”*⁶⁰

Lo anterior evidencia la consolidación del principio de legalidad (cuyo mayor exponente fue Francia) y la supremacía del derecho y la ley sobre el requisito necesario de subordinación que sustentó en su debido momento la *Daseinvorsorge* alemán.

- *“La Daseinvorsorge alemán ya no encierra una determinada concepción del Estado, como sucede aún hoy con el service public francés. Ha sido trivializada y significa en el lenguaje jurídico el conjunto de toda prestación que es ofrecida por el Estado o sus corporaciones territoriales de acuerdo al interés*

⁶⁰ Ibid, p. 41.

*público. El concepto de la procura existencial se usa en algunas leyes como concepto general poco preciso que comprende todas las prestaciones tradicionales de los entes públicos (...), y sirve en la jurisprudencia para deslindar, sin una diferenciación muy clara, la actuación económica del Estado de aquellas prestaciones públicas que sirven de fines públicos y que, a pesar de gestionarse con arreglo a formas del Derecho Privado, están sujetas a los principios del Derecho administrativo (...)."*⁶¹

Lo anterior evidencia que la *Daseinvorsorge* alemán fue paulatinamente perdiendo sus características propias y que la diferenciaban del *service public* francés, debido a que ya no se circunscribe una concepción de Estado, sino implica ahora se adapta y puede ser acogido por cualquier realidad estatal, priorizando únicamente la idea de actividad prestación y de fomento que sirve para garantizar el bienestar de la población (es consustancial al estado el rol prestacional, ya no se toma en cuenta la característica de subordinación para identificar a la *Daseinvorsorge* alemán). Asimismo, un punto a destacar es que *Daseinvorsorge* alemán también sirvió como criterio para diferenciar prestaciones públicas de actividades económicas del Estado. Aquellas que se caracterizaban por el concepto base de ser actividades de prestación y fomento para garantizar el bienestar de la población, consustanciales al estado, eran catalogadas como prestaciones estatales (necesarias y obligatorias para garantizar un bienestar general mínimo a la población).

- *"(...) prevalece la utilización del concepto "Administración prestacional". Algunas voces incluso postulan que sea abandonado el concepto de la procura existencial por ser exclusivamente sociológico y no jurídico."*⁶²

⁶¹ Ibid, p. 41-42.

⁶² Ibid, p. 42.

- *“La Daseinvorsorge alemán (o Administración prestacional) se rige, en caso de duda, pero no necesariamente, por el Derecho público. Es decir, los entes prestadores de servicios públicos pueden elegir en el marco de la ley entre gestionarlos en régimen de Derecho público. Es decir, los entes prestadores de servicios públicos pueden elegir en el marco de la ley entre gestionarlos en régimen de Derecho público o Derecho privado, a condición de que, como consecuencia de esta elección, no se sacrifiquen importantes principios del Derecho constitucional. Los principios fundamentales del Derecho público también se proyectan sobre las relaciones de Derecho privado, como las tarifas de las empresas de transporte públicos, dando lugar así a un “Derecho privado administratizado (...)”⁶³*

Teniendo presente lo mencionado anteriormente sobre el presente punto, es necesario aclarar que, para el caso de nuestro país, ocurre una situación parecida, respecto a la cual se deben hacer ciertas aclaraciones y para esto se utilizará como ejemplo la **industria eléctrica**.

Se puede afirmar que, en cuanto a la regulación de servicios públicos para nuestro país como la industria eléctrica, lo normal es que se guíen por normas de derecho público donde se encuentra la rama de derecho administrativo y de manera supletoria se use el derecho civil, solo aplicable este último en actividades donde existen competencia, distinguiendo siempre aquellas actividades que son servicio público de aquellas que no lo son (o tienen apariencia de servicio público), por lo que, para aquellas que son catalogadas como servicio públicos es aplicable para su regulación, en primer lugar, el derecho administrativo (derecho público) y, en segundo lugar y de manera supletoria, el derecho civil. Asimismo, priorizando, en todo momento, un mínimo de bienestar general de la población y evitando que se sacrifiquen importantes principios del Derecho constitucional, lo cual, para el caso de nuestro

⁶³ Id.

país, lo encontramos de manera más concreta, palpable, pero circunscrito en el aspecto doctrinario en “las leyes de Roland”, reglas de prestación relacionadas al servicio público, formuladas por el *service public* francés, el cual forma parte de la doctrina clásica, al igual que la *Daseinvorsorge* alemán.

Con relación al sector eléctrico, se debe mencionar que, en este está dividido en tres sub – sector: generación, transmisión y distribución, de los cuales, el primero se realiza en un régimen de competencia, debido a que producto de sus características es posible introducir competencia y los dos último son monopolios naturales. En este sentido, se debe hacer unas precisiones respecto al sector generación:

El sector generación se rige por un régimen competitivo, lo cual hace que se guía principalmente por las normas de libre mercado; sin embargo, se debe distinguir los consumidores a quienes los generadores venden energía:

1° caso: Si el generador vende energía a la demanda no regulada, esta relación económica se guía por derecho civil y las normas del libre mercado

2° caso: Si el generador vende energía a la demanda regulada como un distribuidor (vende energía y servicios complementarios), por ende, su energía está dirigida a clientes regulados, esta relación económica se guía por derecho público. Cabe mencionar que en este caso se ha presentado una interesante modificación con la dación de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, centrado en el sector generación, a fin de evitar desabastecimiento de las distribuidoras, los cuales impactan enorme y negativamente en la demanda regulada. Dicha modificación se presenta de la siguiente manera:

- *“Se creó un mecanismo de licitaciones de contratos entre distribuidoras y generadoras mediante el cual se obtendría el precio de la energía, ordenándose las ofertas de los generadores de menor a mayor hasta cubrir la demanda a contratarse. El precio de la potencia sigue siendo determinado anualmente por el regulador.”⁶⁴*
- *“Si bien las transacciones entre generadores y distribuidores son al precio que haya resultado en cada contrato, se crea un mecanismo de compensación de tal manera que todos los usuarios regulados de cada concesionario paguen la misma tarifa de generación.”⁶⁵*
- *“Osinermin establecerá un precio tope para el precio de la energía en las licitaciones – desconocido hasta que se den a conocer los resultados de las licitaciones – siempre que la demanda a licitar no sea cubierta con las ofertas válidas.”⁶⁶*

De los anterior, se destaca la utilización de un procedimiento de licitaciones que finalizan en la suscripción y celebración del contrato, priorizando en todo momento la competencia y el principio valor por dinero en todo su desarrollo, lo cual trajo consecuencias positivas para la demanda regulada, de igual manera, a fin de evitar conductas que representen un perjuicio para la demanda regulada mediante el acuerdo de un alto precio por la energía a suministrar por los generadores a los distribuidores, el Osinermin establece un precio tope, con lo cual se reafirme la protección de la demanda regulada a través del mecanismo de regulación en el costo de la energía y que impactará en positivamente en una reducción del costo del servicio.

⁶⁴ Alfredo Dammert; Raúl García y Fiorella Molinelli, *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2013), 274

⁶⁵ *Ibid*, p. 275.

⁶⁶ *Id.*

Asimismo, cabe aclarar que, en todos los citados sub – sectores, las actividades se realizan mediante títulos habilitantes como concesiones y autorizaciones. Por otro lado, también se destaca los siguientes aspectos mencionado por el autor Martín Bullinger, los cuales se relacionan con el sector eléctrico:

- ❖ *“El nuevo estilo administrativo de cooperación entre la Administración y los ciudadanos se extiende dentro y fuera del campo de la Administración prestacional, como, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la planificación y del Derecho ambiental, y conduce a una “división de responsabilidades” cuyas particularidades aún se hayan en discusión”⁶⁷*

Para complementar lo anterior, se puede mencionar también el caso de las asociaciones público – privadas o APPs, la cuales cristalizan la colaboración y cooperación de la administración con los privados, con objetivos compartidos y diferentes y con una división de responsabilidades entre la administración y el privado. En el sector eléctrico, lo anterior se evidencia claramente en la celebración de un contrato de concesión tipo BOOT como lo puede ser un contrato SPT o un contrato SGT, en el marco de una asociación público – privada, para la construcción de líneas de transmisión. En este tipo de contratos suscritos y celebrados en el marco de una asociación público – privada se da una división detallada de la responsabilidad de cada parte, así como que cada parte tiene objetivos diferenciados como, en el caso del privado, de obtener una renta por la construcción y recuperar su inversión y, en el caso de la administración pública, garantizar, mediante la actividad de fomento y de prestación, un bienestar mínimo general, así como promover la creación de condiciones para la población, a fin de permitir su crecimiento; sin embargo, también se puede afirmar que el privado tiene el objetivo mencionado anteriormente, debido a que,

⁶⁷ Bullinger, op. cit., p. 43.

también forma parte es usuario del servicio público de electricidad para satisfacer sus necesidades.

- ❖ “(...) *La división del régimen jurídico de la Administración jurídico de la Administración prestacional en un régimen competitivo dirigido por el Derecho europeo y un régimen sociocultural dirigido en los Estados miembros en diferentes niveles territoriales puede contribuir a que los costes de un servicio puedan ser controlados y transparentemente coordinados en los diferentes niveles, así como también a que bajen los precios que debe ser pagados por los ciudadanos por efecto de la competencia entre ofertantes, tal y como ya ha sucedido en la red telegráfica de línea baja*”⁶⁸

Para lo mencionado en el párrafo, aplica lo explicado anteriormente, respecto a los dos casos y los regímenes aplicables, destacando que se reafirma que la introducción de competencia en el sector generación permitirá que este se guíe por las reglas del libre mercado (oferta y demanda de energía), lo cual se traducirá en la negociación por acordar el “mejor precio” como la situación cuando un generador le vende a la demanda no regulada (cliente libre), así como, la competitividad del citado sub – sector impactará positivamente en las licitaciones realizadas entre generadores y distribuidoras, debido a que se presentarán una gran cantidad de empresas generadores (postores) a la licitación realizada por el distribuidor, donde en todo momento se priorizará el principio “valor por dinero” y consecuentemente se traducirá en el menor precio para los consumidores regulados.

De todo lo anteriormente explicado, Martín Bullinger concluye de manera atinada, respecto al *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán: “*la organización de la Administración prestacional, incluyendo en Alemania la procura existencial, demuestra, en términos generales, una gran flexibilidad teórica y, cada vez más, una disposición a la*

⁶⁸ Ibid, p. 44.

*cooperación, lo que evoca la solidaridad de DUGUIT como característica del service public (...)*⁶⁹; y, en efecto, como se explicó anteriormente, en toda la evolución de la *Daseinvorsorge* alemán, se vio su transición de un enfoque rígido y solo aplicable a la realidad alemana (solo aplicable a una tipo de estado omnipotente) a un enfoque de gran flexibilidad teórica y no determinado para una concepción específica de Estado, donde se destacaba la cooperación y el deber consustancial del estado de realizar su actividad prestacional y de fomento al beneficio de la población.

Seguidamente, el referido autor menciona lo siguiente: “(...) *En cambio, el service public en Francia parece en la teoría, menos flexible y cooperativo. Ambos institutos jurídicos se han desarrollado paralelamente en dirección propia*”⁷⁰.

Y que es tanto la teoría del *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán tienen características propias que las distinguen, las cuales, en la evolución de cada enfoque han permitido un gran acercamiento entre ellos.

2.4.2.2. El Servicio Público y el sector eléctrico

2.4.2.2.1 Concepto de servicio público

Como se mencionó anteriormente, el tema del servicio público se ha analizado desde diferentes enfoques, cada uno respondía a una realidad concreta, destacando dos principales enfoques, los cuales fueron descritos anteriormente: el *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán, pertenecientes al enfoque europeo.

Es posible afirmar que, a pesar de los diferentes matices que cada enfoque puede tener, se resaltan dos puntos en común en estos:

⁶⁹ Ibid, p. 44 – 45.

⁷⁰ Ibid, p. 45.

- 1) La actividad de prestación por parte del Estado, elemento que aporta un contenido finalista al concepto de servicio público o como bien afirma Ramón Huapaya Tapia: “(...) de *garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad.*”⁷¹: idea relacionada directamente con el bien común y al desarrollo de la persona.

*“Es interesante mencionar que lo anterior se desprende ciertamente de los artículos 44°, 58° segundo párrafo y 195° numeral 5) de la Constitución de 1993, normas que establecen respectivamente el deber general del Estado de promover el bienestar general de la Nación, de actuar de los servicios públicos y finalmente, hacerse responsable, en el ámbito local, de estos servicios públicos de dicho alcance (...).”*⁷²

- 2) La intervención, en diferente manera e intensidad, del Estado en los aspectos económicos, donde se encuentran los servicios públicos como el sector eléctrico.

Se posee la opinión de que, sobre los puntos antes mencionados, se ha teorizado sobre el servicio público en diferentes puntos de vista, variando y matizando algunos conceptos, los cuales respondieron a la realidad espacial y temporal donde fueron concebidos.

Es interesante la clasificación que realiza Ramón Huapaya Tapia en su artículo titulado “Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal”, respecto al concepto de servicio público, debido a que dentro de la categoría titulada como noción Clásica coloca a los enfoques

⁷¹ Huapaya, Ramón, Notas sobre el concepto jurídico del..., op. cit., pp. 93 – 94.

⁷² Ibid, p. 94.

del el *service public* francés y la *Daseinvorsorge* alemán, pertenecientes al enfoque europeo.

Con relación a los enfoques antes referidos, se puede afirmar que nuestro país ha sido ampliamente influenciado por el *service public* francés y es que, desde siempre, hemos sido un país receptor más que productor de teorías jurídicas, donde los diferentes conceptos sobre servicios públicos no fueron la excepción: *“Cabe referir que en el Perú, la falta clamorosa de una doctrina y jurisprudencia especializada en el derecho administrativo en el siglo XIX e inicios del siglo XX, motivó que apenas se llegue a conocer la “idea o la “noción” de servicio público (...) en el Perú nunca se desarrolló la teoría jurídica del servicio público como si se hizo y conceptualizó en otras experiencias latinoamericanas (...), situación de aporía que influyó sin duda sobre la legislación administrativa y los marcos sectoriales de la época, los cuales nunca desarrollaron cabalmente un concepto (...)”*⁷³.

Y es que lo antes mencionado corresponde a una realidad que muchas veces es ignorada por los propios juristas, los cuales, al percatarse de la ausencia de alguna figura jurídica en nuestro ordenamiento, optan por importar conceptos extranjeros, muchas veces alejados de nuestra realidad y que son forzados a ser modificados y a adaptarse a una realidad con numerosas particularidades; sin embargo, es pertinente destacar que, a pesar de las numerosas dificultades que posteriormente fueron solucionadas y muchas de las cuales aún persisten, el concepto de servicio público en nuestra realidad ha cumplido de manera satisfactoria con su contenido finalista, promoviendo, de manera general y dejando de lados algunos críticos del tema, el bienestar general y la creación de una infraestructura básica para otros sectores económicos.

⁷³ Ibid, p. 97.

Teorizar sobre el servicio público ha significado años y años de doctrina que ha ido evolucionado paulatinamente e influenciada por aspectos territoriales, temporales, políticos y sociológicos. Como definición primigenia (no exenta de aclaraciones y presentada como muy escueta) es muy didáctica la enunciada por autor Fidel A. Rocha Miranda en su artículo titulado “Regulación de los Servicios Públicos ¿Por qué?, ¿Cuándo? Y ¿Cómo debe intervenir el Estado en el mercado?”, quien define al servicio público como el concepto que *“está referido a la tarea que se asume el Estado, entendiéndose Estado como cualquier poder o entidad política, de operar y ofrecer un determinado servicio. Bajo este concepto se relacionan las ideas de empresa pública, concesión, autorización administrativa y monopolio. En efecto, es normal encontrar casos en el propio Estado, bajo la figura de la empresa pública, sea quien se encargue de organizar y prestar el servicio.”*⁷⁴

Si bien la definición antes enunciada es muy escueta, permite que se presente de manera didáctica un panorama general sobre los tópicos relacionados al concepto de servicio público.

2.4.2.2.2 La influencia del *service public* francés y el enfoque de la comunidad europea en el ordenamiento jurídico peruano

Como bien se hizo mención anteriormente, nuestro país ha tomado como referencia el ***service public francés*** para teorizar sobre la definición de servicio público, el cual producto de su adaptación a la realidad peruana, ha traído como consecuencias numerosas dificultades conceptuales y una concepción de servicio público con características particulares.

⁷⁴ Fidel Rocha Miranda, “Regulación de los Servicios Públicos ¿Por qué?, ¿Cuándo? Y ¿Cómo debe intervenir el Estado en el mercado?”, Actualidad Jurídica (2008): 2

Así, respecto al servicio público, siguiendo el enfoque francés, en su acepción clásica, *“constituye una técnica administrativa dirigida a establecer mediante ley un rol prestacional del Estado, que asume la responsabilidad de la organización, establecimiento y gestión de la prestación de varias actividades económicas esenciales para la vida en sociedad, que se consideran, en su acepción clásica, como de titularidad del Estado, bajo un sistema de reserva prestacional a favor del mismo (...)”*⁷⁵. En otras palabras, se menciona que el Estado utilizó la figura de servicio público como medio para asegurar la actividad administrativa de prestación y de fomento y como título de intervención para reservar y excluir ciertas actividades económicas de la competencia de los privados y las leyes del libre mercado, que se consideraron esenciales y necesarias para garantizar la idea de un conjunto de prestaciones a cargo únicamente y exclusivamente del Estado. Asimismo, complementando la idea antes enunciada, y también siguiendo al enfoque francés, se teorizó sobre los principios o caracteres del servicio público: “las leyes de Rolland”, las cuales se configuran como un conjunto de características esenciales que debe poseer todo servicio público para adecuada gestión o para que aquella actividad sea considerada servicio público. Los preceptos necesarios que debía cumplir todo servicio público para llamarse como tal eran los siguientes: Continuidad, regularidad, igualdad, universalidad y progresividad.

Con relación a las leyes de Rolland, un tema muy interesante que presenta gran vinculación con las características de continuidad y regularidad, es respecto al principio de la irreversibilidad de las conquistas sociales, el cual parte de los derechos socioeconómicos, relacionados con el surgimiento de la cláusula del Estado Social y es que, la citada cláusula se centra en la materialización de una igualdad material, mediante acciones positivas por parte del Estado (en contra de un Estado

⁷⁵ Huapaya, Notas sobre el concepto jurídico del..., op. cit., p. 94.

abstencionista), teniendo como fin el alcanzar alguna forma de Estado de bienestar.

Uno de los principales medios para la creación de condiciones que permitan la materialización de una igualdad real se da a través de los servicios públicos. La vinculación entre los servicios públicos y el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales se evidencia en que si se alcanza algún nivel de progreso y calidad (continuidad y regularidad) en los servicios públicos, no sería justificado retroceder a un nivel inferior sin una justificación válida. Esto principalmente se da por la esencialidad de los servicios públicos para promover y garantizar un bienestar general y presentarse como la estructura básica tanto para la población como para las otras actividades económicas.

A manera de resumen, bajo el concepto clásico y la teoría servicio público a la francesa, se han señalado las principales características, respecto a la citada teoría:

“El servicio público es una actividad administrativa prestacional de titularidad estatal. Implica siempre una limitación o sacrificio de la libertad de empresa: el Estado asume la potestad de ejercer la actividad económica, o de entregarla en concesión a particulares. Nace la idea de la denominada publicatio como reserva prestacional al Estado de la actividad calificada como servicio público.”⁷⁶

Al respecto, se debe mencionar que la figura de publicatio se materializa en la acción de establecer mediante ley un rol prestacional del Estado sobre un sector específico, reservando el citado rol y excluyendo a los privados de este rol prestación sobre el sector específico (así como excluyendo su administración)

⁷⁶ Id.

“Pese a la idea de la concesión (surgida en el S. XIX), el servicio público se construye sobre la idea del monopolio estatal sobre la dirección y prestación del servicio, contenido vinculado también a la reserva prestacional a favor del Estado.”⁷⁷

Al respecto, se puede afirmar que la característica esencial de esta noción clásica, ampliamente subjetiva, se encontraba en la reserva prestacional a favor del Estado, es decir, la exclusión de las actividades económicas de los privados, que por sus características se presentaban como esenciales para la vida en sociedad y la responsabilidad única y exclusiva del Estado de su administración y gestión mediante la utilización de publicatio.

Ramón Huapaya Tapia realiza una sub - clasificación dentro del enfoque del *service public francés* y formula una interesante distinción:

- **“Servicio Público en sentido “subjetivo”:** Este sector doctrinal entiende que el servicio público es una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa.”⁷⁸

Al respecto, la sub – clasificación antes mencionada hace alusión a la noción clásica que se ha venido describiendo anteriormente, la cual se caracteriza por la figura de la publicatio y la reserva prestacional a favor del Estado, materializado mediante el establecimiento de monopolios estatales (empresas públicas). Denominada, de manera didáctica y a efectos de diferenciarla del servicio público en sentido objetivo, como “noción clásica antigua”

⁷⁷ Id.

⁷⁸ Ibid, p. 95.

Relacionando esta sub – clasificación con el sector eléctrico, el servicio público en sentido subjetivo fue el paradigma que dominó la industria eléctrica hasta el año 1990, fecha donde se comenzaron a implementarse las reformas estructurales, encabezadas por la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, como se mencionó, este cuerpo normativo que liberalizó, desreguló e introduce competencia el sector eléctrico, así como privatizó numerosas empresas públicas como Electroperú y Electrolima, las cuales fueron creadas producto de la instauración de la figura del monopolio estatal en el sector eléctrico.

- **“Servicio Público en sentido “objetivo”**: Se entiende que el servicio público es el régimen de actividad económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial.”⁷⁹

Al respecto, si bien la sub – clasificación anterior (servicio público en sentido objetivo) también corresponde a la doctrina clásica, esta posee características peculiares que la distinguen de la “noción clásica pura”, representada por el servicio público en sentido subjetivo, como la ausencia de una reserva prestacional a favor del Estado. Esta sub – clasificación es denominada, de manera didáctica y a efectos de diferenciarla del servicio público en sentido subjetivo, como “noción clásica moderna”.

De igual manera, relacionando esta sub – clasificación con el sector eléctrico y compartiendo en cierta manera la opinión de Ramón Huapaya Tapia, se puede afirmar que el servicio público en sentido objetivo fue el paradigma que dominó desde la implantación e implementación de las reformas estructurales en adelante.

⁷⁹ Id.

En consecuencia, se puede afirmar, siguiendo la gran influencia del enfoque del *service public* francés en el ámbito doctrinario y normativo peruano y su relación con el sector eléctrico que antes de la implementación de las reformas estructurales en el sector eléctrico (Estado monopolista en el sector eléctrico), este se guiaba por una concepción de servicio público en sentido subjetivo; en cambio, luego de la implementación de las reformas, el paradigma doctrinario y normativo del servicio público cambió y el sector eléctrico se guió por una concepción de servicio público en sentido objetivo.

De igual manera hacer referencia que, como toda teoría, esta ha evolucionado y continúa evolucionando y perfeccionándose cada día con los aportes brindados por las fuentes del derecho, principalmente jurisprudencia y doctrina y como bien afirma el autor Ramón Huapaya Tapia: *“(...) con sus ideas y venidas, con sus crisis evolutivas y periodos de cuestionamiento conceptual, en Francia se considera que el servicio público es parte innegable y fundamental de la cultura de la cultura jurídico – administrativa, y ciertamente es una de las piedras fundamentales de la construcción del actual derecho administrativo francés. De la misma forma, conviene dejar en claro que el concepto clásico (...) se ha sometido a una fuerte revisión, debido al influjo de la legislación comunitaria europea (...).”*⁸⁰

En este sentido, la legislación comunitaria europea, respecto al servicio público no puede pasar desapercibida, debido a que ha contribuido demasiado en la evolución del concepto y ha permitido la concepción de ideas propias sobre servicio público, con un contenido muy interesante y ha conceptos modernos y vanguardistas como lo siguientes:

⁸⁰ Ibid, p. 96.

- Los servicios de interés general: *“definidos como “las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ellos a obligaciones específicas de servicios públicos.”*⁸¹
- Los servicios de interés económico general: *“entendidas como aquellas “actividades de servicio público comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ellos sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Se ha señalado que dicho concepto refleja aquellas actividades que conforman la infraestructura de las actividades económicas”*⁸² como la industria eléctrica, de telecomunicaciones, etc.
- Obligaciones de servicios públicos: *“(…) alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (…).*⁸³
- El servicio universal: *“Es el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas del sector privado o público que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y precios asequibles (...)*⁸⁴

De los conceptos mencionados anteriormente, es necesario hacer algunas precisiones:

⁸¹ Id.

⁸² Id.

⁸³ Al respecto, *vid.* El punto 20 del Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios públicos de interés general (COM (2003) 270 final – Diario Oficial C76 de 25.3.2004)

⁸⁴ Huapaya, op. cit., p. 96.

- A fin de sistematizar las definiciones antes referidas, se evidencia que los servicios de interés económico general son una parte del todo, representado por los servicios de interés general. En efecto dentro de los servicios de interés general existen dos grupos: las actividades de interés económico general o actividades comerciales (económico) de interés general y las actividades no comerciales de interés general. El sector eléctrico se encuentra dentro de las actividades de interés económicos general o actividades comerciales de interés general.
- Las obligaciones de servicio público son consustanciales al concepto “servicios de interés general”, en este sentido, existen obligaciones de servicio público tanto para las actividades de interés económico general (o actividades comerciales (económico) de interés general) y para las actividades no comerciales de interés general.
- Un tema interesante y poco estudiado en nuestro ordenamiento jurídico es sobre el servicio universal, posiblemente por la modernidad del concepto y el poco interés de los doctrinarios en su desarrollo enfocado a nuestra realidad. Con relación al sector eléctrico y a la servicio universal, Alberto Cairampoma Arroyo menciona al respecto y con cuya opinión concordamos que *“la regulación del sector eléctrico en el Perú no cuenta con una referencia directa al servicio o acceso universal, no obstante también se haya pasado por un proceso de privatización”*⁸⁵, respaldando su opinión en que la Ley de Concesiones Eléctricas ni su reglamento así como otros cuerpos normativos del sector eléctrico no realizan ninguna alusión al concepto servicio

⁸⁵ Alberto Cairampoma Arroyo, “El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 12 (2012): 186.

universal. Asimismo menciona que “(...) Si bien ello demuestra que en el Perú, el servicio universal no ha sido aludido en la normativa del sector eléctrico, ello no significa que no se ha hablado del servicio universal en la doctrina peruana.”⁸⁶

En este sentido, el autor destaca que se ha comenzado a teorizar sobre el concepto de servicio universal y que, a pesar de no se cuenta con desarrollo normativo, “la búsqueda sobre algún reconocimiento del acceso universal declarado por alguna Entidad de la Administración Pública, nos lleva a buscar el mismo, en el Plan Nacional de Electrificación Rural para el Periodo 2012 – 2021, elaborado por la Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas.”⁸⁷

Y es que la elaboración del citado plan “(...) se ha realizado en concordancia con la gran transformación que impulsa el Gobierno actual, y que se guía en los objetivos del Milenio de las Naciones Unidas cuya meta a mediano plazo es el incremento del acceso de los hogares rurales al valor del 85% **y se aspira alcanzar el acceso universal a la electricidad de todos los peruanos a fines del bicentenario de nuestra independencia.**”⁸⁸(Resaltado nuestro)

De lo anterior, se evidencia que en el Plan Nacional de Electrificación Rural para el Periodo 2012 – 2021 se encuentra presente el término de servicio universal (como acceso universal), figura propia de la legislación de la comunidad europea y que hace alusión a una exigencia mínima a imponer a las empresas del sector eléctrico, respecto a que el sector sea universal en todo el

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Ibid, p. 187.

⁸⁸ Id.

país y se configure verdaderamente como la infraestructura básica que permita el bienestar general y la creación de condiciones en todos ámbitos de la vida cotidiana, lo anterior puede ser resumido de la siguiente manera: “lo mínimo que debe todo peruano, debe ser electricidad”. Cabe mencionar que, si bien se ha realizado un enorme avance en materia de acceso al servicio eléctrico, aún no se ha llegado a que todos los habitantes puedan acceder a este servicio; sin embargo, es necesario destacar que vamos por muy buen camino, sumado a que actualmente también se presentan numerosos mecanismos alternativos al método convencional de acceso a la industria eléctrica (tendidos de cables, etc.) como la generación distribuida, la cual, en breves términos, incentiva y promueve la autogeneración y autoconsumo de electricidad por parte de la población.

2.4.2.2.3 El “nuevo” servicio público en la sociedad global y ordenamiento peruano y su relación con el sector eléctrico

Como se mencionó en los numerales anteriores, actualmente el concepto de servicio público ha sido influenciado por numerosos enfoques, entre los que se tiene los clásicos y los actuales como el enfoque propuesto por la Unión europea, sin dejar de mencionar la introducción también la presente influencia de los enfoques anglosajones como la *public choice* estadounidense. Todo este nuevo panorama, ha impactado en el concepto de servicio público, lo que ha traído como consecuencia un “nuevo” concepto de servicio público con alcances y características muy diferentes a los clásicos.

Como bien afirma el autor Juan Felipe Isasi Cayo en el libro titulado “Tratado de Derecho Administrativo”, respecto a este “nuevo” concepto de servicio público: *“Ahora bien, el concepto de servicio público ha sido impactado severamente por los cambios en el modelo económico y el vertiginoso progreso de la ciencia y la*

tecnología que viene experimentando la sociedad global. El Estado de bienestar y las ideologías socialistas entraron en decadencia, cayó el muro de Berlín y surge un nuevo consenso mundial en torno a la eficacia de la libre iniciativa privada y la economía de mercado para el bien común. La competencia no es más percibida como opuesta al interés general sino, antes bien, existe una conciencia de que, bajo ciertas condiciones, la inversión privada en las infraestructuras públicas y presencia de pluralidad de agentes económicos, puede ser un instrumento eficaz para garantizar el acceso universal a precios razonables, a los servicios públicos que satisfacen necesidad de naturaleza colectiva.”⁸⁹

Asimismo, menciona que “(...) por lo menos desde los años noventa del siglo XX, se produce en la Unión Europea y en la mayoría de los países latinoamericanos, una gradual transferencia de los servicios públicos al Sector Privado y se promueve la inversión en infraestructuras públicas, relegando al Estado a un rol subsidiario en la actividad empresarial”.⁹⁰

Como bien se hizo alusión en su debido momento, el ordenamiento jurídico peruano y todo su desarrollo sobre el concepto de servicio público se guió sobre el enfoque del *service public* francés, principalmente antes los años 90 cuando imperaba el paradigma del “Estado empresario”. Luego de los años 90 con este cambio de paradigma, se dio un “nuevo régimen” en el tema sobre servicios públicos, lo cual desembocó en una transformación del concepto de servicio público (aún con la presencia del enfoque del *service public* francés, pero también se tenían características peculiares propias de la realidad jurídica peruana).

Respecto al *service public* francés se menciona lo siguiente: “*Como hemos advertido, la noción clásica del servicio público “a la*

⁸⁹ Juan Felipe Isasi Cayo, Tratado de Derecho Administrativo (Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2014): 176

⁹⁰ Id.

*francesa” implicaba la titularidad o reserva del Estado sobre este orden de actividades, por lo que normalmente el Estado o una persona pública prestaba directamente el servicio o alternativamente lo hacía un particular concesionario. En otras palabras, la actividad de servicio público no se encontraba por ningún motivo en el ámbito de la libre iniciativa privada (...)*⁹¹

En este sentido, el autor Juan Felipe Isasi Cayo, a manera de conclusión, hace referencia a lo siguiente: *“En el Perú, que en líneas generales viene siguiendo esta orientación [aún sigue la esencia del service public francés, pero posee tintes propios], el Estado ya no interviene como prestador, menos aún con carácter monopolístico; salvo situaciones excepcionales como, por ejemplo, los servicios de saneamiento y agua potable. En la mayoría de los casos, la presencia del poder público se plasma en su rol de concedente y regulador; pero en ciertos casos la liberalización ha significado que el Estado se mantenga únicamente como regulador. La regulación, como veremos, ha sido confiada normalmente a organismos técnicos que gozan de cierto grado de autonomía. No obstante, sigue siendo un deber imperativo del Estado garantizar la satisfacción de las necesidades de naturaleza colectiva, de modo tal que, allí donde el servicio público resulte ineficaz, insuficiente o ausente, su intervención será obligatoria.”*⁹²

Cabe mencionar que, a pesar de que el “nuevo régimen” de servicio público haya dejado el protagonismo en el sector privado, esto no significa que el interés público se verá desnaturalizado por la primacía del interés privado que mueve toda acción del actor privado. El interés público seguirá prevaleciendo y estando presente en este “nuevo régimen” de servicio público, así como todos aquellos principios: las obligaciones de servicio público y las

⁹¹ Ibid, p. 177-178.

⁹² Ibid, p. 178.

“leyes de Roland”, estas últimas ideas propias del *service public* francés.

Teniendo presente todas las ideas ensayadas anteriormente, en cuanto al sector eléctrico: “(...) *En el campo de la energía eléctrica, siguiendo el modelo europeo, se ha producido una separación de las actividades de generación, transmisión y distribución, para dar un mayor espacio a la competencia en aquellas fases de la cadena de valor en la que es posible la pluralidad de agentes económicos y facilitar una regulación diferenciada (...)*”⁹³

Y es que en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, se menciona lo siguiente:

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,

b) La transmisión y distribución de electricidad.

*El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.”*⁹⁴

A pesar de que muchas veces se menciona al sector eléctrico como servicio público, del artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas se evidencia que no todo el sector eléctrico es considerado servicio público. De los tres sub – sectores que lo componen: generación, transmisión y distribución, solo la transmisión y distribución son considerados servicio público, y de este último solo el mercado regulado, es decir, la energía eléctrica para uso doméstico y residencial, a diferencia de los usuarios comerciales y empresariales.

⁹³ Ibid, p. 177.

⁹⁴ Artículo 2 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

Asimismo, destacar que en este sector se permite la participación de los privados mediante el otorgamiento de concesiones definitivas y temporales, autorizaciones y contratos de concesión tipo BOOT donde se encuentra el contrato SGT.

De igual manera, cabe mencionar que también, existen, en el presente sector, empresas del Estado, las cuales tienen un gran protagonismo, por ejemplo, en el sub - sector de distribución existen numerosas empresas estatales creadas y con concesión para realizar la referida actividad fuera de Lima.

Y es que, el sub - sector de la distribución eléctrica es peculiar, debido a que en Lima existen dos empresas distribuidoras privadas: Luz del Sur y Enel. En cambio, fuera de Lima solo existen empresas distribuidoras estatales como por ejemplo Electrocentro, las cuales han sido creadas bajo la idea de que “El Estado empresa solo tiene presencia allí donde la no existe iniciativa privada o esta no pueda satisfacer las necesidades de la población”. Efectivamente, estas empresas distribuidoras estatales se crearon debido al nulo interés de los inversionistas privados por realizar la actividad de distribución fuera de Lima.

2.4.3 Regulación

2.4.3.1 El servicio público en el sector eléctrico y su regulación

Como se ha venido afirmando, a partir del año 1990, el sector eléctrico, así como todas las actividades económicas (incluidos los otros servicios públicos) cambiaron su paradigma y rumbo con la instauración de las reformas estructurales que trajeron consigo numerosas medidas, entre las que destacan la liberalización, la introducción de competencia en aquellos sectores donde era posible, la desregulación, la desintegración vertical y la privatización de empresas públicas, las cuales se configuraban como monopolios estatales. Se puede afirmar que todos

estos sectores económicos en los cuales se aplicaron las citadas reformas estructurales, el sector eléctrico fue uno en los que más cambios se presentaron, encabezados por la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento. Dichos cuerpos normativos son considerados el punto de partida de la implementación e instauración de todas las reformas estructurales aplicada en el sector eléctrico, a tal punto que se puede afirmar que tanto la Ley de Concesiones Eléctricas como su reglamento se presentan como el punto de inflexión o separación entre el paradigma del Estado empresario con las empresas públicas e integradas verticalmente, dedicadas a la realización de todas las actividades del sector eléctrico: generación, transmisión y distribución y el Estado regulador, el cual permitió la privatización de la mayoría de sus empresas públicas, dejó en manos de los privados la provisión y gestión del servicio público de electricidad (el sector privado ahora tenía la misión de promover el bienestar general y en caso de alguna distorsión que impida alcanzarlo, recién podía actuar) y tuvo un papel subsidiario en la provisión de electricidad, entregando el protagonismo al privado.

De estas dos etapas diferenciadas por la instauración e implementación de los ajustes estructurales, encabezadas por la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, trae a colación la siguiente división, que ha sido enunciada en el segundo tercer capítulo: 1) Antes de la Ley de Concesiones Eléctricas y 2) Luego de la Ley de Concesiones Eléctricas

1) Antes de la Ley de Concesiones Eléctricas (antes de los 90 y de la instauración de las reformas estructurales)

- Imperaba la sub – clasificación del servicio público en sentido subjetivo (“noción clásica pura”) y todas sus características antes descritas: *“(…) la Constitución de 1979 y antes las reformas del gobierno militar de 1968 – 1980 utilizaron el concepto de servicio público para justificar la actividad empresarial del Estado (artículo*

113° de la Constitución de 1979) así como para establecer reservas totales de actividades “estratégicas” (...)⁹⁵

2) Luego de la Ley de Concesiones Eléctricas (luego de los 90 y de la instauración de las reformas estructurales)

- Imperaba la sub – clasificación del servicio público en sentido objetivo (noción moderna): “(...), las líneas del modelo de cambio encuentran reflejo en la Constitución de 1993, donde el servicio público ya no es expresión de un rol prestacional asignado exclusivamente al Estado, ni de una actividad reservada a éste, sino que es un concepto que parte del reconocimiento de que el Estado debe brindar un régimen jurídico para la regulación de ciertas actividades económicas (los servicios públicos) esenciales para la vida en colectividad, y que además tengan especiales características económicas que aconsejen una intervención estatal correctiva sobre la materia, ideas que surgen de la interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 58° de la Constitución, cuando se señala que bajo el régimen de iniciativa privada libre en el marco de una economía social de mercado, el Estado cumple un rol de intervención sobre varias actividades, entre las cuales destacan los servicios públicos (...).”⁹⁶

- Las principales motivaciones y situaciones, siguiendo a las ideas propuestas por el autor Ramón Huapaya Tapia, para afirmar que el nuestro ordenamiento se guía por una concepción de “servicio público en sentido objetivo” son las siguientes:
 - a) “La conclusión de que los mercados públicos de servicios públicos son mercados incompletos e imperfectos, donde junto a segmentos competitivos, existen segmentos de la industria en lo

⁹⁵ Huapaya, Ramón, Notas sobre el concepto del..., op. cit., p. 97.

⁹⁶ Id.

que no hay competencia sino en muchos casos monopolios naturales (...).”⁹⁷

b) “La experiencia mostró la necesidad de introducir competencia en los servicios públicos, conjuntamente con la aplicación de un principio subsidiario de la acción estatal en cuanto a su rol prestacional y dejar que los privados asuman la prestación y formen los mercados, incentivando la competencia.”⁹⁸

c) “La necesidad de descartar la idea de la titularidad estatal: lo que importa es garantizar la prestación eficiente del servicio.”⁹⁹

d) “Aplicar fórmulas de desintegración vertical de los mercados, segmentar ámbitos competitivos, separándolos de los que no lo son.”¹⁰⁰

e) “Justificar intervenciones regulatorias únicamente por la existencia de fallas de mercado concretas y aplicables a segmentos específicos de las industrias: asimetrías informativas, externalidades, internalidades, barreras de acceso.”¹⁰¹

f) “Quiebre del Estado de Bienestar e introducción de medidas de desregulación, liberalización y de eliminación de reservas económicas de actividades económicas para el Estado.”¹⁰²

g) “Deficiencia de las empresas públicas prestadoras de los servicios públicos.”¹⁰³

Respecto a los puntos anteriores, es necesario realizar algunas aclaraciones, asimismo, estas nos permitirán explicar brevemente

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Id.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Id.

sobre la herramienta de la regulación. Teniendo presente siempre que toda explicación estará enfocada al sector eléctrico.

En este sentido, los puntos a), b), d) y e) hacen referencia directamente a la herramienta de regulación:

2.4.3.1.1 Sobre la herramienta de la regulación y su vinculación con el sector eléctrico

La regulación se puede definir como la herramienta que poseen los gobiernos para influenciar y modificar las decisiones y acciones de los agentes económicos cuando se presentan fallas de mercado que los ameriten y es que toda intervención del Estado a través de la regulación necesita una causa justificada, la cual tiene como base esencial las siguientes ideas: 1) las fallas de mercado, 2) la idea de que los mercados son imperfectos e 3) intervención subsidiaria.

Asimismo, el Osinergmin en su libro “La Industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país” menciona respecto a la regulación: *“La regulación, al igual que la política fiscal monetaria, es una de las principales herramientas con las que cuentan los gobiernos para afectar las decisiones de los agentes económicos. Un sistema regulatorio puede definirse como un conjunto de normas legales y las distintas autoridades con competencias regulatorias que las proponen, aprueban y, posteriormente, supervisan su cumplimiento en un determinado ámbito económico”*¹⁰⁴, definición de la cual se extrae que todo sistema regulatorio tiene un componente normativo (normas legales), social (autoridades y funcionarios del Estado) y económico (el ámbito económico donde se realiza como los servicios públicos)

¹⁰⁴ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 118.

De todo lo enunciado anteriormente, se evidencian tres conceptos principales: 1) Intervención del Estado de manera subsidiaria, 2) fallas de mercado y 3) la idea de que los mercados son imperfectos, para el caso específico, de que los mercados de los servicios públicos son imperfectos como el del sector eléctrico, los cuales corresponden a las características más sustanciales a la hora de definir la herramienta de regulación, aunado a lo anterior, sus componentes normativo, social y económico:

1) Intervención del Estado de manera subsidiaria

Al respecto, nuestra constitución política, en el artículo 58, titulado Economía Social de mercado menciona que *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”*¹⁰⁵

Asimismo, el artículo 59 sobre el rol económico del Estado señala que *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*¹⁰⁶

Igualmente, el primer párrafo del artículo 61 sobre la libre competencia menciona que *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de*

¹⁰⁵ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú del año 1993

¹⁰⁶ Id.

*posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)*¹⁰⁷

Los artículos antes mencionados, de manera conjunta, hacen alusión al régimen de la Economía Social de Mercado, modelo económico de origen alemán y que es definido como aquel modelo que tiene “*como objetivo el mantener un equilibrio entre un alto índice del crecimiento económico, baja inflación, bajo nivel de desempleo, buenas condiciones laborales, bienestar social y servicios público, por medio de una economía de libre mercado y políticas públicas tendientes a mantener esa competitividad integrando políticas sociales paliativas.*”¹⁰⁸ Haciendo una comparación solo con fines didácticos (pecando en mezclar dos ámbitos completamente diferentes), se puede afirmar que la economía social de mercado se encuentra en el medio entre un Estado liberal abstencionista, el cual reduce al Estado a lo más mínimo, a un mero regulador (principalmente solo se ejercía la actividad de policía) de las actividades económicas realizadas por los agentes económicos, dejando todo en manos de la privados; y un Estado social con su contenido finalista de Estado de bienestar, el cual se caracterizó por un Estado que realiza acciones positivas en beneficio de la población, a fin de garantizar la bienestar general y la igualdad real (uno de los medios para alcanzar tales fines eran los servicios públicos).

De igual manera, el segundo párrafo del artículo 60 de la constitución política señala que “*(...) Sólo 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.*”¹⁰⁹ Con lo que

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ Rocha, op. cit., p. 7.

¹⁰⁹ Artículo 60 de la Constitución Política del Perú del año 1993

trae a colación la figura del principio de subsidiaridad, el cual, en términos simple y tomando en cuenta los artículos antes citados, hace alusión a la autorización que tiene el Estado de realizar actividad empresarial en un sector económico cuando la participación del privado en el citado sector sea nula o irrisoria para cubrir las necesidades de la población: primero se incentiva y fomenta que el privado actúe en el sector económico y cuando, a pesar de todos los esfuerzos, su participación es nula o poca para cubrir las necesidades de la población, actúa el Estado mediante una empresa pública.

Con todo lo antes explicado, se evidencia claramente el cambio de paradigma que sufrió el Estado: de pasar de un Estado empresario a un Estado regulador, solo acogiéndose a la primera figura cuando la participación del sector privado en un sector económico fracase o sea nula.

Lo anterior es reafirmado por el autor Fidel Rocha al analizar las posibles soluciones aplicables a una falla de mercado, donde al principio de todos los casos, menciona soluciones que tienen como base que el mercado mismo volverá a su normalidad (autorregulación) y luego otras donde se tiene como base la intervención del Estado mediante la regulación; concluyendo al mencionar que “(...). *Consideramos que siempre debe agotarse la primera opción y únicamente en que las condiciones particulares del mercado imposibiliten su autorregulación debe recurrir a las dos últimas.*”¹¹⁰

En cuanto al sector eléctrico, tal cambio de paradigma tuvo como punto de inflexión la Ley de Concesiones Eléctricas (reformas estructurales) y producto de la constitución de 1993,

¹¹⁰ Rocha, op. cit., p. 10.

el sector eléctrico no fue ajeno al principio de subsidiaridad y la herramienta de regulación y sus contenidos.

De los sub – sectores de la industria eléctrica: generación, transmisión y distribución, en el sub – sector distribución se presenta de manera concreta y mayor medida el principio de subsidiaridad y es que fuera de los departamentos de Lima e Ica, en los cuales se ubican las concesiones de las empresas Luz del Sur y Enel, existen numerosas empresas públicas como Electrocentro o Electronorte, entre otras, las cuales realizan la actividad de distribución, debido al nulo interés de los privados por estas zonas.

2) Fallas de mercado y 3) la idea de que los mercados son imperfectos

Y es que necesariamente los dos puntos 2) y 3) están estrechamente relacionados que podemos afirmar que la idea de la imperfección de los mercados sustenta y es la base para la ocurrencia y existencia de fallas de mercado.

Las fallas de mercado tienen como punto de partida la figura de equilibrio competitivo, el cual hace alusión a la situación que se *“caracteriza por un mecanismo de asignación de recursos basado en la competencia, donde los precios y mercados son las instituciones mediante las cuales se coordina el proceso de transformación y distribución de los recursos iniciales y producidos. Donde los precios son determinados en los propios mercados, sin que ningún agente individual tenga capacidad de influencia sobre los mismos, y en donde las decisiones de consumo y producción son adoptadas por los agentes individualmente, sin que sus decisiones dependan o se vean*

afectadas por las acciones de los demás agentes, salvo a través de precios.”¹¹¹

El equilibrio competitivo muestra una situación de mercado con diversos elementos que deben mantenerse con cierta estabilidad para que este funcione relativamente bien y se mantenga en sus niveles de estabilidad.

Asimismo, el “equilibrio competitivo (...) en la realidad presenta algunos problemas, basados en la imperfección de los mercados (...)”¹¹² y si “los conceptos que sustentaban el equilibrio competitivo [los elementos de su definición] comienzan a flaquear (...), veremos que los resultados obtenidos no son tan deseables desde el punto de vista económico, político y social.”¹¹³

Es la situación antes mencionada y bajo de la idea de que los mercados son imperfectos e incompletos donde aparecen las fallas de mercado, las cuales sustentan la intervención del Estado mediante la regulación, *“procurando anteponer el bien común en detrimento de la libre competencia y autorregulación del mercado.”¹¹⁴* A manera de conclusión: *“Una economía que presenta fallas de mercado no logra una asignación óptima de recursos a partir del mercado”¹¹⁵*

Como se ha evidenciado anteriormente, la regulación se presenta como una herramienta importante y que se justifica por la existencia de fallas de mercado, por lo que pretender la existencia de un mercado como el mercado eléctrico donde no existen fallas de mercado es simplemente algo idílico.

¹¹¹ Ibid, p. 8.

¹¹² Id.

¹¹³ Ibid, p. 9.

¹¹⁴ Ibid, p. 10.

¹¹⁵ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 130

Como bien afirma el libro “La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país”, respecto a la regulación del mercado eléctrico: *“Las fallas de mercado que justifican la regulación eléctrica están relacionadas a la existencia de monopolios naturales, la información incompleta, las externalidades y los bienes públicos. Asimismo, la regulación en el sector energético puede basarse en la necesidad de proteger a los consumidores frente a relaciones asimétricas de contratación. Así, la regulación del sector energético surge para minimizar los fallos de mercado que, por sí mismos, los agentes involucrados no podrían resolver de forma eficiente. (...)”*¹¹⁶

2.4.4 El servicio público de transmisión de electricidad

Como hizo alusión en su debido momento, el sub – sector de transmisión, según la Ley de Concesiones Eléctricas, corresponde a ser servicio público. Dentro de las principales características de este sector, el cual corresponde al centro de nuestra investigación y el objeto del contrato SGT, se tienen a las siguientes:

2.4.4.1 Como servicio público:

El Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, en su artículo 2 menciona lo siguiente:

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,

b) La transmisión y distribución de electricidad.

*El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.”*¹¹⁷

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Artículo 2 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

A pesar de que muchas veces se menciona al sector eléctrico como servicio público, del artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas se evidencia que no todo el sector eléctrico es considerado servicio público. De los tres sub – sectores que lo componen: generación, transmisión y distribución, solo la transmisión y distribución son considerados servicio público, y de este último solo el mercado regulado, es decir, la energía eléctrica para uso doméstico y residencial, a diferencia de los usuarios comerciales y empresariales.

Asimismo, se diferencia servicio público de utilidad pública, con lo cual del tenor del artículo se extrae que los sectores que constituyen servicio público (como el sub – sector de transmisión) en el sector eléctrico son de utilidad pública, esta última entendida como aquello que es interés general o interés público por sus beneficios que brinda a la población.

En conclusión, el sub – sector de transmisión es considerado un servicio público por ley.

De igual manera, en este sub – sector se permite la participación de privados mediante el otorgamiento de concesiones definitivas de transmisión y mediante contratos SGT, los cuales corresponden a uno de los tantos contratos de concesión presentes en el sector eléctrico. El primero celebrado para realizar la actividad de transmisión, siguiendo el artículo 3 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual menciona en su inciso b) lo siguiente: *“La transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste (...)”*¹¹⁸. Mientras que el segundo, celebrado con el objeto de la construcción de líneas de transmisión principales.

2.4.4.2 Como facilidad esencial

“Las redes de distribución, así como de transmisión de electricidad, tanto troncal como secundaria, deben considerarse como una “facilidad

¹¹⁸ Artículo 3 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

*esencial” dentro del diseño de los mercados eléctricos, debido a que son necesarias para llegar a los clientes finales y para garantizar la competencia en la comercialización de electricidad, especialmente para el caso de los clientes libres.”*¹¹⁹ Lo anterior evidencia, la esencial importancia para la procura del interés público de la población, por lo cual, el legislador decidió establecer como servicio público al sub – sector de transmisión, así como reforzar y remarcar su importancia al calificar al servicio público como de utilidad pública, dando a entender que el sector de transmisión representa un medio esencial para alcanzar el bienestar de la población en general.

Asimismo, la característica de facilidad esencial del sub – sector de transmisión implica necesariamente el libre uso por parte de tercero o también conocido como el “Open Access”, el cual representó una de las “nuevas” obligaciones que se impusieron con la Ley de Concesiones Eléctricas y todo el nuevo y reformado sector eléctrico que propuso. En este sentido, *“el artículo 33° y 34° de la LCE [Ley de Concesiones Eléctricas] se establece el libre uso por parte de terceros de las redes eléctricas de las empresas de transmisión y distribución, respectivamente, que deberán [los terceros] asumir los costos de ampliación a realizarse, en caso sea necesario, y las compensaciones por el uso.”*¹²⁰

2.4.4.3 Como red

Caracterizados por la concisión y esencialidad de su explicación, siguiendo el libro “La Industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país”, respecto a la industria de redes se tiene las siguientes principales ideas:

- *“Las industrias de redes son aquellas que mueven personas, productos o información de un lugar a otro mediante una red física.*

¹¹⁹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 136.

¹²⁰ Id.

*Estas incluyen las redes de transporte (carreteras, ferrocarriles), redes de información (correo electrónico, telefonía) y redes de servicios públicos (electricidad, gas, agua)."*¹²¹

- *"De forma física, la red está formada por nodos y enlaces que se dividen en nodos de entrada/salida y de conexión. En los de entrada/salida fluyen las personas, productos y la información que ingresa o sale de la red, mientras que, en los nodos de conexiones, los flujos son llevados a la dirección deseada."*¹²²
- *"Los enlaces pueden tomar la forma de tubería, cables, rieles y, en un sentido más abstracto, por ejemplo, el espacio aéreo (rutas de aerolíneas). (...)"*¹²³
- *"Las industrias de redes constituyen, usualmente, una facilidad esencial, puesto que representan una infraestructura indispensable para completar el transporte de recursos desde los puntos de producción hacia puntos de consumo. (...)"*¹²⁴

Teniendo presente las ideas y características mencionadas anteriormente, el sub – sector de transmisión de energía eléctrica se configura como una industria de redes y a la vez como un servicio público. El presente sub – sector está compuesto, entre otros elementos, principalmente por líneas de transmisión (redes de servicio público) tanto principales como secundarias. Asimismo, estas líneas están compuestas por cables por donde pasan energía eléctrica a grandes voltajes.

Por otro lado, *"las industrias de redes registran características económicas específicas que justifican la intervención del gobierno, con*

¹²¹ Ibid, p. 35.

¹²² Id.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

*el objetivo de contrarrestar las fallas de mercado que derivan en ineficiencias en estos mercados*¹²⁵:

“1. Las externalidades de red.

*Una de las externalidades más comunes son los denominados efectos de club y congestión. En el primer caso, la utilidad del servicio para un cliente depende del número total de clientes suscritos, por tanto, el efecto de club tiene un impacto positivo sobre los usuarios. Por otra parte, el efecto de la congestión genera un impacto negativo al limitar o restringir la utilidad del servicio a consecuencia de la congestión de la red.*¹²⁶

“2. Monopolio natural

*El monopolio natural corresponde a una de las principales fallas de mercado del sector eléctrico. En este sentido, estos “constituyen situaciones donde es más eficiente que una sola empresa suministre un bien o servicio en un mercado determinado.”*¹²⁷

*“La existencia de monopolios naturales hace necesaria la intervención del Estado para evitar que las empresas abusen de su posición dominante en el mercado, estableciendo tarifas elevadas o brindando una calidad de servicio menor al óptimo social.”*¹²⁸

Los monopolios naturales como los sectores de transmisión y distribución, los cuales son sub – sectores que poseen características de monopolio natural, constituyen facilidades esenciales, en el sentido de que son infraestructuras necesarias para la provisión de un servicio determinado y, además, garantizan la existencia de competencia en el sector eléctrico.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Ibid, p. 136.

¹²⁸ Id.

Asimismo, la característica que poseen los sub – sectores de transmisión y distribución en el sector eléctrico, lleva necesariamente a la idea de que *“la duplicidad de estas infraestructuras, indispensables para la provisión de estos servicios, es ineficiente, por lo cual las mismas son operadas por una sola empresa.”*¹²⁹ Sobre este punto, en el sub – sector de transmisión se tiene al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), el cual corresponde a todas las líneas de transmisión eléctrica interconectadas que se encuentran distribuidas por todo el territorio nacional. Este sistema es operado el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), el cual corresponde a una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público y cuya finalidad es coordinar la operación del SEIN.

“3. Los servicios de interés general.

*Las industrias de red a menudo sirven al interés público desde una perspectiva económica y social. Para la producción y el consumo de bienes y servicios debe existir movimiento de personas, de productos e información. Por lo tanto, las industrias de telefonía, transporte y electricidad cubren necesidades básicas.”*¹³⁰

2.4.4.4 Como bien de dominio público

Los contratos de concesión (como los contratos de concesión definitiva o los contratos SGT) se dan sobre bienes de dominio público, estos se caracterizan por estar afectos a un fin o uso público, entendido este como un *“interés general externo al funcionamiento institucional de la Administración”*¹³¹(aquí la diferencia con los bienes de dominio privado). Asimismo, destacar que los bienes de dominio público poseen las tutelas

¹²⁹ Id.

¹³⁰ Ibid, p. 35.

¹³¹ Walter Vásquez Rebaza, “Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General de Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 30 (2008): 276

de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad, las cual “(...) *hace referencia a la inmunidad que tiene por objeto impedir que el demanio público [bienes de dominio público] sea enajenado a favor de los particulares*”¹³². Siendo solo posible, en caso se requiera, la “venta” de un bien de dominio público (afectado con interés público general y externo al funcionamiento institucional de la Administración) mediante un procedimiento de desafectación, el cual “convertiría” el bien de dominio público en bien de dominio privado, permitiéndose su “venta”. Asimismo, teniendo el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas, la cual designa como servicio público a la transmisión de electricidad, se puede decir que las líneas de transmisión (y su respectiva construcción), que forman este sub – sector, son bienes de dominio público y, por lo tanto, siendo aplicable todas las tutelas mencionadas anteriormente. Asimismo, al tener como requisito indispensable la celebración de un contrato de concesión para la construcción o administración en el sub – sector de transmisión, la titularidad de los bienes dados en concesión sigue perteneciendo al Estado (el privado no es el propietario de las líneas de transmisión sino el Estado, solo se le otorga el derecho de administración, operación o construcción, dependiendo de la necesidad del privado)

¹³² Expediente N° 0018-2001-AI/TC *apud* Walter Vásquez Rebaza, *Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General de Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento*, Lima, 2008, p. 277

CAPITULO III

MARCO JURÍDICO

3. El contrato del Sistema Garantizado de Transmisión (contrato SGT)

Es inevitable y necesario volver a resaltar la importancia del punto de inflexión (o de corte) explicado en el segundo capítulo, si bien este se explicó directamente sobre el sector eléctrico, el cual es el sector que nos compete analizar y se dijo que, para este sector, el cambio de paradigma y traspaso de un Estado empresario a un Estado regulador u orientador se dio con la publicación de la Ley de Concesiones Eléctricas en el año 1992. Es decir que, antes de este año, al menos en el sector eléctrico, el paradigma estatal era del Estado empresario, el cual se caracterizaba principalmente por su gran intervención en la economía y sociedad mediante diferentes medidas y su nula promoción a la inversión extranjera, lo que engloba en términos generales: una economía cerrada y muy proteccionista, ampliamente celosa del capital privado tanto nacional como internacional; sin dejar de mencionar, la participación directa del Estado mediante la constitución de empresas estatales, que, para el sector eléctrico, se dio a través de Electrolima y Electroperú principalmente, sin contar las de los otros sectores económicos.

A nivel general, la mencionada situación de cambio de paradigma es aceptada a nivel doctrinario y se concuerda que a partir de los años 90 se dio este cambio de paradigma de Estado empresario a Estado orientador y regulador. A nivel histórico, este cambio coincidió con la llegada de Alberto Fujimori al poder, quien decidió romper con la imagen de Estado empresario e implementó diferentes medidas intervencionistas, principalmente de corte económico y social, las cuales se hacían necesarias y que vinieron en forma de “paquete” como las medidas de Consenso de Washington, y que resultaron en la ansiada apertura económica del país con sus correspondientes consecuencias. Este cambio de paradigma también se vislumbra como una “entrega de posta”, haciendo alusión a una carrera de relevos donde el Estado le pasa la posta al privado en el

protagonismo de incentivar el bienestar general; sin embargo, cabe hacer la aclaración de que esta símil se hace con fines didácticos, porque, en la realidad, vemos muchas veces que, y sin desmerecer la gran labor del privado en la construcción de infraestructura de gran envergadura y en la administración y operación de servicios, el Estado sigue siendo el principal impulsador y promotor del interés general en beneficio de la población: buscando en todo momento una igualdad material en lugar de una igualdad formal.

Asimismo, agregar que, en este cambio de paradigma de Estado empresario a Estado orientador, ingresaron unos nuevos protagonistas, representados por los diferentes organismos reguladores creados a partir de los años 90 a fin de cumplir la nueva misión encomendada al Estado de ser el orientador, promotor y regulador de la inversión privada tanto nacional como extranjera. Como bien afirma Andrés Gómez de la Torre Barrera en su artículo titulado: *Concesión de obras públicas: ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?: “Como ejemplos claros de un Estado interventor [haciendo alusión al Estado empresario] en los últimos años de la historia peruana, podemos hacer referencia a las múltiples medidas estatistas adoptadas por los gobiernos militares de los años sesenta y setenta. Por otro lado, del Estado Organizador [haciendo alusión al Estado orientador], podemos mencionar como ejemplo a los organismos reguladores, entidades que participan de manera activa en representación del Estado asumiendo funciones de fiscalización y control”*.¹³³

Es importante aclarar que a pesar de las diferentes denominaciones otorgadas en esta situación de cambio de paradigma de un tipo de Estado a otro (se tiene presente que el Estado es uno, solo se refiere a la posición frente al ámbito económico y social) o como menciona el autor Roberto Dromi: “relocalización del Estado”, se considera adecuada la denominación Estado orientador, debido a que esta se menciona de manera explícita en el artículo 58 de la Constitución política del Perú del año 1993:

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

¹³³ Andrés Gómez De la Torre Barrera, “Concesión de obras públicas: ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?”, *Ius et veritas* 22 (2001): 73.

*“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el **Estado orienta** el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”* ¹³⁴**(Subrayado y resaltado nuestro)**

Del artículo anterior, se configura la nueva misión de este “nuevo tipo” de Estado con una nueva posición, objetivos y metas frente al ámbito económico y social, enfocado en orientar el desarrollo de país en todas sus aristas, así como promoviendo y regulando la inversión privada en los ámbitos económicos de grandes intereses social como los servicios públicos y la infraestructura pública, etc.

Cabe mencionar, que a diferencia de lo comúnmente se suele pensar, la gran intervención del Estado, en su momento, respondió a una necesidad imperante, producto de las características propias de la industria y diversas circunstancias exógenas, destacando las políticas y sociales. Como bien hace referencia en el libro Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico, de los autores Alfredo Dammert, Raúl García Carpio y Fiorella Molinelli: *“La imposibilidad de almacenar económicamente la electricidad, la existencia de múltiples tecnologías de generación con costos de inversión y operación diferentes, la operación en un red interconectada donde existen problemas de externalidades de red (...), economías de escala no agotadas y la existencia de costos hundidos y activos específicos llevaron a que en el pasado el sector eléctrico fuera usualmente operados por un monopolio verticalmente integrado por el Estado”*¹³⁵. De lo anterior, se infiere que, así como en un momento los propios factores internos y externos que impactaron en la industria eléctrica y llevaron a la decisión del gran intervencionismo del Estado en la economía; la desregulación y privatización posterior del sector eléctrico también respondió a una necesidad imperante, producto de una realidad caduca, que ya no respondía a los cambios del momento.

Con respecto a la anterior, se tiene las siguientes ideas:

¹³⁴ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú del año 1993

¹³⁵ Dammert; García y Molinelli, op. cit., p. 74.

- A pesar del punto de inflexión que trajo como consecuencia el cambio de paradigma de un Estado empresario (o ampliamente intervencionista) a un Estado orientador y como se mencionó en el párrafo anterior de que tal cambio respondió a circunstancias endógenas y exógenas que hicieron insostenible el paradigma de Estado empresario. En todo momento, el Estado buscó el interés general de población, lo único que varió fue el modo y procedimiento de conseguir que, como dijimos, dependió directamente de los diversos factores y circunstancias de ese entonces tanto propios de la industria como fuera de industria: una forma de alcanzar el tan ansiado interés general en el Estado empresario, muy diferente a la forma de alcanzar el interés general en el Estado orientador; pero al fin y al cabo un mismo interés general.
- Se debe aclarar que en este cambio de paradigma de un Estado empresario a Estado orientador, muchas veces se piensa que el Estado solo debe cumplir la actividad administrativa de policía, la cual hace alusión a la limitación de potestades de los administrados a fin de garantizar un orden interno y satisfacer intereses generales. Es decir que solo el Estado, en este nuevo paradigma, debe orientar y regular el orden interno mediante diferentes medios tanto como la dación de normas entre otros y solo intervenir cuando se quebrante este orden, asimismo dejar que el mercado actúe libremente, bajo sus propias reglas, teniendo como inconcebible alguna intervención del Estado en la economía a fin de garantizar el interés general; sin embargo, como se explicará más adelante, lo anterior es una concepción errónea ya que, a parte de la actividad administrativa de policía, el Estado realiza otras actividades destacando, para el presente caso: las actividades administrativas de servicio público, regulación y fomento.

3.1 Del Estado orientador y la Economía social de mercado

El nuevo paradigma de Estado orientador implica necesariamente el concepto de Economía social de mercado, el cual se ubica en el artículo 58, dentro del conjunto de artículos que versan sobre el régimen económico. Cabe destacar

que nuestra constitución no define lo que se entiende por Economía social de mercado y solo atina a dar características de manera taxativa, que se deben garantizar y asegurar en nuestro régimen económico, en una interpretación de que, si se cumplen de manera conjunta todas las características enunciadas en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, se puede hablar de un régimen de Economía social de mercado.

En términos generales, en la medida de los casos y haciendo ciertas salvedades, se puede decir que nuestro país ha cumplido con las referidas características, por lo que, nos encontramos en un régimen económico de Economía social de mercado, el cual, en todo momento, prioriza el principal objetivo y razón de ser del Estado: la promoción y aseguramiento del interés general.

En la tesis titulada: *¿Cuánto vale una concesión?* del autor René Helbert Cornejo Díaz, se menciona de manera sucinta y precisa respecto a la Economía social de mercado: *“Como es sabido, a partir de la Constitución de 1979, en el Perú se estableció una economía social de mercado, tal como lo disponía su artículo 115. El concepto de economía social de mercado, de acuerdo a las ideas desarrolladas por Müller – Armack, se basa en la libertad del mercado a fin de conseguir la equidad social”*¹³⁶ .

La idea enunciada en el párrafo anterior, hace alusión de manera directa y necesaria a dos ideas principales:

- *“(…) la actividad prestadora que se encontraba concentrada en el Estado, pasó en gran medida a manos de los privados, lo cual significó una mayor participación y fortalecimiento de la iniciativa privada en la economía.”*¹³⁷
- Consagrar de manera constitucional la plena libertad del mercado y la idea de que la actuación de los privados en el mercado y su búsqueda por ganancias llevará consecuentemente a garantizar el

¹³⁶ René Helbert Cornejo Díaz, *“¿Cuánto vale una concesión?”* (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, 2016), 30.

¹³⁷ Id.

interés general y satisfacer las necesidades de la población, situación que es enunciada, de manera taxativa, en el artículo 115 de la Constitución de 1979 al establecer que la iniciativa privada es libre. *“De ahí que, se consagraron tácitamente las libertades económicas en todas sus expresiones, dentro de un marco de economía social de mercado.”*¹³⁸

- La economía social de mercado es entendida como el punto medio entre ideas económicas liberales y socialistas.

La idea de Economía social de mercado e iniciativa privada libre es retomada nuevamente en la Constitución política de 1993, pero esta vez en el artículo 58, con lo cual se vuelve a encargar la tarea al privado de ser el principal protagonista en la promoción del interés general y el Estado un mero orientador o regulador.

Y es que, en general, la aprobación de la Constitución de 1993 representó la consagración constitucional de la promoción y fomento de la inversión privada; traspasando, de manera plena, el protagonismo del Estado a la inversión privada. A parte del concepto de economía social de mercado, se tuvo conceptos relacionados que la complementaban e enriquecían su contenido, los principales son:

- ❖ *“Principio de subsidiaridad: En el Art. 60 se consagra el Principio de Subsidiaridad, al establecer que sólo por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.*

*Bajo nuestra constitución, el gobierno de turno no puede optar por un modelo de “Estado empresario”. El mandato constitucional es claro, el Estado sólo puede desarrollar actividad empresarial de manera residual, subsidiariamente, es decir, cuando la Inversión Privada no atiende determinado sector del mercado.”*¹³⁹

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Pierre Nalvarte Salvatierra, “Evolución del Marco legal de las Concesiones y las Asociaciones Público – Privadas en el Perú”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 49 (2017): 361

❖ *“Principio de Igualdad de Condiciones. En el Art. 63 se señala que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, con la única excepción de que, si en otro país se adoptan medidas “proteccionistas” o discriminatorias, el Estado puede adoptar medidas análogas. (...)”*¹⁴⁰

❖ *“Artículo 60.- Principio de Pluralismo Económico
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (...)”*¹⁴¹

Mediante el cual, el Estado consagra la existencia de variadas formas y medios de propiedad y de empresa en el territorio nacional. Cabe mencionar que en este artículo también se enuncia el principio de subsidiaridad y el principio de igualdad entre las empresas las empresas públicas y no públicas. El primero en el segundo párrafo y el segundo en el tercer párrafo del presente artículo.

❖ *“Concesión de bienes de uso público. Finalmente, cabe señalar que en el Art. 73 se establece que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.”*¹⁴²

Dentro de este punto, el autor Pierre Salvatierra Nalvarte, en su artículo titulado “Evolución del Marco legal de las Concesiones y las Asociaciones Público – Privadas en el Perú” menciona dos puntos claves:

- *“Dentro de la categoría de bienes de uso público podemos mencionar, por ejemplo, a las carreteras, vías férreas, puertos*

¹⁴⁰ Ibid, p. 362.

¹⁴¹ Artículo 60 de la Constitución Política del Perú del año 1993

¹⁴² Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 362.

y aeropuertos, los cuales, por habilitación de la constitución pueden ser otorgados en concesión.”¹⁴³

- *“El inversionista al obtener una concesión buscará obtener un aprovechamiento económico, guiado bajo el criterio de racionalidad económica.”¹⁴⁴*

Con relación al primer punto, es necesario mencionar que muchas veces se confunde los términos bienes de dominio público con bienes de uso público, este tema será explicado más adelante; sin embargo, vamos adelantando que la diferencia entre los términos enunciados anteriormente corresponde a una relación de género – especie. Respecto al segundo punto, a manera de complementar lo explicado hasta el momento sobre el concepto de economía social de mercado, se puede decir que el inversionista al buscar realizar una actividad económica a fin de obtener un aprovechamiento económico, conlleva a la promoción y contribución del bienestar general, principalmente mediante la dación de servicios y productos: “la libertad del mercado a fin de conseguir la equidad social.” Un punto interesante respecto al concepto de la economía social de mercado y de todo modelo económico liberal es que en estos siempre el privado ha luchado por ensanchar su derecho de libertad de empresa principalmente, se puede considerar una constante “pugna” que se ha realizado entre estos y el Estado; sin embargo, es necesario tener siempre presente buscar el equilibrio tanto una situación de una plena libertad de mercado (con un irrestricto ejercicio de la libertad de empresa) y una subyugante intervención estatal en el ámbito económico.

Asimismo, se destacan otros artículos que dotan de contenido los antes mencionados, destacando principalmente: el artículo 59 sobre

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Id.

rol económico del Estado, el artículo 61 sobre la libre competencia y el artículo 62 sobre la libertad de contratar.

Como bien afirma René Helbert Cornejo Díaz, a fin de destacar este nuevo paradigma estatal de orientador, en comparación al anterior de estado empresario: *“Es así que, la continuidad de dichos conceptos en la vigente Constitución trajo como consecuencia la promulgación de normas de libre competencia, respecto a la propiedad privada, de libre contratación y de igualdad de trato en el mercado, dentro de un marco donde se combate el abuso de posición de dominio. En este contexto, el Estado reduce su actuación en el ámbito económico, convirtiéndose en orientador del desarrollo del país, a través de su rol activo de promotor de propuestas de desarrollo y ejecución por parte del sector privado (...)*¹⁴⁵

Es necesario mencionar que, para efectos de la presente tesis, la idea jurídica sobre “Concesión de bienes de uso público” será el concepto base sobre el cual se desarrollará el tema sobre la naturaleza de los contratos BOOT.

3.2 El Interés público

Dentro de este marco social, jurídico, económico y político, establecido por la constitución del año 1993. Un término jurídico de gran relevancia para el mundo del derecho, ampliamente debatido, principalmente en el ámbito doctrinario, es el de interés público, el cual es considerado por muchos como un concepto complejo y catalogado como concepto jurídico indeterminado, debido a que responderá a la situación y realidad de una sociedad determinada, la cual tendrá el deber, mediante el legislador, de dotarle de un contenido para cada caso concreto. Como su mismo nombre lo dice, deberá determinar el contenido específico para una situación concreta, tomando en consideración diversos factores como los sociales, políticos y económicos,

¹⁴⁵ Cornejo, op. cit., p. 31.

etc., puesto que el término por sí solo se presenta como ambiguo y abierto a cuantiosas interpretaciones.

Sin embargo, a pesar la amplitud del concepto, se puede ensayar una idea general sobre este: *“Se puede inferir desde un primer alcance que, tiene que ver con aquello que es de interés de la sociedad, que beneficia a la colectividad, al pueblo. Corresponde por lo tanto al Estado tenerlo como fin, puesto que, de acuerdo a nuestra Constitución política, el Estado debe promover el bienestar de la sociedad, correspondiéndole en ejercicio de sus potestades realizar acto de interés público.”*¹⁴⁶

Lo mencionado anteriormente, se puede entender como lo que una colectividad específica considera que es bueno o de su interés en un momento y lugar determinado, por lo tanto, motivo corresponde al legislador o a los órganos reguladores, los cuales también tiene función normativa, dar un contenido específico al interés público para una situación concreta.

Asimismo, resaltando la gran vinculación y necesidad que tiene el interés público con las actividades administrativas del Estado, principalmente con la de fomento, servicios públicos y de regulación, las cuales se configuran actualmente como los principales medios con los que el Estado busca alcanzar, fomentar y asegurar el interés público de una sociedad determinada. Estas actividades, en la realidad, se materializan, entre otros y para efectos del presente tema de tesis, en los servicios públicos y el otorgamiento de concesiones.

Un aspecto medular y que ha sido ampliamente debatido y analizado desde siempre es la premisa de que el Estado siempre velar por el interés público, lo cual también se ve reflejado en materia contractual en el sentido de la dualidad de que en los contratos privados se protegen intereses particulares y en los contratos administrativos se busca la satisfacción de un interés

¹⁴⁶ Ibid, p. 21.

público. Complementado con la premisa de que, en caso de conflicto entre interés privado y público, se debe priorizar este último.

Se comparte lo dicho anteriormente, sobre todo la idea de que el Estado, en todo momento, debe procurar garantizar el interés público y en caso de conflicto con el interés privado, priorizar el primero. Cabe mencionar que, se tiene presente que ambos intereses son dignos de tutela por el ordenamiento jurídico; sin embargo, en casos difícil o también denominados “hard cases”, donde garantizar el interés público se presenta como necesario y obligatorio por el bienestar de la población, se debe optar por elegir el interés público sobre el interés privado, obviamente procurando los medios jurídicos que permitan la ejecución de tal ponderación, buscando, en todo momento, la compensación e indemnización de los privados, producto de la afectación de sus intereses [intereses privados], tomando como pauta primordial: el principio de equilibrio financiero. Lo ensayo en el presente tema será explicado más adelante con más detenimiento.

Lo mencionado anteriormente, relacionado a un aspecto puntual como lo son los contratos de concesión, se da mediante la siguiente premisa: “*Se puede apreciar que los conceptos de servicio público e interés público se encuentran presentes en un contrato de concesión, ya que corresponde al Estado perseguir satisfacer el interés público, y al concesionario colaborar con la prestación de un servicio público que, inicialmente corresponde al Estado, pero que se ha visto por más conveniente, que se preste con la participación de la inversión privada (...)*”¹⁴⁷. Con lo anterior, se va adelantando la idea y características medulares del contrato de concesión, el cual será explicado posteriormente con más detenimiento; sin embargo, con la cita anterior se procura destacar de que el contrato de concesión se presenta como una de las modalidades históricas y herramientas que tiene nuestro país a fin de garantizar el interés público; modalidad que tiene como principal y esencial característica la conjunción y asociación de esfuerzos (y lo que ello implica)

¹⁴⁷ Ibid, p. 22.

entre el Estado y el inversionista privado, siendo este último un colaborador primordial y principal promotor del interés público.

Como bien afirma René Helbert Cornejo Díaz: *“El interés público es entonces determinante especialmente en los contratos de concesión, porque con la cesión de las obras y servicios que el Estado entrega en concesión se busca principalmente satisfacer necesidades de la población. Y es en virtud del interés público que el Estado puede tener prerrogativas, ya que su interés va más allá de la esfera privada, y debe cautelar que los servicios entregados en concesión se presenten efectivamente y bajo las reglas establecidas.”*¹⁴⁸

Teniendo presente todo lo explicado respecto al interés público, es importante aclarar, respecto al cambio de paradigma que se dio en los años 90 de un Estado empresario a un Estado orientador, que, a pesar de sus características propias de cada uno, ambos buscaron, en todo momento, el interés público de la población de ese tiempo y lugar, pero diferenciándose en los medios para alcanzarlo y garantizarlo. Lo cual lleva a concluir que aquel cambio de paradigma se configuro como un cambio en los medios para asegurar y garantizar el interés público: medios que, en su debido momento y por los diversos factores, fueron considerados la mejor solución de alcanzar el interés público; pero que luego, por el cambio de circunstancias y factores internos y externos, ya no eran los más adecuados, lo cual resultó en la implementación de nuevos medios para alcanzar el interés público de la sociedad de “otros tiempos”.

3.3 Las actividades administrativas

Dentro del marco de la constitución de 1993, el Estado peruano realiza diferentes actividades administrativas, las cuales se definen como *“las distintas modalidades de intervención de la Administración en la vida económica y social.”*¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ibid, p. 23.

¹⁴⁹ Isasi, op. cit., p. 159.

Cabe mencionar que las actividades administrativas son variadas y es un tema que, a nivel doctrinario, ha sido ampliamente discutido, lo cual se refleja en la gran cantidad de libros y tratados sobre el tema y en el enfoque que se da respecto a las actividades administrativas; sin embargo, tomaremos la clasificación realizada por el autor Juan Felipe Isasi Cayo en su libro titulado Tratado de derecho administrativo, quien menciona que las actividades administrativas son las siguientes: Policía administrativa, fomento, servicio público, actividad comercial e industrial del Estado, actividad reguladora, actividad arbitral, audiencia pública informativa y participativa, consulta previa.

Respecto a la clasificación enunciada en el párrafo anterior, se debe hacer las siguientes precisiones:

- Es necesario diferenciar entre actividades administrativas y función administrativa, si bien, muchas veces no se diferencian los conceptos en su utilización; claramente son dos términos jurídicos diferentes. El autor Juan Felipe Isasi Cayo menciona: *“Cuando hacemos alusión a la función administrativa, nos referimos a toda la gama de actuaciones administrativas de carácter jurídico y material, mientras que al hablar de formas de actividad administrativa nos referimos únicamente a aquellas que comportan una intervención administrativa del Estado en la vida económica y social que pueden expresarse material o jurídicamente a través de la función administrativa.”*¹⁵⁰

Lo anterior, se visualiza en que la función administrativa es el continente, donde se encuentran una variedad de actividades que realiza el Estado a través de sus poderes, entre las cuales están las actividades administrativas, siendo sus principales y esenciales características de estas últimas: 1) que implican una intervención administrativa y 2) que se enmarcan y regulan por el derecho administrativo.

¹⁵⁰ Id.

- Las actividades administrativas se encuentran en constante evolución y desarrollo y se encuentran influenciadas por los factores internos y externos, tanto a nivel nacional como internacional: crecimiento de demandas sociales, evolución tecnológica, surgimiento de conciencia ambiental. Lo anterior se complementa con el cambio de paradigma del Estado, explicado anteriormente.
- Un aspecto importante y que tiene relación con el párrafo anterior es que la evolución histórica del Estado ha venido de la mano con el surgimiento y evolución de las actividades administrativas. En un inicio, con el Estado liberal, caracterizado por su pleno abstencionismo y libertad privada, la actividad administrativa de policía fue el pilar de la sociedad y ordenamiento de ese entonces; posteriormente, con la transición al Estado social, surgieron las actividades administrativas de fomento, servicio público y actividad comercial e industrial del Estado. Asimismo, actualmente, en este Estado constitucional de derecho democrático y social, han surgiendo nuevas actividades administrativas, destacando la actividad de regulación. Lo anterior ha llevado a que autor Juan Felipe Isasi Cayo haga una distinción entre las actividades administrativas clásicas (actividades de policía, fomento y servicio público) y las actividades administrativas modernas (actividad reguladora, actividad arbitral, audiencia pública informativa y participativa, consulta previa.) Cabe mencionar que, la clasificación anterior es realizada con fines didácticos y no es algo cerrado, debido a que pueden aparecer nuevas actividades administrativas productos de los cambios sociales, económicos y políticos que constantemente ocurren, lo cual derivará, posiblemente, en nuevas actividades administrativas.

Como bien afirma el referido autor: *“La historia nos demuestra que las diversas formas de actividad administrativa han ido apareciendo en forma gradual en la medida del crecimiento de las poblaciones y de la complejidad de las necesidades públicas para cuya satisfacción se pretendió incrementar en la misma medida el intervencionismo estatal.*

El crecimiento desmesurado del Estado ocasionó, sin embargo, una hipertrofia paralizante e ineficaz que forzó a los pueblos a retornar a los esquemas iniciales del liberalismo que restringía su intervención a la policía administrativa.

*Hoy; sin embargo, ya descubiertos los mecanismos de fomento, el servicio público y la actividad comercial e industrial del Estado, es imposible volver atrás ignorando estas técnicas. El Estado liberal renovado recurre a ellas, pero las ha transformado (...)*¹⁵¹

- Una característica común de todas las actividades administrativas, la cual es connatural a su esencia y naturaleza de estas y del propio derecho administrativo es el interés público: Todas las actividades administrativas deben guiarse por alcanzar, asegurar y garantizar el interés público. En el caso de conflicto este y el interés privado, debe priorizar el primero.

3.3.1 La actividad administrativa de policía

*“La policía administrativa ha venido a definirse como un conjunto de prescripciones reglamentarias o actos administrativos en cuya virtud la Administración pública compele a los administrados a adecuar su actividad particular al interés público (...)*¹⁵²

Respecto a esta actividad administrativa, se puede afirmar que es la primera que surgió con el Estado liberal, la cual, en una concepción clásica fue concebida como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar el interés público. Con trascurrir del tiempo, se puede decir que la esencia de la actividad administrativa de policía se ha mantenido relativamente, puesto que sigue teniendo como característica que importa una obligación negativa (de no hacer) a fin de proteger y garantizar el interés público,

¹⁵¹ Ibid, p. 161.

¹⁵² Id.

manteniendo un rasgo conceptual de la concepción liberal. A lo anterior, hay que agregar, que también, la actividad de policía implica una obligación positiva (de dar o hacer), siempre con el fin de proteger y garantizar el interés público.

Adicionalmente, la actividad de policía comporta las siguientes ideas y características:

- Se tiene la opinión de que la actividad administrativa de policía es la actividad base, sobre la cual se ejercitan las demás actividades administrativas, lo anterior lleva a afirmar que esta actividad se encuentra presente en toda actividad humana.
- Se debe distinguir entre la actividad administrativa de policía y poder de policía. Al respecto el autor Juan Felipe Isasi Cayo menciona: *“Es menester distinguir entre la policía administrativa [facultad administrativa de policía] que constituye parte de la función administrativa, siempre subordinada al principio de legalidad; del poder policía en cuya virtud se crean o habilitan las policías administrativas (...). No se crean policías administrativas por acto administrativo, puesto que la Administración no goza de tales potestades que únicamente corresponde al constituyente o al legislador con una habilitación constitución expresa o implícita (...).”*¹⁵³

Lo explicado anteriormente se traduce en que toda actividad administrativa de policía implica necesariamente y de manera precedente, una habitación constitucional y legislativa, a fin de dotar de contenido jurídico a la citada actividad, lo anterior parte del principio del principio de legalidad y del principio de capacidad civil: *“En un Estado constitucional y democrático de derecho la regla es la libertad y su condicionamiento o restricción, constituye una excepción”*¹⁵⁴ y es que, la actividad administrativa de policía se

¹⁵³ Ibid, p. 163.

¹⁵⁴ Id.

traduce en una limitación a la libertad individual. Tanto el principio de legalidad como el de capacidad civil sirven de salvaguardas a la libertad individual de toda persona: el primero en el sentido de que toda actividad estatal debe estar previamente en una norma jurídica y la segunda con la idea de que nadie está obligado a hacer aquello que la ley no manda ni impedido de hacer aquello que la ley no prohíbe.

3.3.2 La actividad administrativa de fomento

“La administración pública actúa también en forma refleja sobre la voluntad de los particulares con el objeto de lograr que orienten su actividad económica y social en el sentido de interés público. A esto se denomina la actividad de fomento, en cuya virtud la Administración, en lugar de recurrir al ejercicio de su potestad coercitiva, protege o promueve mediante incentivos u otros mecanismos de atracción, la actividad deseada de parte de los administrados; para que el ciudadano – motivado por los mecanismos de fomento – al servir su interés particular sirva simultáneamente el interés público.”¹⁵⁵

Adicionalmente, la actividad administrativa de fomento comporta las siguientes características e ideas:

- La actividad administrativa de fomento implica el otorgamiento de beneficios económicos y no económicos a favor del administrado. Un punto medular en este aspecto es que la presente actividad se resume en que el interés particular que se beneficia con la actividad administrativa de fomento, contribuirá al interés público: la búsqueda del interés privado, llevará a garantizar el interés público.
- Esta actividad representa un punto intermedio entre la actividad administrativa de policía y la actividad administrativa de servicio público. Respecto a su vinculación con la actividad administrativa de

¹⁵⁵ Ibid, p. 165.

policía, la actividad de fomento surgió como respuesta al Estado liberal abstencionista, el cual se guía por una plena libertad individual, un estado mínimo y una igualdad formal. Con la actividad administrativa de fomento, se buscó garantizar la igualdad real, es decir una igualdad que tome en cuenta la realidad concreta y los factores sociales, económicos y políticos, a fin de erradicar posiciones abusivas y dominantes e diversas injusticias cometidas, este cambio de paradigma, caracterizado por un rol más activo del Estado, se tradujo en cambio del Estado liberal a un Estado social. Cabe mencionar que, esta transición se debe entender que este “nuevo Estado” agregó a la actividad administrativa que ya venía realizando, la actividad de fomento. Asimismo, como bien se hizo alusión en el capítulo anterior, se tiene la opinión de que también en este Estado social también se originó (de manera incipiente) la idea de regulación.

Y es que como bien afirma el autor Juan Felipe Isasi Cayo: *“La realidad histórica mostró que no basta la libertad individual para que el conjunto social sirva al interés público, produciéndose distorsiones sociales y económicas que dan lugar a toda suerte de vacíos e injusticias que obligaron al Estado a intervenir ejerciéndolo una función promotora que, en la actividad de la Administración, se tradujo en los mecanismos de fomento en una primera etapa, para luego trascender al campo de los servicios públicos y de la actividad comercial e industrial pública.”*¹⁵⁶

- La actividad administrativa de fomento implica mecanismos no económicos como económicos, entre de los primeros se encuentran las condecoraciones, premios o reconocimientos, que implican algún beneficio no dinerario a fin de incentivar la realización de una actividad económica que contribuya al interés público y, entre los segundos, los subsidios y subvenciones, que implica

¹⁵⁶ Ibid, p. 166.

necesariamente un desembolso o aportación directa y caracterizado por ser esencialmente de carácter económico – monetario, en beneficio de una persona privada, sin una contraprestación recíproca en condiciones de mercado, a fin de garantizar, promover e incentivar una finalidad de interés público.

Lo mencionado en el párrafo anterior con relación a nuestro tema de tesis, se evidencia en el otorgamiento de concesiones (la principal modalidad de participación privada en nuestro país), las cuales, actualmente se enmarcan en una Asociación Público – Privada (régimen especial). Asimismo, la actividad administrativa de fomento se presenta en clasificación de asociaciones público – privadas cofinanciadas, debido a que, en estas, el Estado da subvenciones a favor del privado para costear los gastos de la construcción de una infraestructura pública. En conclusión, se evidencia que el otorgamiento de concesiones y las subvenciones estatales en un régimen de Asociaciones público – privadas, forman parte de la actividad administrativa fomento. Este aspecto se desarrollado con mayor detalle más adelante.

3.3.3 La actividad administrativa de servicio público

El tema de servicio público fue explicado en el capítulo anterior; sin embargo, nunca es suficiente volver a ensayar una definición. Como bien se dijo en su debido momento, el tema de servicio público es uno, por no decir es, de los temas más controversiales y ampliamente analizados en el ámbito doctrinario, encontrándose una variedad de opiniones y posiciones respecto al tema. Este panorama de gran bibliografía y problemática sobre el servicio público se encuentra en su propio origen, lo cual se ha reflejado en nuestro país al poseer un concepto de servicio público con múltiples matices (a pesar de no tener una definición constitucional de servicio público).

Como todo concepto jurídico, el concepto de servicio público está propenso a una constante evolución, por los diferentes factores que afectan las

diferentes sociedades, destacando las influencias doctrinarias de origen europeo, que inmigran a nuestro país y son recogidos por nuestro ordenamiento jurídico: el *service public* francés, la *Daseinvorsorge* alemán y el nuevo concepto de servicio público de la Unión Europea.

Solo para destacar algunas ideas y características de la actividad administrativa de servicio público:

- El servicio público, de manera general, se caracteriza *“como la actividad de la que es titular el Estado, orientada a la prestación de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de necesidades de carácter colectivo, dentro de un régimen jurídico especial de Derecho público. Pero esta es una definición cuya validez depende del tipo de Estado al cual nos referíamos, del entorno socioeconómico y de la propia concepción que de las instituciones del Derecho Administrativo asumamos.”*¹⁵⁷

Como bien se menciona, el concepto de servicio público depende del ordenamiento jurídico donde se enmarque la definición, cada uno con sus propias características y peculiaridades; sin embargo, a pesar de las divergencias de definiciones, no se puede negar que el concepto jurídico de servicio público es y será un concepto propio del Derecho Administrativo, el cual siempre se guiará (es propio de su esencia) hacia la promoción y aseguramiento del interés público, es decir, el interés público y el concepto de servicio público son indisolubles.

- *“La competencia no es más percibida como opuesta al interés general sino, antes bien, existe una cierta conciencia de que, bajo ciertas condiciones, la inversión privada en las infraestructuras públicas y presencia de pluralidad de agentes económicos, puede ser un instrumento eficaz para garantizar*

¹⁵⁷ Ibid, p. 168.

el acceso universal a precios razonables, a los servicios públicos que satisfacen necesidades de naturaleza colectiva.”¹⁵⁸

- *“(…) sigue siendo un deber imperativo del Estado garantizar la satisfacción de las necesidades de naturaleza colectiva, de modo tal que, allí donde el servicio público resulte ineficaz, insuficiente o ausente, su intervención será obligatoria.”¹⁵⁹*

Lo anterior es un punto esencial, en el sentido de que, al ser la actividad económica considerada como servicio público de vital importancia para la sociedad y el interés público; su mala administración por parte del privado y que, consecuentemente, impactará negativamente en el interés público, que debe ser protegido y garantizado por el Estado, habilitará al Estado la posibilidad de intervenir en la actividad económica considera como servicio público, a fin de salvaguardar el interés público de la población en general. Como se dijo anteriormente, en todo momento el Estado debe asegurar, garantizar y promover el interés público, priorizando este en caso de conflicto con el interés privado. Este punto se complementa con las obligaciones de servicio público y su vinculación y obligación del concesionario y del propio Estado de cumplir con las características de las “leyes de Roland”.

3.3.4 Actividad administrativa de regulación

“El retiro del Estado de la prestación directa de los servicios público y de la actividad comercial e industrial, ha exigido, sin embargo, un nuevo modelo de intervención de la Administración en la vida económica a través de la

¹⁵⁸ Ibid, p. 176.

¹⁵⁹ Ibid, p. 178.

actividad reguladora orientada a cautelar el interés público y de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos.”¹⁶⁰

Lo enunciado en el párrafo anterior refleja la idea, según la clasificación realizada de las actividades administrativas, de que la actividad administrativa de regulación se encuentra dentro de las actividades modernas; sin embargo, agregar a lo anterior, que, según nuestra opinión, esta actividad no es tan moderna. Cabe mencionar, como se hizo, en el respectivo capítulo, de que se defiende la idea de que, con la transición del Estado liberal al Estado social, se dio, aunque de manera incipiente, una actividad de regulación, evidenciada en la nueva posición del Estado de procurar una igualdad material mediante su intervención en la realidad económica y la imposición de obligaciones jurídicas a los administrados; sin embargo, destacar que la máxima expresión de la actividad reguladora se dio con la instauración e implementación de actividades económicas, que luego fueron catalogadas como servicios públicos. En consecuencia, se puede afirmar que, con el Estado social y producto de los factores sociales, político y económicos, surgió, principalmente, la actividad administrativa de fomento y también surgió, aunque de manera incipiente, la actividad de regulación. Ambas actividades tenían y tienen como fin garantizar el interés público.

Adicionalmente, destacar algunas ideas y características de la presente actividad administrativa:

- Como se hizo alusión en el capítulo anterior, el término regulación viene de la mano con el concepto de fallas de mercado; asimismo, el citado término se clasifica en regulación económica y regulación social, dependiendo del fin y objeto de cada uno.
- La actividad administrativa de regulación y su relación con los servicios públicos se centra en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, lo cual se evidencia, por motivos didácticos, en las “leyes de Roland”.

¹⁶⁰ Ibid, p. 189.

- Esta actividad es consustancial al Estado, la cual, a su vez es encargada a los organismos reguladores, personas de derecho público, cuya esencia se centra su marca independencia y autonomía administrativa y económica frente a los intereses públicos (gobierno central, provincial y local) e intereses privados. Estos organismos, desde su creación, han cumplido un rol fundamental en la regulación de actividades económicas calificadas como servicio público, así como las actividades económicas no calificadas como servicio público, garantizando y promoviendo en todo momento el interés público de los usuarios en general. En el Perú, a comparación de la realidad europea, los organismos reguladores son “jóvenes” y su fortalecimiento se ha dado de manera paulatina mediante la emisión de posteriores normas legales; asimismo, en nuestro país existen cuatro órganos reguladores: El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, dedicado a las telecomunicaciones; El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, dedicado a las energías y minería; La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS, dedicado al servicio de saneamiento; El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, dedicado a la infraestructura de transporte. De igual manera, lo más destacable, entre otros, de estos organismos reguladores es que *“están facultados para emitir normas regulatorias en el ámbito de sus competencias y gozan de potestades fiscalizadoras y sancionadoras, siendo sus actos susceptibles de impugnación en sede administrativa y jurisdiccional.”*¹⁶¹ Para la presente tema de tesis, el cual se centra en el derecho de la electricidad, el organismo regulador competente es Osinergmin.

De igual manera, *“de acuerdo con la ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los*

¹⁶¹ Ibid, p. 190.

*“organismos reguladores” ejercen las siguientes funciones:*¹⁶² la función supervisora, función reguladora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, función de solución de controversias, función de solución de reclamos.

- Con relación a la presente actividad, es interesante hacer una breve reflexión respecto a la posición del autor Juan José Montero Pascual, en su artículo titulado La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. Al respecto, el autor parte de que la definición del término regulación se presenta muy ambigua y difusa, debido a que puede tomar numerosas connotaciones; sin embargo, a pesar de la dificultad, ensaya una propuesta definición y menciona que *“entendemos la regulación como la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de un interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración.”*¹⁶³

Lo anterior es de gran relevancia ya que el autor parte de la idea de que existen normas jurídicas que poseen enunciados de escasa concreción (conceptos jurídicos indeterminados), dejando a los organismos reguladores la tarea de dotarlos de un contenido específico (establecer qué se entiende por interés general en cada caso concreto). La acción de dotar de contenido a aquellos conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran en las normas jurídicas, a fin de sustentar una intervención administrativa mediante la imposición de obligaciones a los administrados a fin de garantizar el interés público, se conoce como discrecionalidad. Y es que el referido autor menciona que los elementos que caracterizan a la actividad administrativa de regulación son los siguientes: la

¹⁶² Id.

¹⁶³ Juan José Montero Pascual, “La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico” Revista Digital de Derecho Administrativo 12 (2014), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993/4294>, 27 (consultado el 15 de enero de 2020)

actividad de administración, alteridad, control, continuidad y discrecionalidad. Destacando y siendo la esencia de la actividad administrativa de regulación: la característica de control, la cual hace alusión a la imposición de obligaciones jurídicas y la **característica de discrecionalidad**, la cual se caracteriza por los siguientes puntos:

- ❖ La discrecionalidad se puede definir, en términos generales, como el proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de intereses particulares (ya sea individuales y colectivos) presentes en una determinada situación. En otras palabras, la discrecionalidad se entiende como el proceso de identificar cuál es el interés general para cada situación particular, lo cual, seguidamente se traducirá en obligaciones jurídicas a imponer al administrado (agentes supervisados o regulados), producto de la intervención administrativa a fin de proteger lo determinado como interés general para la situación particular.

- ❖ *“El interés general está especialmente presente en los mercados como las telecomunicaciones, la energía o los transportes, que a menudo son legalmente calificados como servicios de interés general. Nunca resulta sencillo identificar de forma precisa el contenido del interés general.”*¹⁶⁴

- ❖ *“Este ejercicio [la determinación precisa del interés general] conforma el núcleo duro del ejercicio del poder político. En nuestra tradición, se otorga la capacidad de identificar y proteger el interés general al legislador, sin necesidad de justificación sobre las decisiones al efecto más allá de vagos límites constitucionales.”*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ibid, p. 31 -32.

¹⁶⁵ Ibid, p. 32.

Cabe aclarar, respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, que, efectivamente, el proceso de determinación precisa del interés general le corresponde al legislador (poder legislativo), realidad que no es ajena a la peruana; sin embargo, tener presente que el citado proceso no se agota solamente en el poder legislativo, sino que la administración pública también tiene tal potestad normativa como, por ejemplo, en el caso de los “organismos reguladores” como el Osinergmin, el cual, en relación al citado proceso de determinación, se destacan las siguientes funciones:

- 1) La función normativa, la cual se define como “*la facultad de dictar en el ámbito y materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras 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*”¹⁶⁶, asimismo, mediante la referida función también se tipifica conductas.
- 2) La función supervisora, la cual se define como “*la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas (...)*”¹⁶⁷; mediante la citada función se supervisa a los concesionarios, respecto a sus obligaciones con los usuarios y concedente en el marco de un contrato de concesión.
- 3) La función fiscalizadora y sancionadora, la cual se define como “*la facultad de imponer sanciones dentro*

¹⁶⁶ Isasi, op. cit., p. 191.

¹⁶⁷ Ibid, p.190-191.

de su ámbito de competencia por incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales y técnicas (...)"¹⁶⁸

Respecto a las funciones antes mencionadas, se tiene la opinión y se afirma que, los organismos reguladores mediante la función normativa principalmente, complementada por la función supervisora, fiscalizadora y sancionadora, realizan este procedimiento de determinación del interés general para la situación particular, lo cual se traduce en la imposición de obligaciones a los agentes supervisados mediante la característica de control. Lo anterior lleva a afirmar que tanto la característica de control y de discrecionalidad se presenta como indisolubles e inseparables.

- ❖ *“El modelo de regulación asume el menguante protagonismo de la ley en la definición del interés general. La ley establece unos principios programáticos para centrarse después en la definición de procedimientos administrativos que garanticen la transparencia en la exposición de los diversos intereses particulares y colectivos, la definición precisa y objetiva del contenido del interés general en cada caso concreto por parte de la administración, y la imposición de las obligaciones que, de acuerdo con el juicio de proporcionalidad detalladamente motivado por la administración, deben adoptarse para la satisfacción del interés general.”*¹⁶⁹

Lo anterior es de especial relevancia, debido a que se impone la obligación de observación de los principios constitucionales y legales en este proceso de determinación precisa del interés general, los cuales no se pueden inobservar. Como bien se

¹⁶⁸ Ibid, p. 191

¹⁶⁹ Montero, op. cit., p. 32.

sabe, el ordenamiento jurídico debe ser congruente en la dación de la normativa jurídica a fin de evitar expectorar normatividad (consecuencia de última ratio), por lo que, a fin de asegurar dicha congruencia, se debe observar la normativa, así como los principios constituciones, legales y administrativos. Otro punto es la obligación de debida motivación en la determinación precisa del interés general, lo cual se traduce en la utilización de la herramienta del juicio de proporcionalidad con sus etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha a fin de realizar una correcta determinación del interés general para el caso concreto.

Asimismo, cabe destacar que, como cualquier producto jurídico, este proceso de determinación precisa del interés general está sujeto a controles políticos y judiciales.

Todo lo explicado sobre actividad administrativa de regulación y su vinculación con las características de control y discrecionalidad, se resumen con gran genialidad por el autor Juan José Montero Pascual: *“(...) el rasgo diferenciador de la actividad administrativa de regulación es la discrecionalidad de la administración para imponer obligaciones a las empresas prestadoras de servicios de interés general [como el sector eléctrico]. La regulación parte de una extraordinaria deslegalización. Las normas con rango legal se limitan definir los genéricos principios de interés general pero no pueden adelantar el concreto contenido de las obligaciones que de forma dinámica han de ir imponiéndose a los operadores en el mercado. Las administraciones reguladoras gozan de una extraordinaria discrecionalidad, de un poder verdaderamente configurador del mercado.”*¹⁷⁰ Asimismo, destacar nuevamente que, como se ha venido viendo y explicando,

¹⁷⁰ Ibid, p. 41.

toda actividad administrativa tiene como finalidad garantizar el interés público, esencia del derecho administrativo y del Estado.

3.3.5 La actividad administrativa de fomento y su relación con la figura de la concesión y las Asociaciones Público Privadas

Para el presente tema de tesis, si bien todas las actividades son igualmente importantes y muchas veces actúan de manera conjunta, la actividad de fomento es la más importante y la que más destaca.

Como se dijo anteriormente, esta actividad consiste en el otorgamiento de beneficios económicos y no económicos a favor del administrado, con lo cual se busca que el interés particular que se beneficia con la actividad administrativa de fomento, contribuya al interés público, es decir, la búsqueda del interés privado, llevará a garantizar el interés público.

Dentro de esta clasificación sobre el otorgamiento de beneficios mediante la actividad administrativa de fomento, se encuentran las concesiones y las subvenciones de asociaciones público privadas, las primeras correspondientes a beneficios no económicos y las segundas a beneficios económicos, siguiendo el criterio si conllevan a un desembolso económico – patrimonial por parte del Estado. A continuación, explicaremos brevemente sobre cada una de ellas:

3.3.5.1 La concesión

Como se explicó en su debido momento, los años 90 significaron un cambio de paradigma estatal, a través del cual se pasó de un Estado empresario a un Estado orientador; sin embargo, es necesario complementar esta idea y aclarar algunos puntos respecto a este cambio de paradigma.

Al contrario de lo que comúnmente se escucha, la constitución de 1979 ya establecía el modelo económico de economía social de mercado, con

lo cual se garantizaba, aunque de manera incipiente, la participación del privado en la economía; sin embargo, esta participación no tenía la fuerza debida, ya que, principalmente por factores políticos, en la realidad se continuaba aplicando el vetusto y caduco paradigma del Estado empresario, como se puede evidenciar en el sector eléctrico, que, recién con la promulgación y publicación de la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, se pudo concretar el cambio de paradigma al Estado orientador y garantizar efectivamente la participación del privado en este sector que estaba reservado para el Estado. Asimismo, cabe aclarar que la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento se dieron cuando ya no regía la Constitución de 1979 sino la Constitución de 1993.

Con la actual constitución, la cual mantuvo los conceptos de economía social de mercado e iniciativa privada libre, se dio efectivamente el punto de partida de la participación del privado (nacional o extranjero) en la economía y consecuentemente todos los mecanismos y decisiones de inversión privada que se han venido tomando hasta la actualidad. Dentro de esos mecanismos, considerado en nuestro país como el más importante y de mayor aplicación y desarrollo desde siempre ha sido la concesión.

Como bien afirma el autor Pierre Nalvarte Salvatierra en su artículo titulado Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público – privadas: *“Tradicionalmente, para los temas relacionados a la infraestructura y servicios públicos se utilizaban las técnicas tradicionales de contratación público. Por ejemplo, el contrato de obra (...). Así, a través del Decreto Legislativo N° 758 se da un primer intento de definir lo que son las concesiones (...)”*¹⁷¹

Y es que, en su debido momento, las concesiones representaron una novedad y un quiebre, respecto a las técnicas de contratación público, representada, principalmente a través de los contratos de obra y servicio,

¹⁷¹ Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 323.

los cuales suscribía y celebraba el Estado con un privado a fin de satisfacer las necesidades del primero.

La constitución de 1993 trajo como consecuencia la dación de un conjunto de normas que concretaban, promovían y garantizaban la participación del privado en las actividades económicas y principalmente en actividades que tradicionalmente estaban reservadas para el estado como las telecomunicaciones y electricidad: *“Es así que, a partir de la expedición del conjunto de normas para la promoción de la inversión privada, a principios de los noventa, se diseña un plan de privatizaciones orientado a ver y otorgar concesiones en más de 200 empresas estatales, empleando la modalidad de subasta pública”*¹⁷². Respecto al tema de la privatización, se debe aclarar que, al menos en el caso de Perú, no se dio una privatización propiamente dicha, que, por teoría, significa el traspaso de la titularidad del Estado al privado, sino que este proceso se efectuó solamente mediante la “transferencia al privado de las participaciones patrimoniales”

Es importante citar la aclaración realizada por las autoras Angie Umezawa y María Elena Reaño en su artículo Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias: *“Ahora bien, aun cuando la privatización (...) comprendía únicamente la vena de acciones del Estado a favor de un inversionista privado, lo cual no implica un mayor grado de colaboración entre los sectores público y privado; debe resaltarse que, en este caso, la formalización del proceso de privatización se realizó a través de la negociación y posterior suscripción de los contratos de concesión para la explotación comercial de estas empresas. Dentro de este esquema, aun cuando el Estado se reserva la titularidad de la actividad (...), se transfiere su gestión a un operador privado, utilizando para ello la figura de la concesión como eje*

¹⁷² Jorge Fernández Baca, editor, Experiencias de Regulación en el Perú (Lima: Centro de investigación Universidad Pacífico, 2004), 45.

*contractual bajo el cual se regula la relación entre Estado y el inversionista privado.*¹⁷³

Las primeras concesiones se dieron en el ámbito del sector transporte, asimismo destacar el proceso de privatización de las empresas de telefonía estatal (CPTSA Y ENTEL Perú), considerado como el primer hito en el desarrollo de concesiones y los primeros pasos de las Asociaciones Público – Privadas, debido a las complejas relaciones que se dieron entre el Estado y privado (concesionario).

En el caso del sector eléctrico, se destaca la desintegración vertical de Electroperú y Electrolima en las actividades de generación, transmisión y distribución (esta incluía la comercialización), lo cual resultó en el otorgamiento de concesiones definitivas para cada una de las citadas actividades. Asimismo, resaltar la suscripción y celebración del contrato BOOT del Sistema Privado de Transmisión Mantaro – Socabaya 220 Kv en el año 1998 con Consorcio Transmantaro, contrato que representó la creación del SEIN. De igual manera, la privatización de las empresas estatales Etecen Y Etesur, dedicadas a la actividad de transmisión; con la privatización de las citadas empresas, toda la transmisión principal del país pasó al sector privado.

En general, se puede afirmar que el concepto de concesión se fundó en dos situaciones:

- *“El otorgamiento de Concesiones por parte de los Estados ha sido considerado en los últimos años un tema transcendental por todos aquellos países (...), se encuentran en una permanente búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento que posibiliten su crecimiento y desarrollo.”*¹⁷⁴

Y es que, lo anterior es un hecho constante, debido a que los Estados se encuentran siempre en la búsqueda de fuentes de

¹⁷³ Angie Umezawa y María Elena Reaño, “Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias”. Revista de derecho administrativo PUCP 13 (2013): 55

¹⁷⁴ Gómez, op. cit., p. 72.

financiamiento, encontrándolas en el inversionista privado, el cual se convertirá en un colaborador del Estado en el cumplimiento de sus necesidades, fines y, consecuentemente, en la promoción y aseguramiento del interés público. *“En este contexto, el otorgamiento de concesiones, además de permitir la construcción de nuevas obras, la culminación de las iniciadas y el mantenimiento adecuado de las existentes, constituye un medio o mecanismos adicional para alcanzar el objetivo antes referido.”*¹⁷⁵

- *“El Estado es Poder público o, como sería más correcto afirmar, es una forma de concreción histórica del Poder público, especialmente cuando nos referimos al Estado constitucional. Es Poder, y, por lo tanto, se justifica en el ejercicio de potestades, que implican la regulación de conductas, el establecimiento de penas, la solución de controversias y la defensa externa de la comunidad (...). El papel del Poder público no es únicamente dictar normas y asegurar su cumplimiento, sino también garantizar que ciertas necesidades sean cubiertas. (...). Así, el Estado debe garantizar que los servicios esenciales sean brindados, preocupándose por las condiciones de vida de sus ciudadanos, que generalmente requieren la construcción y mantenimiento de una serie de infraestructuras, que a veces tienen un costo alto.”*¹⁷⁶

Con lo anterior queremos evidenciar que la figura jurídica de concesión tiene como esencia la búsqueda de interés público, inclusive sobre el interés privado, el cual es el motor de motivación del privado para suscribir y celebrar un contrato de concesión. Asimismo, se destaca que, mediante la concesión, el inversionista privado pasa a ser un activo colaborador estatal a fin de garantizar el interés público y las necesidades y fines del Estado, dentro de

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ Victor Sebastián Baca Oneto y Eduardo Ortega Sarco, “Los esquemas contractuales de colaboración público – privada y su recepción por el Derecho Peruano”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 13 (2013): 35.

los cuales se encuentran el mantenimiento de los servicios público y la construcción de infraestructura pública, los cuales, muchas veces implican grandes inversiones y riesgos. Aquí es donde entra la concesión, mecanismo mediante el cual se encargan las inversiones necesarias y se traspasan los riesgos al privado, recuperando este, posteriormente su inversión mediante un cobro o peaje a los usuarios del servicio o infraestructura pública, características que los diferencian de los contratos de gestión patrimonial o los típicos de la contratación pública: el contrato de obra y el contrato de servicio.

3.3.5.1.1 Definición de Concesión

No se puede iniciar a explicar sobre la concesión, sin ante todo explicar sobre su definición. Se considera pertinente, ante todo, adelantar la idea de que el Estado, entre los diferentes contratos que celebra y en los que participa, se encuentran los contratos de concesión. La idea anterior evidencia la gran importancia de este mecanismo que utiliza el Estado para cumplir con sus necesidades propias, fines; siempre buscando garantizar y asegurar el interés público mediante la satisfacción de las necesidades primordiales de la población.

Lo anterior es mencionado por el autor Richard J. Martín Tirado, quien de manera didáctica esboza una clasificación sobre los contratos que celebra la Administración pública: *“Es posible afirmar que en el Perú, la Administración Pública celebra distintos tipos de contratos, siendo los más importantes por su relevancia en el desarrollo de las actividades estatales y su tratamiento a nivel legal: (i) Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras; (ii) Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura; (iii) Los contratos – ley o*

convenios de estabilidad jurídica; (iv) Los contratos para la disposición de bienes del Estado; (v) Los convenios interadministrativos; (vi) los convenios financieros del Estado; (vii) Los contratos de personal.”¹⁷⁷

Respecto a las categorías de contratos que celebra la Administración pública, a parte de las concesiones, más adelante, nos centraremos brevemente en los contratos que el mencionado autor denomina “Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras” como lo son los contratos de obra y servicio, los cuales, a nivel doctrinario han sido ampliamente comparados con las concesiones de obra pública y servicio público.

En cuanto a la figura de la concesión, esta se ha desarrollado ampliamente de manera doctrinaria, este panorama ha llevado a adaptaciones y peculiaridades dependiendo del país y sector económico del que se ha hablado. La figura de la concesión proviene del latín *concessio*, relacionado a las acciones de otorgar o entregar. Asimismo, en sus orígenes “*fue entendido como un acto propio del soberano, del Príncipe, el cual otorgaba por medio de ella terrenos de la Corona u otros privilegios o gracias en recompensa por servicios prestados a la Autoridad por el súbdito beneficiario.*”¹⁷⁸

En general, se ha tratado amplia y de forma variada sobre la definición y orígenes de la concesión; sin embargo, a pesar del gran tratamiento doctrinario que se ha dado, nos quedamos con la definición dada por el autor Diego Zegarra Valdivia en el artículo titulado “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”:

“(…) la concesión administrativa, no es más que una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, representado por una

¹⁷⁷ Richard J. Martín Tirado, “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo* 13 (2013): 353

¹⁷⁸ José Fernando Vargas Fritz, “La Concesión de Obras públicas”, *Revista “La Ley”* (Santiago – Chile, 1997): 20

*entidad administrativa designada por ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión.*¹⁷⁹

Definición que, opinión propia, engloba las principales características de toda concesión: 1) Relación jurídica entre el Estado, en la figura de concedente y un privado, en la figura de concesionario (que puede ser una persona natural o jurídica), 2) el otorgamiento por un determinado tiempo de la gestión y administración de un servicio público (en el caso de concesión de servicio público) u obra pública de infraestructura (en el caso de concesión de obra pública), 3) el aprovechamiento económico del servicio público o de la obra de infraestructura por parte del concesionario, generalmente mediante el cobro a los usuarios del servicio público 4) la conservación por parte del Estado de su titularidad sobre el bien dado en concesión y 5) Al ser un contrato administrativo, al menos en el ámbito doctrinario, la concesión se regirá por un régimen jurídico especial que habilitará las capacidades del *ius variandi* y la cláusula exorbitante. Este aspecto será tratado con mayor detenimiento posteriormente.

Respecto a los puntos 3) se va haciendo la aclaración que, tanto en la concesión de servicio público como en la concesión de obra pública, el aprovechamiento económico, que se traduce en la recuperación de las inversiones realizadas por el concesionario y en la obtención de ganancias, se da mediante el servicio público, aclarando que, en el caso de concesión de obra pública, si bien se

¹⁷⁹ Diego Zegarra Valdivia, "Concesión Administrativa e Iniciativa Privada", *Themis* 39 (1999): 102

centra en la construcción de una obra pública de infraestructura, esta tendrá como fin su utilización en un servicio público.

De igual destacar y complementar, respecto a su definición, que siempre mediante concesión se dará la gestión y administración (nunca la propiedad) de un bien o actividad que estuvo reservado exclusivamente para el Estado, pero que mediante el mecanismo de concesión dicha operación y administración es trasladada al privado.

3.3.5.1.2 Características de la concesión

Al menos nivel doctrinario, la figura de la concesión posee las siguientes características:

- i) *“Tiene naturaleza compleja, pues asume un contenido contractual y contenido reglamentario;”*¹⁸⁰
- ii) *“Es intuito personae;”*¹⁸¹
- iii) *“Es constitutiva de derechos y obligaciones para ambas partes (el Estado y particular);”*¹⁸²
- iv) *“Tiene un régimen jurídico particular, con inclusión de cláusulas exorbitantes a favor del Estado (lus variandi), derecho de reversión intervención de la concesión y;”*¹⁸³
- v) *“No supone la transferencia de activos e infraestructura, solo se cede su explotación y uso por un tiempo determinado, una vez terminada o caduca la concesión, los bienes*

¹⁸⁰ Cornejo, op. cit., p. 11.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Id.

¹⁸³ Id.

*integrantes son devueltos al Estado. – temporalidad de la concesión;*¹⁸⁴

vi) *“La concesión se sustenta en un interés público de carácter predominantemente económico;*¹⁸⁵

vii) *“El contenido esencial de la concesión está en que en ella prevalece el interés colectivo;*¹⁸⁶

En cuanto a los puntos antes mencionados es necesario complementarlos con las siguientes ideas:

- Respecto al punto iv) y a los mencionado sobre las cláusulas exorbitantes a favor del Estado: *“la Administración conserva una serie de potestades y derechos, de acuerdo con lo cual asume: el poder de control, que implica velar por el correcto ejercicio de la gestión del concesionario, a través de sus facultades de policía general y de seguridad y salubridad pública, entre otras; la intervención económica del servicio, según la cual todo el aspecto económico del servicio aparece regulado por la Autoridad concedente, la cual tiene facultades para establecer tarifas, establecer una limitación a los ingresos del concesionario, otorgar cofinanciamiento y garantías, etc. En general, como premisa básica, en todo el desarrollo económico de la concesión el particular no tiene libertad, sino que se encuentra subordinado a la reglamentación de la Administración; el poder de reglamentación y modificación, el mismo que se traduce en que le*

¹⁸⁴ Id.

¹⁸⁵ Zegarra, op. cit., p. 104.

¹⁸⁶ Id.

corresponde a la Administración establecer el marco reglamentario en el cual el concesionario desarrolle su gestión, estando el Estado facultado para modificar las condiciones contractuales de la concesión en cualquier momento por razones superiores de interés general; el poder de sustitución o intervención, en virtud del cual la Administración puede, en circunstancias excepcionales, cuando el interés general así lo requiera y de forma temporal, tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión, en cuyo caso lo hará por cuenta y riesgo del concesionario.”¹⁸⁷

- Respecto al punto ii), este se refiere que el concesionario elegido, ha resultado de un procedimiento basado en la competencia entre postores y que va a poder cumplir adecuadamente con las obligaciones impuestas en la concesión, es decir, el concesionario elegido será, en teoría, el que mejor va a soportar las cargas y obligaciones impuestas por el Estado al otorgar la concesión. Asimismo, este punto hace alusión a que la concesión no se puede transferir a otra persona (natural o jurídica). Este es un punto interesante en relación al sector eléctrico, debido a que, en este sector, se permite la transferencia de concesiones mediante contratos civiles de cesión de posición contractual, con la previa aprobación de la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas. Esta posibilidad de transferir concesiones promueve la especulación de los concesionarios, lo cual atenta contra uno los fines esenciales y primordiales de la

¹⁸⁷ Ibid, p. 105.

concesión: asegurar el interés público mediante el cumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario, ya sea: la correcta administración y operación del servicio público o el cumplimiento de la construcción de la obra pública de infraestructura.

- Respecto al punto v), este se refiere a la temporalidad de concesión, el cual, como su mismo nombre lo dice, hace alusión a que toda concesión debe ser a plazo determinado, teniendo presente que el plazo de toda concesión debe ser el adecuado para que el concesionario pueda recuperar su inversión y obtener ganancias. Este es un punto interesante en relación al sector eléctrico, debido a que, en este sector, los contratos de concesión definitiva son a plazo indeterminado y los contratos BOOT celebrados son a plazo determinado (generalmente a 30 (treinta) años), generándose una situación peculiar que será descrita brevemente más adelante.

3.3.5.1.3 Clasificaciones realizadas sobre concesiones

Dentro del tema sobre las clasificaciones que se han realizado respecto al tema de concesiones, explicaremos las principales:

a) La “tradicional” clasificación bipartita

Respecto a esta tradicional clasificación, se puede decir que toma en cuenta la importancia, orden y prioridad del objeto principal a cargo del concesionario, respecto al bien dado en concesión, dependiendo si es una concesión de obra pública o una concesión de servicio público.

a.1) La concesión de obra pública

Como se ha venido mencionado, es posible afirmar que la figura de concesión es una de la que más se ha analizado y escrito a nivel doctrinario tanto a nivel del continente americano como en el europeo. Son numerosas las clasificaciones realizadas y explicadas por los autores, las cuales han contribuido a aclarar y sistematizar el tema; sin embargo, también ha contribuido, muchas veces, a distorsionar el tema, realidad que se evidencia principalmente cuando se importan conceptos jurídicos de origen anglosajón o europeo.

En cuanto a la definición de concesión de obra pública, se sigue la ensayada por Andrés Gómez de la Torres en el artículo titulado Concesión de obra públicas: ¿promoviendo la inversión privada en el Perú?, debido a que considera todas sus principales características: *“La concesión de obra pública representa la existencia de un acto jurídico de naturaleza compleja que tiene su origen en un acto administrativo y que, posteriormente, implica la suscripción de un contrato por el cual un concesionario asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de un obra pública, recibiendo en calidad de contraprestación el derecho de explotarla mediante un cobro determinado que será efectuado a los usuarios de dicha obra por intermedio de una tarifa o peaje.”*¹⁸⁸

Teniendo presente las características comunes de toda concesión, las cuales se explicaron y

¹⁸⁸ Gómez, op. cit., p. 80.

enunciaron, se debe destacar las siguientes características y aclaraciones:

- ❖ El otorgamiento de una concesión no significa el traspaso de la titularidad al privado del bien concesionado, como se dijo anteriormente, la titularidad seguirá siendo del Estado. Es punto se ha visto ampliamente tergiversado y más cuando se explica respecto a las acciones de “privatización”, realizadas por el Estado peruano en su debido momento. Al respecto, se debe entender que en nuestro país no se realizó un proceso de privatización propiamente dicha, la cual implica, necesariamente el traspaso de la propiedad (y, consecuentemente la titularidad) al privado, asimismo, una de las características de las concesiones es, como se dicho, que el bien dado en concesión sigue siendo de titularidad del Estado, es decir, al otorgar una concesión solo se está dando al privado la operación, administración o construcción (para su futuro aprovechamiento) respecto al bien concesionado. Teniendo presente lo explicado, si bien todo proceso de “privatización” trajo consigo el otorgamiento de una concesión, se debe destacar que privatización y concesión son dos conceptos diferenciados, haciendo la aclaración que el primero, significó en nuestro país, solo la venta de acciones de las empresas estatales a favor del privado mas no propiamente dicho una venta que implica el traspaso de la propiedad (y titularidad) al privado. En consecuencia, teniendo presente la diferencia doctrinaria y teórica entre privatización y concesión, representada por el criterio de titularidad, y la confusión de ambos conceptos en nuestro país, se puede afirmar que *“la entrega de*

concesiones en nuestro sistema sólo implica de manera relativa una forma de privatización en la medida que el concesionario no recibe la propiedad de los bienes que le son concedidos. Por ello, podríamos hablar de una privatización de la gestión (...).”¹⁸⁹

La confusión en nuestro país se traduce en que privatización significó solo venta de acciones a favor del privado (el Estado seguía teniendo la titularidad), cuando a nivel doctrinario y teórico se entiende como una privatización de la propiedad (el privado tendría la titularidad), evidenciando una clara confusión entre concesión y privatización, cuando la primera solo representa una “privatización de la gestión” mas no de la propiedad.

- ❖ El cobro a los usuarios por el uso del bien concedido, este punto, se va adelantando, es la característica clave para distinguir a los contratos de gestión patrimonial (contrato de obra y servicio) de los contratos de concesión. Y es que toda concesión implica, necesariamente, un cobro a los usuarios del bien dado en concesión.

- ❖ Si bien en la definición de concesión de obra pública, solo se hace alusión de que el concesionario asume la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de una obra pública.
Cabe mencionar que, la construcción de la obra pública, se encuentra dentro de obligación de ejecución.

¹⁸⁹ Ibid, p. 74.

a.2) La concesión de servicio público

Tomando en cuenta la definición de Andrés Gómez de la Torres sobre concesión de obra pública, se puede afirmar que la concesión de servicio público es aquella que implica la suscripción de un contrato por el cual un concesionario asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de un servicio público, recibiendo en calidad de contraprestación el derecho de explotarla mediante un cobro determinado que será efectuado a los usuarios de dicha obra por intermedio de una tarifa o peaje. Cabe mencionar que, a pesar de las facultades y obligaciones mencionadas, encargadas al concesionario con el otorgamiento de la concesión de servicio público; esta concesión tiene como fin primordial la prestación adecuada, en términos de calidad, de un servicio público (para lo cual se hacen necesarias las facultades y obligaciones de la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento)

a.3) Diferencias entre concesión de obra pública y servicio público

Cabe mencionar que ambas concesiones son muy similares; sin embargo, a nivel doctrinario, su diferencia se da mediante el criterio de importancia, orden y prioridad del objeto principal a cargo del concesionario, respecto al bien dado en concesión, dependiendo si es una concesión de obra pública o una concesión de servicio público. Al respecto la diferencia principal se centra se presenta en que “(...) *si el objeto principal a cargo del concesionario es la*

gestión de un servicio o la explotación del mismo, estaremos frente a una concesión de servicio públicos. Por el contrato si el objeto principal a cargo de éste es la construcción o reparación de una obra pública, estaremos frente a una concesión de obra pública, estemos frente a una concesión de obra dicha naturaleza (...).¹⁹⁰

Respecto a lo anterior es necesario mencionar algunas aclaraciones y precisiones:

- La concesión de obra pública, en la realidad, se centra esencialmente la construcción (además de la reparación, conservación o mantenimiento) de una obra pública, definida esta como cualquier obra artificial - material, producto del esfuerzo y trabajo humano, generalmente de gran envergadura y que implica una gran inversión por parte del Estado, por lo cual se utiliza el mecanismo de concesión como mecanismo de búsqueda de financiamiento para su realización. El adjetivo de “pública” y la característica propia de la concesión de obra pública, respecto al cobro a los usuarios de la obra pública a fin de que el privado recupere su inversión y obtenga ganancias, evidencia que el citado adjetivo hace alusión a que se refiere a la idea de que la obra construida será necesariamente de dominio público y estará dispuesta para el uso de toda la colectividad (usuarios) y tendrá como fin garantizar el interés público.

En este sentido, se debe tener presente que no toda obra pública es considerado un servicio público. Al

¹⁹⁰ Ibid, p. 81.

respecto nuestro país, respecto al servicio público, decide por ley que actividad económica será considerado servicio público. Cabe mencionar que lo anterior no se debe entender como el tradicional concepto de “publicatio”, mecanismo mediante el cual el Estado hacia una reserva legal respecto a una actividad económica considerada como servicio público, sino, como bien se sabe, los privados tienen la prioridad en la participación de servicios público (se descartó la idea de Estado empresario y el único habilitado para administrar los servicios públicos)

Sin embargo, también ocurre la situación de que la obra pública a realizar es también considerada de servicio público, situación donde la similitud con la concesión de servicio público se acentúa mucho más, para lo cual, a fin de diferenciar ambos tipos de concesión se debe aplicar el mencionado criterio de importancia, orden y prioridad del objeto principal a cargo del concesionario, respecto al bien dado en concesión. Como acertadamente afirma el autor Andrés Gómez de la Torre, buscando materializar el criterio antes referido: *“(...) resulta válido afirmar que siempre que se requiera como obligación principal una acción o actividad por parte del concesionario – aunque para ellos se requiera previamente la construcción, rehabilitación o mantenimiento de una obra, como obligación accesoria – estaremos frente a una concesión de servicios públicos. Por el contrario, si la obligación principal a cargo del concesionario consiste en la realización de una obra o trabajo público, estaremos frente a una concesión de obra, en la cual el objeto será la construcción, mantenimiento o mejora de la misma, en tanto que el servicio*

posterior que se tenga que prestar, tendrá carácter accesorio."¹⁹¹

- A pesar del criterio de la prioridad del objeto principal a cargo de la concesión y las características de cada una, tanto en la concesión de obra pública como en la concesión de servicio público, el privado asume la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento, lo que no se debe interpretar como que solo en la concesión de obra pública solo se puede construir "de cero" una obra pública y en la concesión de servicio público, el concesionario construye sobre una obra que ya existe a fin de mejorarla y no puede construir "de cero". En un sentido práctico, tanto en la concesión de obra pública como de servicio público, si la situación lo amerita, el privado se puede construir "de cero" (ejecución) o construir sobre lo ya construido a fin de repararlo, complementado con la conservación o mantenimiento.
- Otra diferencia, siguiendo un carácter económico y al autor Andrés Gómez Torres Barrera, se centra en la naturaleza del cobro realizado a los usuarios, dependiendo si es una concesión de obra pública o de servicio público. En este sentido, generalmente, una concesión de obra pública implica, en un primer momento, la construcción de una obra pública "desde cero", la cual, dependiendo de la circunstancia, puede ser parte de una actividad considerada servicio público; sin embargo, como se hizo referencia, siempre toda concesión de obra implicará, luego de la

¹⁹¹ Ibid, p. 80.

construcción de la obra, su administración y operación (independiente si la obra va ser parte de una actividad considerada como servicio público). En este sentido, en el caso de la concesión de obra pública, se puede afirmar que el cobro realizado a los usuarios de la obra pública tendrá la naturaleza de contraprestación por la obra o trabajo realizado. En cambio, la concesión de servicio público, al implicar, generalmente, el mantenimiento u operación y prestación de un servicio público (independiente que también se deba construir o no), el cobro a los usuarios tendrá la naturaleza de la contraprestación por el mantenimiento y operación adecuados (lo cual también puede incluir alguna construcción de alguna obra) a fin de prestar en buenos términos de calidad el servicio público a los usuarios de este.

b) La clasificación según el Decreto Legislativo N° 758

A pesar de que anteriormente ya habían normas que recogían la figura de concesión, aunque, desde una visión normativa, la desarrollan de manera muy incipiente y somera (solo daban fórmulas generales sobre su existencia en el ordenamiento legal), como bien afirma Pierre Nalvarte Salvatierra en su artículo titulado Evolución del Marco Legal de las Concesiones y las Asociaciones Público – Privadas en el Perú y con cuya opinión se concuerda: el *“Decreto Legislativo N° 758 – Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos, fue el “primer intento”, desde la década de los 90, para impulsar un régimen de entrega en concesiones en materia de infraestructura pública*

y/o de servicios”¹⁹² y es que en esta norma legal, se dio el primer gran intento de un mayor desarrollo normativo respecto a la figura de la concesión, la cual, desde siempre ha sido el mecanismo más utilizado, piedra angular y principal vehículo para permitir la participación privada y su correspondiente colaboración con Estado en las actividades económicas, teniendo como bien último la promoción y aseguramiento (muy aparte de la motivación económica por parte del inversionista privado en recuperar y obtener ganancias) del interés público.

De esta norma legal se destaca su desarrollo en los siguientes aspectos: concesiones de obra de servicios públicos, concepto de concesión, una clasificación de las concesiones y el precedente de las iniciativas privadas.

En cuanto al segundo aspecto, se puede resaltar que en su artículo 5 “define a la concesión como un acto administrativo”, siguiendo las características doctrinarias de la concesión y, consecuentemente, la teoría de acto administrativo unilateral, respecto a la naturaleza jurídica de la concesión. Asimismo, en *“dicho artículo se establece también que los contratos de concesión podían contener cláusulas de indemnización para el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión, pudiendo ser garantizadas las cláusulas indemnizatorias mediante contratos con fuerza de ley.”*¹⁹³

Respecto al tercer aspecto, se estableció la clasificación de las concesiones en onerosas, gratuitas, cofinanciadas y mixtas, las cuales serán explicadas más adelante.

Respecto al cuarto aspecto, en el artículo 11 *“se introdujo de manera tímida el que sería un precedente de las iniciativas*

¹⁹² Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 363

¹⁹³ Id.

*privadas (unsolicited proposals) al establecer que las personas jurídicas podían presentar iniciativas de proyectos para una concesión, pudiendo el organismo concedente optar por llevar a cabo una licitación o concurso (...)*¹⁹⁴

Cabe mencionar, como punto aparte, que, hasta este entonces, no se había previsto una institución especializada (técnica y jurídica) que se encargue de la promoción de concesiones y de las inversiones privadas, por lo cual, los encargados de la promoción y otorgamiento, al menos en proyectos de ámbito nacional, eran los ministerios del sector correspondiente donde se planeaba realizar la concesión. Fue luego con el Decreto Legislativo N° 839 – Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, la cual fue publicada luego de la Constitución de 1993, con la cual se dispuso la creación de PROMCEPRI como el organismo encargado de la promoción de la inversión privada (concesiones) en el Perú y que sería, posteriormente, PROINVERSIÓN. Asimismo, destacar que el Decreto Legislativo N° 758 fue publicado con la Constitución de 1979, razón, por la cual se cree, que no tuvo el impacto debido en materia de inversiones privadas.

Volviendo al primer intento de clasificación realizada por el Decreto Legislativo N° 758, los autores Javier Tovar Gil y Verónica Ferrero Díaz en su artículo titulado “Contrato de Obra Pública o Concesión: Dilema o Espejismo”, definen cada una de las cuatro modalidades de concesión, siguiendo la clasificación del Decreto Legislativo N° 758. En este sentido mencionan que la “*Ley de Concesiones [Decreto Legislativo N° 758] prevé cuatro modalidades bajo las cuales se puede otorgar una concesión, que son las siguientes:*

¹⁹⁴ Id.

- i) *A título oneroso, si se impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor de la entidad concedente.*
- ii) *A título gratuito*
- iii) *Cofinanciada por la entidad concedente*
- iv) *Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades señaladas.*

Las alternativas citadas cubren dos conceptos diferentes. Un primer concepto se refiere a si el Estado recibirá o no una contraprestación por el otorgamiento de la concesión. En esta línea, será a título oneroso si el concesionario se obliga, entre sus obligaciones del contrato de concesión, a pagar alguna retribución al Estado por haber recibido la concesión. En esta misma línea, la concesión será gratuita si el concesionario no se obliga a pagar ninguna contribución al Estado como retribución por la concesión”¹⁹⁵. Las concesiones onerosas son típicas en el sector transporte.

“Un segundo concepto, paralelo al anterior, se enfoca en quién financia el proyecto. Al respecto, una primera alternativa es que la inversión requerida para la ejecución de la obra de infraestructura y la explotación del servicio relacionado a ella, sea completamente cubierta por el concesionario y luego sea recuperada por éste con el producto de la explotación. Esta modalidad constituye el esquema de financiamiento típico de una concesión, sea onerosa o gratuita. Una segunda alternativa consiste en que el Estado participe en el financiamiento de la obra de infraestructura y/o la explotación de la obra o el servicio. En este caso estamos ante una concesión cofinanciada también conocida como la Asociación

¹⁹⁵ Javier Tovar Gil y Verónica Ferrero Díaz, “Contrato de Obra Pública o Concesión: Dilema o Espejismo”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 26 (2006): 153

*Público Privada o Public Private Partnership*¹⁹⁶. Cabe mencionar, siguiendo el criterio de los mencionados autores, que las concesiones cofinanciadas son una modalidad aplicada para proyectos no rentables para el privado, por lo que la participación del Estado en el financiamiento de la obra, se presenta como necesaria, a fin de “sacar adelante” un proyecto que garantizará y promoverá el interés público, pero que, sin embargo, no es tan rentable para el concesionario.

Asimismo, cabe aclarar que no se comparte lo mencionado sobre la igualdad conceptual entre una concesión cofinanciada y una Asociación Público – Privadas. Como se explicará más adelante, la concesión (de todo tipo) es una de las modalidades de las Asociaciones Público privadas, por lo que decir que solo las concesiones cofinanciadas son conocidas como Asociaciones Público – Privadas, es una idea errónea. De igual manera, aclarar que toda concesión, en su esencia, implica una colaboración entre el inversionista privado y el Estado (dejando de lado, la intensidad de la colaboración), por lo que con esta idea se reafirma la posición de que toda concesión es necesariamente una Asociación público privada.

c) La clasificación propuesta por Jorge Danos

Antes de explicar la presente clasificación, la cual surge de la constitución política de 1993, mencionar, ante todo, respecto al tratamiento jurídico de la concesión en el Perú que se caracteriza por ser muy dispersa, en sentido de que a pesar de que la figura se encuentra enunciada constitucionalmente, cada actividad económica donde existe la figura de la concesión ha emitido normativa específica, la cual ha contribuido a la generación de situaciones peculiares, que han

¹⁹⁶ Id.

ido en “diferente sintonía” con el tratamiento doctrinario de la concesión. Es por eso que, al menos en nuestro país, hablar de la figura de la concesión dependerá del sector al cual se hará referencia, no existiendo una uniformidad.

La clasificación ensayada por el jurista Jorge Danos, sobre la base de los artículos 66 y 73 de la constitución política del Perú, clasifica las concesiones en: concesiones de recursos naturales, concesiones de servicios públicos y concesiones de obras públicas de infraestructura.

Respecto a esta clasificación es necesario mencionar que cada categoría tiene sus propias peculiaridades, surgidas por la emisión de leyes sectoriales, como, por ejemplo, en el caso del sector eléctrico, el cual se guía por la Ley de Concesiones Eléctricas, donde, entre sus más destacadas peculiaridades, es que se distingue a la concesión definitiva del contrato (de concesión) BOOT, el primero concebido como un contrato de naturaleza mixta (administrativa y civil) y sujeto a un plazo indeterminado y el segundo concebido también como un contrato de naturaleza mixta, pero sujeto a un plazo determinado; asimismo, se distingue entre autorización y concesión definitiva, el primero otorgado para la generación termoeléctrica y la segunda para las demás sub – actividades (generación, que no sea generación termoeléctrica, transmisión y distribución). De igual manera, destacar que en este sector las concesiones definitivas pueden “venderse” y traspasarse de un privado a otro mediante la celebración de un contrato de cesión de posición contractual, autorizado por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, lo cual abre la posición de especulaciones y que el nuevo privado a quien se ha cedido la concesión definitiva no sea el más idóneo para asumir las obligaciones y derechos que implica un otorgamiento de concesión, lo anterior claramente atenta contra las características doctrinarias sobre las cuales

se concibe una concesión, la cual tiene como esencia y finalidad, en todo momento, el aseguramiento y promoción del interés público.

De igual manera, destacar que, las concesiones de obras públicas, en su debido momento, fueron reguladas mediante el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos o también llamado TUO CONCESIONES, aprobado mediante Decreto Supremo N°059-96-PCM. En este decreto supremo *“se unificó todas normas con rango de ley que hasta la fecha regulaban la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, principalmente los decretos legislativos N° 758 y N° 839.”*¹⁹⁷Cabe mencionar que, actualmente, el TUO CONCESIONES ha sido derogado por el decreto legislativo N° 1012 y este a su vez por decreto legislativo N° 1224 y este a su vez por el decreto legislativo N° 1362; tanto el decreto legislativo N° 1012, el decreto legislativo N° 1224 como el decreto legislativo N° 1362 han sido, en cuanto a los dos primeros, y es, en cuanto al último, marco legislativo sobre Asociaciones Público Privadas.

3.3.5.1.4 Naturaleza jurídica de la concesión

En cuanto a la naturaleza jurídica, se distinguen tres (3) teorías: la teoría contractualista o del contrato civil, la teoría del acto administrativo, la teoría mixta.

a) La teoría del contrato privado

Esta teoría implicaba entender a la concesión como un contrato privado, el cual, necesariamente, se debía regir por

¹⁹⁷ Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 365.

el derecho civil. Así esta teoría partía de las siguientes premisas:

- “(...) *la doble función o doble personalidad del Estado, según la cual, frente a determinadas situaciones, podía actuar asumiendo diversas posiciones.*”¹⁹⁸ En este sentido, existen situaciones en la que el Estado actúa con *ius – Imperium* frente al privado, lo cual se traduce en una situación privilegiada, y situaciones en las cuales actúa en plano de igualdad frente al privado.
- Esta teoría también se basa en la “*idea de que las partes en una concesión (Estado y concesionario) actúan de manera voluntaria, ejerciendo sus derechos y decidiendo por propia voluntad respetar un contrato en los términos negociados.*”¹⁹⁹

Respecto a esta teoría compartimos la aclaración realizada por el autor Andrés Gómez Torres Barrera respecto al fin esencial de toda concesión de asegurar y promover el interés público sobre los intereses particulares: “(...) *en virtud del interés de naturaleza pública que subyace al otorgamiento de una concesión, ésta podría estar sujeta únicamente a normas de derecho público, pues no consideramos pertinente otorgar irrestrictamente determinadas facultades a un particular que, en última instancia, podría colocar sus derechos en un plano de superioridad frente a los derechos de una colectividad.*”²⁰⁰

“*En este orden de ideas, una aplicación a raja tabla de esta teoría impediría que, en busca de la satisfacción de ese interés público, el Estado como ente concedente pudiera en determinados casos – previamente establecidos y*

¹⁹⁸ Gómez, op. cit., p. 77.

¹⁹⁹ Ibid, p. 78.

²⁰⁰ Id.

*justificados -, modificar o variar las condiciones en que se pudiera haber otorgado la concesión, ni mucho menos declarar su caducidad o suspensión sin contar con la aceptación de su contraparte – el concesionario – facultades que han sido contenidas expresamente en nuestra legislación.”*²⁰¹ Lo anterior hace alusión a que se habilita la posibilidad de que, en casos de una mala gestión o administración del privado de una concesión, el Estado, evaluando cada situación concreta, pueda intervenir en la concesión, a fin de asegurar una administración de calidad y, consecuentemente, garantizar el interés público, esta idea será posteriormente explicada más detenidamente.

b) Teoría del acto administrativo

Esta teoría es la contraposición de la teoría del contrato privado, y *“se basa en que la concesión no tiene base contractual, sino que es un acto de la administración o acto de poder público, es decir, una decisión del Estado, en la cual no hay intervención de la voluntad del concesionario, pues éste solo se limita a aceptar las condiciones preestablecidas por la Administración Pública.”*²⁰²

En efecto, esta teoría descarta la posibilidad de que el Estado puede actuar en un plano de igualdad (sin *ius Imperium*) frente a un privado, solo concibe la situación del Estado de actuar con superioridad (con *ius Imperium*) frente al privado.

“Sin embargo, esta posición ha sido rebatida, dado que si bien el concesionario es quien acepta las condiciones preestablecidas, ello lo hace de manera voluntaria, para lo cual firma un contrato que, como tal, reúne el requisito esencial de todo contrato, es decir, ser un acuerdo de voluntades. Esto

²⁰¹ Id.

²⁰² Cornejo, op. cit., p. 15 -16.

mismo ocurre en el caso de los contratos de adhesión que se llevan a cabo en el ámbito de los consumidores, pues éstos no tienen posibilidad de cuestionar las cláusulas preestablecidas.”²⁰³

c) Teoría mixta

En resumidas cuentas, “esta teoría combina las dos anteriores, considerando que el contrato de concesión tiene un aspecto administrativo con presencia del Estado, normas reguladoras y de otro lado tiene el aspecto civil ya que es un contrato lo cual supone acuerdo de voluntades para llevar a cabo el objeto del contrato (...)”²⁰⁴. Asimismo, es necesario citar la aclaración realizada por el autor Andrés Gómez Torres Barrera, la cual complementa la idea sobre esta teoría: “(...) esta situación del Estado no tiene las mismas características ni los efectos propuestos por la teoría del acto unilateral [o teoría del acto administrativo], pues aun cuando se le reconoce la posibilidad de tomar ciertas decisiones y realizar modificaciones, se establecen límites a su accionar, los mismos que se relacionan con el objeto de la concesión que se otorgó y el respeto a las obligaciones asumidas frente al concesionario. Es decir, no se podrán variar las reglas de juego de manera tal que ello signifique una variación del objeto mismo de la concesión o que se impongan cargas al concesionario que excedan el límite de su capacidad.

Frente a ello, en aplicación de su aspecto contractual, se crean derechos y obligaciones en favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, los mismos que quedan establecidos al momento de la suscripción del contrato de concesión correspondiente, momento a partir del cual se originan

²⁰³ Ibid, p. 16.

²⁰⁴ Id.

situaciones que no podrán ser modificadas sin el consentimiento de la contraparte."²⁰⁵ Respecto a la aclaración realizada por el autor Andrés Gómez Torres Barrera, es necesario complementarla y mencionar que se posee la posición de que es posible que el Estado pueda modificar o rescindir cualquier concesión otorgada, a pesar de que en un primer momento no puedan ser modificadas las obligaciones y derechos del concesionario, sobre la base del principio de equilibrio económico financiero, principio que contribuye a proteger y asegurar el interés público, incluso en situaciones donde se debe ponderar entre este y el interés privado y donde, en todo momento, se debe garantizar y asegurar el primero.

3.3.5.1.5 El contrato de concesión

Si bien son dos aspectos indisolubles, hablar de concesión y contrato de concesión no son sinónimos. Cabe aclarar que, en la práctica, los juristas los usan como sinónimos; sin embargo, posee una diferencia sutil, la cual muchas veces es ignorada por motivos prácticos y evitar complicaciones innecesarias. Al respecto, es necesario, ante todo mencionar, que el contrato de concesión pertenece al ámbito de la contratación pública (contrato público) y que si bien, a un nivel doctrinario, este contrato se tiene naturaleza administrativa, se ha podido evidenciar, con lo antes explicado, que, al menos en nuestro país, la figura de la concesión sigue la teoría mixta, la cual también afecta e irradia en su aspecto contractual, debido a que el contrato de concesión es, concretamente, una mezcla entre las características de un contrato civil puro y un contrato administrativo puro.

Respecto a la idea de que la concesión y el contrato de concesión no son sinónimos y que poseen una sutil y casi imperceptible diferencia, se debe afirmar que el contrato es el medio y la

²⁰⁵ Gómez, op. cit., p. 79.

concesión es el objeto del contrato, es decir, que el contrato es la vía mediante la cual se materializa el contenido, el cual está representado por la figura de la concesión y sus principales características.

Como se dijo, por fines prácticos, en la realidad los términos concesión y contrato de concesión son sinónimos y se usan indistintamente.

Asimismo, destacar, la clásica división y clasificación de los contratos en: contratos civiles, administrativos y comerciales. En cuanto a los primeros, estos se caracterizan principalmente por la igualdad entre las partes (ya sea que lo celebre el Estado con privados o solo privados) y se rigen por el derecho civil; en cuanto a los segundos, estos se caracterizan por la situación de privilegio con que actúa el Estado frente al privados (estos en una situación de subordinación frente al Estado) y se rigen por normas de derecho público; en cuanto a los comerciales, estos se parecen a los civiles, solo que estos se dan sobre actos de comercio, mientras que los civiles se dan sobre actos jurídicos, estos contratos también se caracterizan por la igualdad entre las partes y su “modernidad”, en cuanto a su surgimiento, respecto a los otros contratos.

3.3.5.1.6 La diferencia entre los contratos de gestión patrimonial y los contratos de concesión.

A nivel doctrinario, se distinguen varios tipos de contratos que celebra la Administración Pública, como se hizo ya referencia y siguiendo la clasificación realizada por el autor Richard J. Martín Tirado, están los siguientes contratos: *“(i) Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras; (ii) Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura; (iii) Los contratos – ley o convenios de estabilidad*

jurídica; (iv) Los contratos para la disposición de bienes del Estado; (v) Los convenios interadministrativos; iv) los convenios financieros del Estado; (vii) Los contratos de personal."²⁰⁶

Respecto a lo anterior y con relación al presente tema de tesis, a nivel doctrinario ha sido ampliamente discutido las diferencias entre los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras o también llamados contratos de gestión patrimonial, donde se encuentran, principalmente, los contratos de obra y de servicio y los contratos de concesión para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura, donde se encuentran, principalmente, los contratos de concesión de obra público y servicio público.

Más allá de los aspectos conceptuales y teóricos de cada clasificación y sus respectivos contratos, su diferenciación sigue el criterio del riesgo en la contraprestación. Al respecto, la idea principal se centra que en los contratos de gestión patrimonial existe un menor riesgo que en los contratos de concesión.

Y es que, como su mismo nombre los denomina, los contratos de obra son aquellos en los cuales, el objeto es la obligación por parte del contratista de realizar una obra, a cambio de una retribución por parte del Estado; la misma lógica sigue el contrato de servicio, mediante el cual, el objeto es la obligación por parte del contratista de realizar una servicio o tarea determinada (no la prestación y administración de un servicio público), a cambio de una contraprestación por parte del Estado.

Teniendo presente esto, en los contratos de gestión patrimonial, se puede afirmar que en la contraprestación no existe, en teoría, un factor o probabilidad de riesgo en la retribución, debido a que el Estado garantiza que, al cumplimiento de la obligación, se pagará

²⁰⁶ Tirado, op. cit., p. 353.

el monto pactado. Caso diferente es para los contratos de concesión, en los cuales existe un factor o probabilidad de riesgo en la retribución, ya que, como se explicó anteriormente, la forma de retribución de la concesión se da mediante el otorgamiento del derecho temporal de explotar la obra pública construida o servicio público, lo cual se traduce en el cobro a los usuarios de estos. Al centrarse la retribución en el cobro a los usuarios de estos, existe el incentivo y motivación de que el concesionario brinde un buen servicio o que mantenga en una condición adecuada la obra construida, puesto que, si los tienen en mal estado, los usuarios no van a usar (en teoría) el servicio público u obra pública, lo cual se reflejará en una disminución de usuarios y, consecuentemente, menos ganancias, dejando de lado si el Estado participa en el financiamiento de la concesión, debido a que, el privado, sí o sí se encargará de la administración, operación y prestación del servicio público u obra pública.

3.3.5.2 Las asociaciones público – privadas

3.3.5.2.1 Concepto sobre Asociaciones Público Privadas y principales aspectos

Como se mencionó en un primer momento, la actividad administrativa de fomento significa, de forma general, el otorgamiento de incentivos a los privados a fin de garantizar el interés público, lo cual se refleja en un beneficio a la población.

El fomento de la inversión privada ha significado, desde siempre y en especial desde el cambio del paradigma estatal, el principal motor que ha permitido la realización de diferentes actividades, que se han traducido en grandes proyectos de infraestructura pública y la prestación de servicio público.

En el caso de las asociaciones público privadas, su desarrollo y su correspondiente definición han dependido de dos factores principalmente:

- El marco legal existente, y es que efectivamente como dicen las autoras Angie Umezawa y María Elena Reaño en su artículo titulado Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPS, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias: *“(…) El éxito para la ejecución de estos proyectos en el país ha dependido en gran medida del desarrollo de un marco legal consistente que permitiera una adecuada aplicación de un programa de Asociaciones (APP) y que regulara de manera expresa el tipo de respaldo público a ser otorgado a los inversionistas privados, lo cual, a la larga, ha generado un cambio evolutivo en el concepto de APP en el Perú”²⁰⁷.*

Lo anterior se ha concretado, principalmente, en los cambios normativos que se han dado en nuestro país, que como se hizo mención: “el TUO CONCESIONES ha sido derogado por el decreto legislativo N° 1012 y este a su vez por decreto legislativo N° 1224 y este a su vez por el decreto legislativo N° 1362; tanto el decreto legislativo N° 1012, el decreto legislativo N° 1224 como el decreto legislativo N° 1362 han sido, en cuanto a los dos primeros, y es, en cuanto al último, marco legislativo sobre Asociaciones Público Privadas”, lo cual se ha traducido en la paulatina implementación de nuevos conceptos a la normativa de APPs, destacando su definición, la cual también ha sido parte de estos cambios legislativos.

- La norma base que consagro el fomento de la inversión privada y su colaboración con el Estado en diferentes

²⁰⁷ Umezawa; Reaño, op. cit., p. 52.

actividades económicas (dentro de las cuales se encuentra su participación en la construcción de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos), fue la constitución política del año 1993. Cabe mencionar que, si bien en la constitución política de 1979 ya se hacía alusión a la importancia de la inversión privada y su fomento, no fue hasta la constitución política de 1993, con la cual se concretó verdaderamente la participación de la inversión privada y su fomento en la economía nacional: *“(...) mediante la promulgación de la Constitución Política de 1993, que definió el rol del Estado como promotor de la iniciativa privada, se empezaron a desarrollar los programas de privatización de activos del Estado y las primeras asociaciones público privadas, a través de la promoción de las concesiones. En este sentido, mediante la aprobación de este nuevo marco normativo, se reconoce expresamente que la inversión privada constituye un elemento esencial para lograr el dinamismo económico en el Perú, lo cual permitió la estructuración de los primeros programas de APP en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura.”*²⁰⁸

Como se sabe, la constitución política de 1993 solo fue la base normativa, la cual estuvo acompañada y complementada por una abundante normativa, incluso antes de la promulgación de la citada constitución, la cual tuvo como principal fin de dotar de contenido normativo la participación privada en actividades económicas en general (incluido su participación en la infraestructura pública y servicios públicos). Solo para mencionar algunos ejemplos, se encuentran el TULO CONCESIONES, el decreto legislativo N° 1012, el decreto legislativo N° 1224 y el actual decreto legislativo N° 1362. En cuanto al sector eléctrico

²⁰⁸ Ibid, p. 53.

destacar principalmente: la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento y la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica; como se sabe, estas normas materializaron y dotaron de contenido la participación privada en el sector eléctrico mediante la implementación de numerosas reformas, teniendo como principal meta insertar competitividad en los sectores que se pudiera, a fin promover e incentivar la participación del inversionista privado. Entre estas reformas, en cuanto al sector de transmisión eléctrica, se destaca que se dio el cambio de la regulación de los sistemas de transmisión con miras a incentivar las inversiones en este sector: En un primer momento, con la Ley de Concesiones Eléctricas, se tenía el sistema principal de transmisión y el sistema secundario de transmisión, los cuales, a pesar de la gran iniciativa estatal por permitir una clasificación y ordenación de los sistemas de transmisión, no generaron los suficientes incentivos al sector privado para incentivar su inversión, teniendo, como consecuencia, la creación de dos nuevos sistemas con la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica : el sistema garantizado de transmisión y el sistema complementario de transmisión, este punto será explicado con mayor detenimiento más adelante.

- El cambio de paradigma de la concesión como “único” e “histórico” medio de promoción de la inversión privada y la colaboración privado – estado, y es que como afirman las autoras Angie Umezawa y María Elena Reaño en su artículo titulado Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPS, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias: “(...) *hasta este momento la concesión era la figura contractual más utilizada para invertir en proyectos del Estado, no obstante el marco jurídico ya permitía el uso de otras modalidades contractuales como el*

joint venture, la asociación en participación, entre otros. De esta manera, se empezó a tomar conciencia que la concesión era solo una de las alternativas para invertir en proyectos estatales, dentro del género de las APPs.”²⁰⁹

El punto anterior, es necesario complementarlo con las siguientes ideas:

- Efectivamente, en nuestro país, la concesión ha sido el “único” e “histórico” medio de promoción privada hasta que en el año 2008 se promulgó y publicó el decreto legislativo N° 1012, el cual normó directamente sobre las APPS: *“A partir del 2008 se emitieron normas que trataron directamente, y por su nombre, a las APP, y ya no se limitaron solamente a regular lo concerniente a las concesiones (como el TUO de Concesiones) o de señalar tímidamente que existían otras modalidades de participación de la inversión privada (como la Ley 28059).”²¹⁰*

Lo anterior se explica en que haciendo un breve recuento de la normatividad publicada desde los años 90, que fomentaba la participación privada y su colaboración con el Estado, se tiene el decreto legislativo N° 758 (publicado el 13 de noviembre de 1991), el cual, se destaca por brindar un concepto de concesión y ensayar una clasificación sobre estas; el decreto legislativo N° 839 (publicado el 20 de agosto de 1996), el cual consagra la concesión como única modalidad para incentivar la promoción y participación privada, así como mediante el citado decreto se crea PROMCEPRI (antecedente de PROINVERSIÓN); el decreto supremo N° 059-96-PCM (publicado el 27 de

²⁰⁹ Ibid, p. 60.

²¹⁰ Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 367.

diciembre de 1996) mediante el cual se aprobó el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Público, que “*unificó todas las normas con rango de ley que hasta la fecha regulaban la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, principalmente, los decretos legislativos N° 758 y N° 839*”²¹¹; el decreto supremo N° 060-96-PCM (publicado el 28 de diciembre de 1996), mediante el cual, se aprobó el reglamento del TUO CONCESIONES; y la ley N° 28059 (publicada el 13 de agosto de 2003) y su reglamento, aprobado mediante decreto supremo N° 015-2004-PCM (publicado el 29 de febrero de 2004), normas legales que se centraron en brindar un marco legal de inversión descentralizada y dotar de un mayor contenido a las iniciativas privadas, así como destacar que la ley N° 28059 en su artículo 6 señala que la inversión privada puede darse mediante diversos contratos, muy aparte del mecanismo de la concesión, como: Venta de activos, asociación en participación, contratos de gerencia, *joint venture*, *outsourcing*, otros permitidos por la ley. Esta idea se mantiene hasta la actualidad y fue un hito en su debido tiempo, debido a que rompió con la idea de que la concesión como único mecanismo de promoción de la inversión privada.

- Como se mencionó, fue a partir del año 2008 con el decreto legislativo N° 1012 (publicado el 13 de mayo de 2008) con el cual, por primera vez, se norma expresa y taxativamente sobre las APPs en nuestro

²¹¹ Ibid, p. 365.

país y, consecuentemente, la primera vez que se define estas como:

“Las Asociaciones Público - Privadas-APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento de la presente norma.

Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados.”²¹²

A partir del decreto legislativo N° 1012 se dieron modificaciones y se han ido promulgando nuevos decretos legislativos que han derogado a los anteriores hasta estos momentos, donde se encuentra en vigencia el decreto legislativo N° 1362, el cual define a las APPs en su artículo 20 como:

“20.1 Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

²¹² Artículo 3 del Decreto legislativo N° 1012, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30167, publicada el 02 marzo 2014

20.2 Mediante Asociaciones Público Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.

20.3 En las Asociaciones Público Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados.

20.4 Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada.”²¹³

Dejando de lado modificaciones y variaciones en la definición sobre APPs que se han dado en el transcurso del tiempo, se destaca los siguientes puntos:

- ❖ Se sigue manteniendo y resaltando la gran importancia del inversionista privado y su colaboración con el Estado, así como su participación en actividades económicas (que incluyen su participación en obras públicas de infraestructura y prestación de servicios públicos). Respecto a la relación entre privado y Estado, se sigue manteniendo como principio rector de esta relación: “La correcta y equilibrada distribución de riesgos y recursos”, en un principio preferencia al sector privado; sin embargo, también se tiene la idea de distribuir mayores riesgos a la parte que pueda soportar y manejar mejor estos, lo cual se traduce en la realidad de que casi siempre el inversionista privado es que posee mayor recursos y puede manejar mejor los riesgos, lo cual no

²¹³ Artículo 20 del Decreto legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

implica necesariamente que no requiera ayuda por parte del Estado.

- ❖ Se mantiene el criterio (así no sea mencionado taxativamente) que las APPs se puede desarrollar mediante una diversidad de mecanismos contractuales (incluida la concesión) como Venta de activos, asociación en participación, contratos de gerencia, *joint venture*, *outsourcing*, otros permitidos por la ley.

En este sentido, *“las concesiones son una modalidad contractual dentro de las APP. Es decir, las APP son el género y el contrato de concesión la especie.”*²¹⁴

Un punto interesante respecto a la definición de APPs es que, al ser un concepto de origen anglosajón, que ha sido importado en los diversos sistemas jurídicos de todo el mundo, su traducción muchas veces no refleja su verdadera realidad. El término Asociación público privada (APP) viene del término anglosajón *Public – Private Partnership*, el cual, *“puede hacer alusión a un espectro muy amplio de relaciones de colaboración entre los sectores público y privado en el contexto del desarrollo de proyectos de infraestructura y de servicios públicos. Es así que, a pesar de ser utilizado de manera frecuente, el término no se encuentra exento de ser objeto de distintas interpretaciones y contenidos, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto, desde privatizaciones en*

²¹⁴ Nalvarte, Pierre, Evolución del Marco legal de las Concesiones..., op. cit., p. 369

*sentido estricto, hasta mecanismos contractuales diversos, en los cuales las APPs son vistas como modelos de inversión privada en un proyecto público (...)*²¹⁵. Y, es que, respecto a lo anterior, siguiendo al concepto anglosajón y la aplicación de este en su realidad, el único elemento que sobra y basta para que un proyecto sea considerado APP es la participación y colaboración del Estado y privado, lo cual expande enormemente los mecanismos contractuales que pueden ser considerados como APPs, inclusive llegando a afirmar que los propios contratos de gestión patrimonial donde se encuentran los contratos (públicos) de obra y servicios pueden ingresar en la categoría de APPs.

Lo anterior, nos lleva a afirmar que, como todo concepto jurídico, sus características y definición depende mucho del ordenamiento jurídico donde se desarrolle y aplique; sin embargo, destacar que la utilización del concepto Asociación público privada (traducción directa de *Public Private Partnership*), “(...) como contrato de financiamiento de infraestructuras y servicios públicos en los cuales existe una óptima asignación de riesgos entre el sector privado y el sector público (...) implica casi una traducción de las *Public Private Partnerships*, que a su vez se originan en las *Private Finance Initiative (PFI)*. Sin embargo, más allá de su origen, se trata de una expresión que actualmente se encuentra incorporada al acervo conceptual común, tanto anglosajón como

²¹⁵ Umezawa; Reaño, op. cit., p. 54.

continental europeo, lo que ha permitido un dialogo entre ambas tradiciones, enriqueciendo la figura de la concesión al confluir dos enfoques diferentes y complementarios de ella.”²¹⁶

De acuerdo al Libro Verde, principal instrumento político gubernamental a nivel de la Unión Europea, cuatro son las características de estos mecanismos de Colaboración público – privada o Asociación público – privada:

“i) La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

(ii)El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

(iii)El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). el socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

(iv)El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que

²¹⁶ Baca; Ortega, op. cit., p. 43.

habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de colaboración público-privada (CPP) no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. el reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.”²¹⁷

Respecto a las características de toda APP, nuestro país ha optado por seguir los lineamientos importados; sin embargo, el marco legal de APPs posee ciertas peculiaridades y matices que los distinguen de los conceptos y características extranjeros.

De igual manera, dejando de lado las modificaciones que se han dado paulatinamente y en el transcurso del tiempo, destacar que se ha mantenido el desarrollo sobre los siguientes temas:

➤ **Los principios aplicables a las APPs (artículo 4 del decreto legislativo N° 1362)**

“4.1 En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, se aplican los siguientes principios:

1. Competencia: *Los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia e igualdad de trato entre los*

²¹⁷ Ibid, p. 37.

postores, y evitan conductas anticompetitivas o colusorias.

2. *Transparencia:* *Toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto llevado a cabo en el marco del presente Decreto Legislativo, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, con las excepciones previstas en la normativa vigente.*

3. *Enfoque de resultados:* *Las entidades públicas señaladas en el artículo 2, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos; así como, identifican, informan e implementan acciones orientadas a resolver la problemática que afecta los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Constituyen reglas para la aplicación de este principio en la toma de decisiones de las entidades públicas referidas en el artículo 2, las siguientes:*

a. Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión,

la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.

b. En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.

c. En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo.

4. Planificación: *El Estado, a través de las entidades públicas titulares de proyectos, prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las Asociaciones Público Privadas y de los Proyectos en Activos, según las prioridades y planes nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para ello la política de descentralización del país.*

5. Responsabilidad presupuestal: *Para asumir los compromisos financieros firmes y contingentes derivados directa o indirectamente de la ejecución de los contratos celebrados en el marco del presente Decreto Legislativo, debe considerarse la capacidad de pago del Estado, sin comprometer en el corto, mediano ni largo*

plazo, el equilibrio presupuestario de las entidades públicas, la sostenibilidad de las finanzas públicas, ni la prestación regular de los servicios públicos.

6. Integridad: La conducta de quienes participan en los procesos de promoción de la inversión privada está guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, es comunicada a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna.

4.2 Adicionalmente, para las Asociaciones Público Privadas, resultan aplicables los siguientes principios:

1. Valor por dinero: En todas las fases de los proyectos de Asociación Público Privada, las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.

2. Adecuada distribución de riesgos: En los proyectos de Asociación Público Privada se efectúa una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.”²¹⁸

²¹⁸ Artículo 4 del Decreto legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

- **Clasificación de APPs (artículo 22 del decreto legislativo N° 1362)**, manteniendo la tradicional clasificación en autosostenibles (actualmente en decreto legislativo N° 1362 con la denominación de autofinanciadas) y cofinanciadas y las iniciativas privadas, estos dos últimos aspectos serán explicados más adelante.

- **El rol protagónico de PROINVERSIÓN** (artículo 12 del decreto legislativo N° 1362), como organismo gubernamental técnico – jurídico dedicado a la promoción de la inversión privada en proyectos de envergadura nacional y que conlleven una gran inversión y al asesoramiento jurídico sobre temas de APPs, así como también el rol protagónico en la promoción de la inversión privada de los gobiernos regionales y locales para el desarrollo de proyectos de sus respectivos ámbitos.

3.3.5.2.2 Clasificación de las Asociaciones público – privadas

Como se mencionó anteriormente, a pesar de las diversas modificaciones que se han dado en el marco legal de las APPs, se ha mantenido la clasificación bipartita de las APP en autosostenibles (actualmente en decreto legislativo N° 1362 con la denominación de autofinanciadas) y cofinanciadas. Al respecto el decreto legislativo N° 1362 es claro al definir cada una:

“Artículo 22. Clasificación

Las Asociaciones Público Privadas se clasifican en:

- 1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías*

no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.

2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:

a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.

b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento.”²¹⁹

Como bien Pierre Nalvarte Salvatierra en su artículo titulado Conceptos y alcances básico de las Asociaciones Público – privadas: *“El ordenamiento peruano clasifica a las APP en autofinanciadas, para aquellos proyectos que son rentables económicamente a partir de los propios ingresos que genera, y las cofinanciadas, que requieren de fondos públicos para que sean rentables. Estos suelen ser proyectos que se justifican por tener mayor rentabilidad social. Nótese en esta clasificación, aparentemente, que lo central sería quién pone el financiamiento.”²²⁰*

Seguidamente, el citado autor realiza una reflexión y aclaración respecto al criterio utilizado del financiamiento y menciona que *“(…) hacer esta clasificación de las APP haciendo alusión al término “financiamiento” es impreciso. En teoría, el financiamiento siempre lo debería poner el privado. El financiamiento hace referencia al dinero que se necesita ex ante para la inversión; por lo tanto, aquel que siempre es anterior a la ejecución del proyecto. Lo común es que, en el caso de las APP cofinanciadas, el Estado realice un pago*

²¹⁹ Artículo 22 del Decreto legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

²²⁰ Pierre Nalvarte Salvatierra, “Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público – privadas”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 49 (2017): 326.

posterior para que la concesión sea rentable en su actividad (...). Entonces, en una APP cofinanciada (...) el Estado no financia ni total ni parcialmente el proyecto. El proyecto es íntegramente financiado por el privado. Lo que hace el Estado es que, luego de ejecutada la inversión, le provee un ingreso al privado en monto suficiente para hacer rentable el proyecto. Por ello, el término cofinanciamiento es errado y puede prestar a confusión. No hay un financiamiento ex ante por parte del Estado, sino un pago ex post, como una suerte de subsidio, que sirve para hacer sostenible el proyecto.”²²¹

La aclaración realizada por el autor es interesante, debido a que, a primera vista, la clasificación se presta a diversas interpretaciones y confusiones.

Finalmente, el culminar haciendo una recomendación respecto a la clasificación seguida para las Asociaciones público – privadas: “*Por lo tanto, el financiamiento no es un buen distintivo para clasificar a las APP, puesto que casi todos los proyectos de inversión, incluso aquellos que se hacen llamar “cofinanciados”, son financiados (o deberían serlo) íntegramente por el sector privado (...)*”²²²

3.3.5.2.3 La diferencia entre contratos de gestión patrimonial y APPS

Al respecto, como se hizo alusión anteriormente, en nuestro país se evidencia una diferenciación respecto a los contratos de gestión patrimonial, dentro de los cuales se ubica el contrato de obra y de servicio principalmente con los contratos APPs donde se ubican venta de activos, asociación en participación, contratos de gerencia, joint venture, outsourcing, otros permitidos por la ley y, por supuesto, la concesión.

²²¹ Id.

²²² Id.

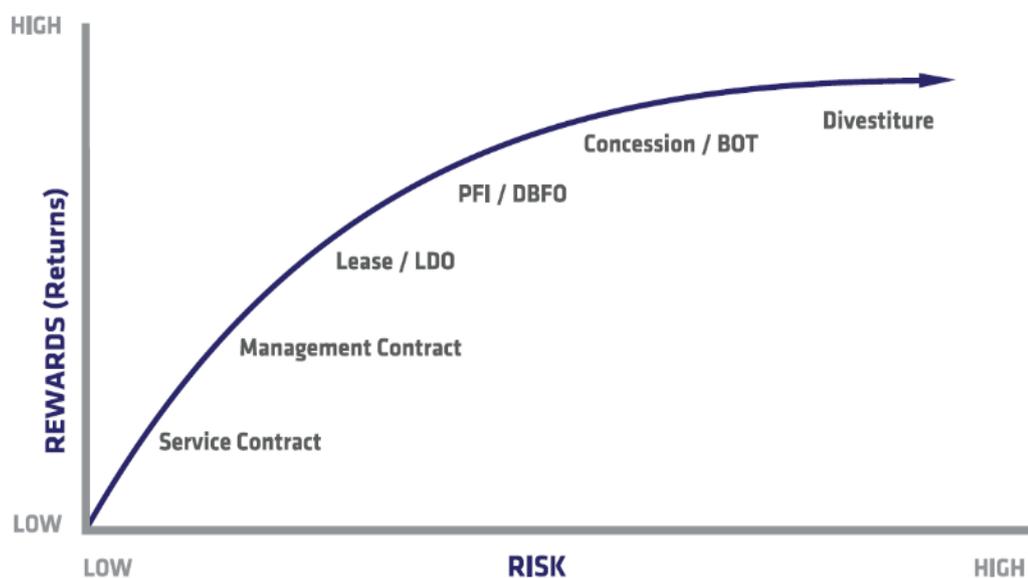
La diferenciación se sustenta principalmente en el criterio del riesgo y del régimen (normativa) aplicable. En el caso de los contratos de gestión patrimonial, con nulo riesgo y siéndoles aplicables la normativa de contrataciones con el Estado y para el caso de los Contratos APPs, con la existencia de riesgo, el cual sigue el principio de “mayor riesgo – mayor ganancia” y siéndoles aplicables la normativa sobre Asociaciones público privadas, es decir, el decreto legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 23 de julio de 2018.

El criterio del riesgo para poder distinguir los contratos de gestión patrimonial y los contratos APPs debe ser entendido en términos de remuneración. Como se hizo mención, en los contratos de gestión patrimonial existe un “nulo riesgo”, entendido como que, en estos contratos, la contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, diferente del Estado, se dará de acuerdo a lo pactado en el contrato y no existirá un factor aleatorio respecto a la contraprestación.

En cuanto a las APPs, estas siguen el criterio explicado sobre las diferencias entre los contratos de gestión patrimonial y los contratos de concesión.

Si bien no toda APP es una concesión, en las APPs existe un riesgo, en el sentido de que la contraprestación dependerá directamente de la calidad y eficiencia de la propia asociación. En este sentido, se debe tener presente, a pesar de que se sabe que toda Asociación público privada tiene como fin esencial y último contribuir a la promoción y aseguramiento del interés público, que, con una Asociación público privada, el privado *“busca (...) generar una ganancia razonable, una cartera de oportunidades que justifique su inversión, involucrarse con un cliente competente, inteligente y decisión durante la contratación, gozar de continuidad,*

contratar con una Entidad pública relevante (...)"²²³. Lo anterior explica el sustento y esencia de la actividad de fomento, en el



RISK REWARD RELATIONSHIP BY CONTRACT MODALITY

sentido de que se brinda incentivos al privado (mediante un régimen especial, diferencia a la normativa tradicional sobre contratación con el Estado) a fin de que el privado en la búsqueda de su propio bienestar, contribuya al interés público. Por lo tanto, el criterio del riesgo va de la mano del principio “mayor riesgo – mayor ganancia”. A fin de explicar la relación entre el citado criterio y el referido principio, se tiene el siguiente esquema:

Elaborado por Partnerships Kosovo²²⁴

El esquema anterior resume el principio “mayor riesgo – mayor ganancia”, teniendo el eje X sobre el riesgo (de izquierda (menor riesgo) a derecha (mayor riesgo)) y el eje y sobre la recompensa (de abajo (menor recompensa) hacia arriba (mayor recompensa)), se tiene que la modalidad de contrato de servicio (service contract) y contratos de

²²³ Ibid, p. 324.

²²⁴ Extraído de Partnership Kosovo, “Public Private Partnerships”, PPP Risk – Reward Curve http://www.pppkosova.org/repository/docs/public_private_partnerships.pdf (consultado el 10 de febrero de 2020)

administración (management contract) se caracteriza por un bajo riesgo y poca recompensa y los contratos APP como la concesión tiene un mayor riesgo y, consecuentemente, una mayor ganancia.

3.4 Los Contratos BOOT

3.4.1 Definición de los Contratos BOOT

El surgimiento de los contratos BOOT o contratos de concesión tipo BOOT parte de dos situaciones, las cuales han sido enunciadas por el autor Julio Alberto García Castro:

- *“(…) las sociedades contemporáneas o Estados, plantean una demanda incesante de infraestructura, tanto como las que son de uso público como las vinculadas a la prestación de servicios públicos. Para lo cual es necesario buscar nuevas formas que se adecuen a los requerimientos que se vienen dando.”²²⁵*
- *“(…), la demanda de un número superior de infraestructura, se vincula con un modo de crecimiento económico. Por esta razón, autoridades, vienen realizando un llamamiento a que se produzcan dos cosas importantes; primero una Renovación de Herramientas legales – nuevas ideas e innovaciones – y segundo la promoción de inversión extranjeras.”²²⁶*

Como se evidencia de lo mencionado anteriormente, el contrato BOOT responde a la búsqueda de nuevas modalidades a fin de promover la inversión privada; sin embargo, a pesar de que para muchos pueda parecer algo nuevo y contemporánea, se debe resaltar que su base, sobre la cual se estructura todo contrato BOOT, está configurada sobre un mecanismo “histórico” en nuestro país: la figura de la concesión.

Se destaca que estos contratos han contribuido a rehabilitar y contribuir con nuevos contenidos a la figura de concesión; sin embargo, no se debe

²²⁵ Julio Alberto García Castro, “Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT” (Tesis para optar el título de abogado, Repositorio de Tesis USAT, 2015), 64

²²⁶ Ibid, p. 64 – 65.

olvidar que en esencia, los contratos BOOT son o se estructuran sobre una concesión de obra pública.

En efecto, los contratos BOOT poseen los mismos efectos, características y consecuencias que una concesión de obra pública, asimismo, al configurarse sobre un tipo de concesión, son, al mismo tiempo, una Asociación público privada. Recapitulando lo anteriormente mencionado, se tiene la idea de que los Contratos BOOT se configuran sobre una de las modalidades de las Asociaciones público privadas, en este caso, sobre una concesión (específicamente, concesión de obra pública), en consecuencia, un contrato BOOT es una modalidad de Asociación público privada.

De igual manera, destacar que el nombre dado a estos contratos corresponde una importación de origen anglosajón (como el término Asociación público privada) y es que el término BOOT que acompaña al término contrato son siglas que responden a las palabras Build (construir), Own (poseer), Operate (operar) y Transfer (transferir). Asimismo, resaltar, nuevamente, que sus efectos jurídicos son los mismos que una concesión de obra pública (o cualquier tipo de concesión), este último punto nos lleva a preguntarnos: ¿Entonces en que se diferencia un contrato BOOT de una concesión propiamente dicha?, este aspecto será abordado posteriormente; sin embargo, se va adelantando que, en nuestro país, se suelen confundir ambos conceptos.

Conjugando todas las ideas anteriormente mencionadas, se puede afirmar, siguiendo la definición dada por el autor Julio Alberto García Castro que los *“contratos BOOT cuyas siglas responden a las palabras Build, Own, Operate and Transfer y que traducidas al español significan Construir, Poseer, Operar y Transferir; son una forma moderna de conjugar recursos públicos y privados para viabilizar obras públicas de gran envergadura. Funcionan bajo el esquema de “concesión obra” en un agente privado que financia la construcción y puesta en marcha del proyecto y obtiene a cambio el derecho de explotarla por un plazo determinado, cobrando a los usuarios determinadas tarifas establecidas en el contrato de concesión y*

devolviéndolo al final de ese periodo el bien construido a plena propiedad y gestión del Estado.”²²⁷

“En los contratos BOOT, la Administración Pública garantiza una concesión a una empresa privada para que la financie, construya o modernice cierta instalación que será también operada por la compañía durante cierto tiempo (25 o 50 años son los periodos más frecuentes). La empresa privada obtiene los ingresos respectivos y asume todo el riesgo comercial. Al final del periodo de concesión, la instalación revierte al gobierno.”²²⁸

Respecto a las dos ideas citadas anteriormente, es necesario hacer las siguientes aclaraciones:

- Respecto a lo mencionado sobre que la empresa que asume todo el riesgo comercial, al ser los contratos BOOT una Asociación público privada, conformada mediante la utilización de la modalidad de concesión (concesión de obra pública), también le es aplicable la clasificación sobre APPs de autofinanciadas y cofinanciadas, en consecuencia, depende del tipo de Asociación pública privada para determinar si el privado (colaborador del Estado) asume todo el riesgo comercial. Asimismo, cabe mencionar, que hablar de riesgo en una APPs es impreciso, debido a que, como se explicó anteriormente, toda Asociación público privada (contrato APP) implica un riesgo, que de preferencia son transferidos y soportados por el privado (teniendo presente el principio de adecuada distribución de riesgos); sin embargo, la idea anterior, no implica que solo el privado soporte los riesgos del proyecto, por el cual se ha dado la Asociación público privada, sino que el Estado al ser también parte de esta asociación y, como su mismo nombre lo dicho, público – privada también soportará parte de los riesgos (no en la misma proporción que el privado, pero también soportará riesgos)

²²⁷ Ibid, p. 70.

²²⁸ Ibid, p. 71.

- Respecto a la traducción Own, como se mencionó, el concepto de contrato BOOT corresponde a una terminología importada de origen anglosajón, en especial las siglas B.O.O.T. En este sentido, si se hace una traducción de la primera O (Own) de las citadas siglas, se tiene que esta significa adueñarse, puesto que se encuentra relacionado con la palabra inglesa “owner”, que significa propietario. La situación descrita anteriormente ha llevado a que algunos autores vean en la traducción de la sigla Own, la diferencia esencial entre los contratos BOOT y los contratos de concesión; como el autor Julio Alberto García Castro quien cita al autor Andy Matilla Correo en su Proyecto final para optar el título de abogado: *“A diferencia de la concesión, en la celebración del contrato BOOT el Estado transfiere la propiedad de bienes públicos al privado, de tal manera que este último – al margen de las medidas de precaución que se tome para garantizar su inversión – se convierte en titular de un derecho real: la propiedad. Por su parte, en el contrato de concesión la titularidad de los bienes y disposición de estos siguen siendo del Estado contratante.”*²²⁹

Lo anterior es incorrecto en todo sentido, debido a los siguientes aspectos:

- ❖ **Concesión de obra pública:** Al ser el contrato BOOT una Asociación público privada, que surgen mediante la elección de la modalidad de la concesión, este comparte las mismas características de la concesión, las cuales ya fueron explicadas fueron. Con relación al presente punto, toda concesión tiene como principal característica que no supone la transferencia de activos e infraestructura, solo se cede su explotación y uso por un tiempo determinado, culminando con la transferencia nuevamente al Estado del bien dado en concesión (bien de dominio público). En este sentido, al ser el contrato BOOT en esencia una concesión de obra pública,

²²⁹ Andy Matilla Correo, “Acerca del concepto y las características de las concesiones administrativas”, Revista Cubana de Derecho 17 (2001): 15

solo corresponde la explotación y uso del bien dado en concesión, entendida como un derecho de posesión y no como propiedad, a esto se agrega de que otra característica de la concesión es que el Estado mantiene la titularidad de los bienes concesionados, debido a que estos al ser de dominio público y al darse para la explotación y uso por parte del privado, tanto por parte de la característica de dominio público como por la misma figura de la concesión poseen la esencia del interés público (que atañe a toda la población de una sociedad determinada en un tiempo determinado). En el caso del sub – sector de transmisión de electricidad, este está designado normativamente por la Ley de Concesiones Eléctricas como servicio público en su artículo 2.

- ❖ **Bienes de dominio público:** Los contratos BOOT al ser en esencia una concesión de obra pública, se dan sobre bienes de dominio público, los cuales se caracterizan por estar afectos a un fin o uso público, entendido este como un *“interés general externo al funcionamiento institucional de la Administración”*²³⁰(aquí la diferencia con los bienes de dominio privado). Asimismo, destacar que los bienes de dominio público poseen las tutelas de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad, la cual *“(…) hace referencia a la inmunidad que tiene por objeto impedir que el demanio público [bienes de dominio público] sea enajenado a favor de los particulares”*²³¹. Siendo solo posible, en caso se requiera, la “venta” de un bien de dominio público (afectado con interés público general y externo al funcionamiento institucional de la Administración) mediante un procedimiento de desafectación, el cual “convertiría” el

²³⁰ Vásquez, op. cit., p. 276.

²³¹ Expediente N° 0018-2001-AI/TC *apud* Walter Vásquez Rebaza, Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General de Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento, Lima, 2008, p. 277

bien de dominio público en bien de dominio privado, permitiéndose su “venta”. Asimismo, teniendo el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctrica, la cual designa como servicio público a la transmisión de electricidad, se puede decir que las líneas de transmisión (y su respectiva construcción), que forman este sub – sector, calificado como servicio público, son bienes de dominio público.

- ❖ **El otorgamiento de la concesión:** De todo lo anterior, se concluye que la traducción de la sigla “Own”, debe entender como posesión (explotación y uso). Asimismo, cabe mencionar que, a pesar de que el concesionario no sea propietario de los bienes dados en concesión, es decir no posee la titularidad sino la posee el Estado. Por el simple hecho de tener el título de concesionario al poseer una concesión, este posee los atributos de uso, disfrute y reivindicación; en este sentido, puede explotar y usar el bien dado en concesión y, si la situación lo amerita podría, ejercer acciones a fin de recuperar el bien dado en concesión de alguien que lo posee sin derecho.

3.4.2 Características

Respecto a las características se concuerda en parte con la clasificación realizada por el autor Julio Alberto García Castro sobre la base de la lectura “*Fundamentos de la colaboración público – privada para dotación de infraestructuras y servicios*”²³², quien ensaya una clasificación en dos grupos, diferenciando i) las características del contrato en sí mismo de las ii) características naturales del contrato BOOT; debido a que es necesario

²³² Adolfo Fuertes Fernández, “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios”, Madrid, 2007 (Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red 10) *apud* Julio Alberto García Castro, “Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT”, Tesis para optar el título de abogado, Repositorio de Tesis USAT, 2015, p. 75

realizar ciertas aclaraciones y precisiones, respecto a la presente clasificación.

La clasificación realizada por el referido autor es la siguiente:

“I) Características del contrato en sí mismo.

- *Moderno. - La característica de modernidad, no solo es atribuirle a este contrato por el hecho de tener un escaso uso, sino que nace a partir de la necesidad de los Estados de subsanar o atacar partes de su obligación como gestión pública que se encuentra limitada por asuntos económicos.*
- *Complejo. - La complejidad, no se atribuye a la celebración del contrato propiamente dicho; aun cuando éste necesita ser celebrado atendiendo a requisitos idóneos (la idoneidad, reconoce una actitud, conocimientos y facultades para una determinada acción, más aun si esta acción repercute en el interés público), sino que es complejo porque se vincula o está sujeto de manera obligatoria a exigencias y restricciones, por la finalidad el cual persigue, además de tratarse de un acto jurídico en donde confluyen intereses particulares e intereses públicos, estos últimos que deben ser perseguidos por el Estado.*
- *Innominado. - No encontramos regulación o norma emitida por el órgano competente de legislación que explique de manera clara y precisa aquellos elementos y nociones fundamentales del mismo. Esta es una peculiaridad de los contratos mercantiles, pero que su no regulación no influye de manera negativa al derecho.*

II) Características Naturales del Contrato BOOT

- *Bilateral: Las partes se obligan recíprocamente; el concesionario para con el concedente y viceversa.*
- *Oneroso: Los contratos B.O.O.T. son onerosos, lo cual no tiene vinculación con el hecho que la concesión pueda ser otorgada en*

forma gratuita, toda vez que por una parte recibe utilidad económica al mismo tiempo que ha asumido el riesgo de ejecutar el contrato y por la otra parte la Administración cumple sus fines de servicio público.

- *Solemne: El contrato está sujeto a observar ciertas formalidades, no solo en la elección del concesionario sino la forma que debe tener el acto jurídico, en estos contratos la formalidad es la principal garantía de la prueba del mismo, no obstante para los contratos BOOT, en cuanto contratos no existe una formalidad determinada por Ley, al margen de las formalidades que debe observar la Administración Pública para la formación de su voluntad, que en el caso de estos contratos toma especial relevancia pues se trata de actos de disposición de la Administración, sobre bienes de uso público.*
- *De tracto sucesivo: Dada la naturaleza de las prestaciones, para cumplirlas no pueden realizarse en un solo acto sino deben ser cumplidas en el tiempo, por ello, de darse una situación de nulidad o resolución contractual no podría retrotraerse dichos efectos al estado anterior, sino que solo se eliminan los efectos del futuro, ya que no se pueden anular las prestaciones parciales cumplidas en el tiempo.*
- *Generador de Flujo de Caja idóneo. - Es decir que generará suficiente flujo para atender el pago de la deuda principal y la remuneración a los fondos prestados (bancos), o aportados (inversores), tanto en la moneda local como en las divisas con que se financie.*
- *Llamativo. - En tanto es presentado bajo un proyecto adecuado, viable y rentable por sí solo, garantizando la estabilidad del interés público.*

- *De fuerte inversión. - Importa la realización de operaciones que habitualmente tienen entre un 12% y un 35% de su inversión financiando con recursos propios el resto de deuda, así mismo ostentan un largo periodo de desarrollo para alcanzar la adecuada rentabilidad.*
- *Costos de análisis y estudios previos elevados. - El estudio, horas de análisis y demás indagaciones son relativamente independientes del importe o inversión total que requiere el proyecto. Por ese motivo se descarta la utilización del contrato boot para la elaboración de proyectos pequeños.”²³³*

Respecto a la clasificación anterior, esta se presenta muy didáctica y esquemática respecto las principales características del contrato BOOT, sin embargo, es necesario tener siempre la idea de que, en esencia, un contrato BOOT es una Asociación público privada, la cual surge o se forma por la elección de la modalidad de concesión (específicamente, la elección de una concesión de obra pública). En este sentido, al ser en esencia, un contrato BOOT una concesión de obra pública, el citado contrato también posee las características de toda concesión, las cuales ya fueron explicadas en su debido momento. Asimismo, teniendo presente lo anterior, se debe hacer una precisión respecto a la característica de moderno e innominado:

- Respecto a la característica de moderno; el contrato BOOT es, en esencia, una concesión de obra pública. Como bien se ha afirmado anteriormente, la concesión fue, en su debido momento, el “único” mecanismo que se utilizó para promover la inversión privada en nuestro país, el hecho anterior, su actual utilidad y su vigente influencia en la historia de nuestro país en el tema de inversión privada, sumado a aquello, la influencia francesa en nuestro país, lo que se evidencia (algunos rezagos) en el tema de servicio público y de concesiones); han convertido a la concesión en una

²³³ García, op. cit., pp. 75 -77

modalidad o mecanismo “histórico”, que se encuentra arraigado y que posee aún un papel protagónico en nuestro ordenamiento jurídico (en específico, en el tema sobre Asociaciones público privadas). A pesar de que, actualmente existen otras modalidades que pueden ser utilizadas para formar una APP, la concesión sigue siendo considerada entre estas modalidades y sigue siendo la más utilizada de estas. En este sentido, se afirma que, si bien los conceptos jurídicos vinculados con los contratos BOOT han permitido una rehabilitación y renovación del concepto de concesión y todo lo que esta implica, el contrato BOOT propiamente dicho y sus conceptos jurídicos que lo acompañan sí representan una modernidad en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, al ser un contrato BOOT, en esencia, una concesión de obra, posee también un aspecto “histórico” que se ha venido desarrollando con el transcurso de tiempo; por lo tanto, sería más pertinente hablar de una modernidad relativa, dependiendo del enfoque que se dé.

- Respecto a la característica de innominado, específicamente, respecto al hecho de categorizar al contrato BOOT como un contrato mercantil; al tener presente la premisa de que el contrato BOOT es una Asociación público privada, la cual surge o se forma por la elección de la modalidad de concesión (específicamente, la elección de una concesión de obra pública), se tiene la posición de que el contrato BOOT posee, en un mayor porcentaje, una naturaleza de contrato administrativo, respecto a la naturaleza de contrato civil. Como se explicó anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico, ha tomado posición por la teoría mixta, en cuanto a la naturaleza jurídica de las concesiones, lo cual también se refleja en los contratos de concesión. Esta teoría explica que las concesiones tienen una naturaleza administrativa y civil; sin embargo, respecto a la idea anterior, se afirma que, posee, en un mayor porcentaje una naturaleza administrativa que civil. Este punto será explicado posteriormente con más detenimiento.

3.4.3 Modalidades de los contratos BOOT

Como se enunció anteriormente, en los contratos BOOT se destacan las siglas que acompañan al sustantivo contrato, las cuales son Build (construir), Own (poseer), Operate (operar) y Transfer (transferir). Estas siglas responden a actividades que se realizan durante la ejecución del contrato, las cuales se traducen en las principales obligaciones y derechos que el concesionario tiene frente al concedente, asimismo, cabe destacar que, en el marco de una Asociación público privada, estas siglas suelen combinarse, lo cual resulta en el surgimiento de un número variado de modalidades de contratos, donde los contratos BOOT corresponden solo a una de las tantas modalidades que se pueden dar, dejando a la creatividad, principalmente del privado, respecto a la configuración del contrato que será la base de Asociación público privada. Cabe mencionar que, al menos en nuestra realidad, la modalidad más utilizada (por no decir la única) es la modalidad BOOT; sin embargo, a nivel internacional, principalmente, en los países europeos, los cuales se presentan como lo más desarrollado a nivel normativo en el tema sobre promoción de la inversión privada y Asociaciones público privadas; existen muchas otras modalidades, que han contribuido enormemente a la provisión de infraestructura en los países, evidenciándose, posteriormente en la satisfacción de sus habitantes y el correspondiente aseguramiento del interés público.

En el tema de Asociaciones público privadas, las actividades (modalidades) más utilizadas en la ejecución de los contratos APPs son las siguientes: “Desing” (diseñar), “Finance” (financiar), “Built” (construir), “Operation” (operar), “Transfer” (transferir), a las cuales, se debe agregar “Own” (poseer).

Siguiendo a lo explicado por el autor Pierre Nalvarte Salvatierra en su artículo titulado Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público – privadas, el citado autor pasa a definir cada actividad (modalidad), utilizada en el marco de Asociaciones público privadas:

“Diseño o Desing

En la primera etapa tenemos que diferenciar el diseño de la APP, cuya labor es previa a cargo del Estado, respecto del diseño de ingeniería, que se refiere al diseño de la obra en sí misma (por ejemplo, un puente o una carretera). El diseño de la APP lo realiza el Estado. El diseño final se plasma en la versión final, valga la redundancia, del contrato de APP. En nuestro caso el encargado de elaborar el diseño final del contrato es PROINVERSIÓN, en la mayoría de los casos, aunque podría serlo también potencialmente el ministerio del sector competente o un gobierno regional o local.

Como fuere, aun cuando PROINVERSIÓN elabore el diseño final del contrato, requerirá la aprobación del Ministerio, Gobierno Regional o Local competente (...).”²³⁴

“Financiamiento o Finance

(...) el financiamiento siempre es anterior a la ejecución del proyecto. Por ello, este debe ser responsabilidad de la SPV, no del Estado (...). La SPV busca el financiamiento del proyecto a través de otros organismos, nacionales o internacionales, que funcionen como acreedores (...). En el caso peruano esta figura se concreta, usualmente, a través del acreedor permitido, que son aquellas entidades financieras que el Estado peruano reconoce como válidas para este tipo de procesos; generalmente el Estado debe autorizarlos (...).”²³⁵

“Construcción o Build

La etapa de construcción es de responsabilidad de la SPV, la que a su vez contrata a un constructor para que ejecute la obra según lo

²³⁴ Nalvarte, Pierre, Conceptos y alcances básicos ..., op. cit., p. 330

²³⁵ Ibid, p. 331.

*estipulado en el contrato. (...) Aparece también un supervisor por parte del Estado, siendo lo ideal es que este sea un organismo autónomo, distinto del Concedente (...)*²³⁶

“Operate

*Esta actividad comprende la operación de la infraestructura y/o la prestación del servicio (público o vinculado a este). Es sustancial en una APP que la operación sea medida a través de parámetros objetivos y que existan, claramente, unos niveles de servicio pre establecidos en el contrato. (...) Lo esencial en las APP es la calidad del servicio; estos se miden a través de estándares establecidos en el contrato. A diferencia de la contratación tradicional que está destinada a la construcción (input), la APP está destinada a la calidad del servicio (output); el contrato no culmina con la construcción, sino que es necesaria la operación para brindar el servicio; he ahí el valor agregado de una APP bien estructurada: se garantiza la calidad del servicio en favor del usuario.”*²³⁷

“Transfer

*Ocurre al final de la APP, cuando se agota la vigencia del contrato. Se transfieren los bienes al Estado. Esta transferencia es meramente de posesión, pues, la titularidad (propiedad) de la infraestructura o servicio siempre fue del Estado. Una vez realizada la transferencia, desaparecerá la SPV.”*²³⁸

Respecto a lo ensayado por el autor Pierre Nalvarte Salvatierra, es necesario hacer algunas precisiones:

²³⁶ Ibid, p. 332.

²³⁷ Id.

²³⁸ Ibid, p. 333.

- ❖ A pesar de que, el citado autor no incorpora la actividad (modalidad) “Own”, esta es importante, debido a que forma parte de una de las modalidades que constituyen la esencia de los contratos BOOT. Por otro lado, es una de las modalidades que presenta ciertos inconvenientes a nivel doctrinario, respecto a su traducción, lo cual ha llevado a interpretaciones erróneas. Se debe destacar que el referido autor resalta en la actividad (modalidad) de “transfer” que la titularidad, entendida como propiedad, de la infraestructura o del servicio siempre ha sido del Estado, idea con la cual compartimos. De igual manera, como se mencionó anteriormente, la modalidad “Own” debe ser entendida como posesión, la cual está sujeta a una temporalidad (generalmente 30 años), y que se distingue de “Operate”.

Respecto a esta distinción, se debe tener presente el tratamiento de la posesión en nuestro ordenamiento jurídico; en este sentido, el autor Martín Mejorada C. en su artículo titulado La Posesión en el Código Civil Peruano menciona lo siguiente: *“Habrá posesión, cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto el comportamiento de la persona corresponda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí que la posesión no solo se genera para quien actúa como dueño, sino también para cualquiera que realiza la explotación económica del bien (...)”*²³⁹, de lo anterior, se evidencia que la posesión y la explotación (este última, incluida en la actividad de “Operate”) son concepto indisoluble que se implican mutuamente. En este sentido, se considera una redundancia innecesaria hacer una diferenciación entre las modalidades de “Own” y “Operate”, debido a que se implican mutuamente. No se concibe una situación donde se distinga ambas modalidades.

Sin embargo, a pesar de la aclaración realizada, en la configuración de los contratos BOOT se colocan y diferencian

²³⁹ Martín Mejorada C, “La posesión en Código Civil Peruano”, Asociación Civil Derecho y Sociedad 40 (2013): 252.

ambas modalidades, situación peculiar que ha sido importada por nuestro ordenamiento jurídico.

- ❖ En las modalidades descritas por el autor Pierre Nalvarte Salvatierra, se menciona constantemente sobre SPV. Al respecto, el concepto SPV o SPE (Sociedad de Propósito Especial) se entiende como la sociedad que formaba la persona jurídica a quien se adjudicaba el proyecto que motivó la formación de la Asociación público privada, en este caso, mediante la modalidad de contrato (de concesión) BOOT. Es decir, por SPV se debe entender al privado con el cual el Estado decide formar la Asociación público privada y quien estaba encargado de llevar el proyecto; en el caso de los contratos BOOT, de realizar la construcción de la infraestructura pública.

Teniendo presente las actividades (modalidades) explicadas, las cuales se realizan durante la ejecución del contrato, se pueden realizar diferentes combinaciones, donde la inventiva del inversionista privado, las necesidades del proyecto y la situación concreta serán los factores determinantes. Dentro de numerosas combinaciones, los contratos BOOT son una de tantas que se pueden realizar; sin embargo, cabe aclarar que no todas las combinaciones que pueden surgir son concesiones, siendo solo aplicable el concepto de concesión a las combinaciones que tenga la actividad (modalidad) “Transfer” y que la combinación se encuentra íntimamente relacionada con el nivel de riesgo y, consecuentemente, con el principio “mayor riesgo – mayor ganancia”.

Con el fin de explicar algunas combinaciones (aparte de la combinación BOOT), se tomará lo mencionado por el autor Julio Alberto García Castro en su Proyecto final para optar el título de abogado titulado Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT:

“Entre sus modalidades Tenemos²⁴⁰

2. - B.O.O. - (Build Operate and Own). - Es una modalidad de contrato según el cual una compañía privada se compromete a construir y operar, siendo propietario por tiempo indefinido [entendido como posesión]. Los gobiernos suelen dar facilidades e incluso participan en el accionariado. Son más utilizados en los servicios que en las infraestructuras.

3. - B.L.T. - (Build Lease Transfer).- Es una modalidad de contrato en el que hay que construir, arrendar y transferir (BLT) según un acuerdo en el que un promotor (1) diseña y construye un proyecto completo o una instalación (por ejemplo, un aeropuerto, centrales eléctricas, puertos), (2) lo vende al gobierno (o a un socio de empresa conjunta) (3), al mismo tiempo que arrienda (generalmente de 10 a 30 años) para operarlo como un negocio y, después de la expiración del contrato de arrendamiento, (4) se transfiere al gobierno (o socio según lo acordado previamente o a precio de mercado).

4.- B.O.O.T. Inversa. - En donde, el Estado se compromete a hacer la obra y después contrata con una compañía privada para que esa compañía la opere y mantenga. La compañía privada en forma paulatina a través de pagos anuales adquiere la propiedad de esa misma planta [previo proceso de desafectación]. B.O.O.T. inversa es una figura que sirve para casos donde los riesgos en la construcción son muy elevados y, por lo tanto, las firmas privadas no están interesadas en financiar y construir, por ello el Sector Público tiene que asumir dicho riesgo, financiar y construir la planta. Por otro lado, el Estado tiene interés de poseer una alta eficiencia en la operación privada y de allí la razón en que ésta opere la planta mientras dure el contrato. El privado paga a plazos un sobrecosto cada año, para adquirir la propiedad de la planta [previo proceso de desafectación], de forma tal que con el tiempo pase la empresa al sector privado, esto es

²⁴⁰ José Pablo Rodríguez, Las modalidades del Project Finance, 2013 *apud* Julio Alberto García Castro, “Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT”, Tesis para optar el título de abogado, Repositorio de Tesis USAT, 2015, p. 78

independiente del manejo financiero el cual si arroja utilidades son repartidos, cada vez en menor monto, para el Estado, así el riesgo para el privado disminuye, haciéndose más atractivo entrar en el negocio.²⁴¹

Asimismo, siendo las actividades antes explicadas, también se tiene otras combinaciones como DBFOT, BOT, LDO, entre otras.

3.4.4 Diferencias entre un contrato BOOT y un contrato de concesión

Al respecto, al inicio del presente sub – tema, que aborda una breve explicación sobre los aspectos más importantes respecto a los contratos BOOT, se mencionó lo siguiente:

“De igual manera, destacar que el nombre dado a estos contratos corresponde una importación de origen anglosajón (como el término Asociación público privada) y es que el término BOOT que acompaña al término contrato son siglas que responden a las palabras Build (construir), Own (poseer), Operate (operar) y Transfer (transferir). Asimismo, resaltar, nuevamente, que sus efectos jurídicos son los mismos que una concesión de obra pública (o cualquier tipo de concesión)”. Planteándose, seguidamente la siguiente pregunta: ¿Entonces en que se diferencia un contrato BOOT de una concesión propiamente dicha?

Y es que, la pregunta anterior surge de la propia naturaleza y definición del contrato BOOT, debido a que el citado contrato es en esencia una concesión de obra pública, una de las tantas modalidades, por las cuales, se pueden elegir, a fin de conformar una APP. Entonces, si el contrato BOOT es en esencia una concesión, ¿Por qué, en nuestro país, se los denomina de diferente manera, si en esencia son lo mismo? ¿Por qué no solo se utiliza la denominación de concesión de obra pública y se opta por la utilización de denominación contrato BOOT?

²⁴¹ María Angélica Alegría Calvo, Privatización de las Empresas Sanitarias en el mundo: Lecciones Aprendidas, Madrid, 2003 (Congreso Mundial del Agua) *apud* Julio Alberto García Castro, “Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT”, Tesis para optar el título de abogado, Repositorio de Tesis USAT, 2015, p. 78 - 79

Las cuestiones son diversas, pero todas parten de la diferencia entre los contratos BOOT y los contratos de concesión.

En nuestro ordenamiento jurídico, en el marco normativo sobre Asociaciones público privadas y de las experiencias de los diferentes proyectos realizados sobre este régimen legal específico. Se evidencia que los términos contratos BOOT y contrato de concesión se utilizan de forma diferenciada, a pesar de que, el primero es en esencia el segundo. La mencionada diferenciación se da, por ejemplo, en las modalidades sobre las cuales se pueden conformar una Asociación Público Privada como la venta de activos, concesión, asociación en participación, outsourcing, joint ventures y otros permitidos por ley. De lo anterior, se aprecia que se utiliza la denominación concesión y no contrato BOOT.

Como se explicó anteriormente, tal diferenciación parte de la propia definición y principales características de ambos conceptos. Al respecto:

- *“La concesión de obra pública (...) implica la suscripción de un contrato por el cual un concesionario asume a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación, conservación o mantenimiento de una obra pública, recibiendo en calidad de contraprestación el derecho de explotarla mediante un cobro determinado que será efectuado a los usuarios de dicha obra por intermedio de una tarifa o peaje.”²⁴²*
- *“Los contratos BOOT cuyas siglas responden a las palabras Build, Own, Operate and Transfer y que traducidas al español significan Construir, Poseer, Operar y Transferir; son una forma moderna de conjugar recursos públicos y privados para viabilizar obras públicas de gran envergadura. Funcionan bajo el esquema de “concesión obra” en un agente privado que financia la construcción y puesta en marcha del proyecto y obtiene a cambio el derecho de explotarla por un plazo determinado, cobrando a los usuarios determinadas tarifas establecidas en el contrato de concesión y devolviéndolo al*

²⁴² Gómez, op. cit., p. 80.

*final de ese periodo el bien construido a plena propiedad y gestión del Estado*²⁴³

Respecto a la forma diferenciada para denominar cada contrato en nuestro país, es interesante la explicación realizada por la autora Rossana Pilar Taquíá Gutiérrez en su artículo Los BOOT en los contratos del gas natural de Camisea: “(...), los contratos de concesión convienen para los inversionistas privados y para el Estado, porque la concesión es el contrato “continente” y el BOOT el contenido (...)”²⁴⁴. Seguidamente, menciona lo siguiente: “Creemos que los BOOT pueden ser esquemas que se adaptan a toda clase de negocios y contratos, generalmente es incorporado en los contratos de concesión, como en los contratos de Camisea (...), pero ello no lo constituye en un contrato en sí, sino que le otorga un contenido diferente al contrato que lo contiene, por ello las partes pueden estar de acuerdo en el esquema a utilizar sin haber llegado a un acuerdo del tipo de “contrato” que suscribirán.”²⁴⁵

La explicación realizada por la referida autora se presenta muy interesante, a fin de ensayar una diferencia entre los contratos de concesión y los contratos BOOT; de la citada explicación se extrae las siguientes principales ideas:

- ❖ Se utiliza el criterio de continente y contenido para diferenciar los contratos de concesión de contratos BOOT (entendido estos como esquema), donde el continente corresponde a los contratos de concesión y el contenido a los contratos BOOT, los cuales otorgan sus cuatro actividades (modalidades) a los primeros.
- ❖ Se destaca lo mencionado por la autora sobre la posibilidad de que los BOOT puedan ser esquemas que se adapten a toda clase de contratos. En este sentido, se abre la posibilidad de utilizar el esquema BOOT y sus cuatro actividades (modalidades) en otros

²⁴³ García, op. cit., p. 70.

²⁴⁴ Rossana Pilar Taquíá Gutiérrez, “Los BOOT en los contratos del gas natural de Camisea”. *Ágora Revista de Derecho* 3 Y 4 (2002 -2004): 211

²⁴⁵ Id.

contratos, diferentes a los de concesión; teniendo siempre presente la evaluación de cada contrato en específico, la posibilidad de incluir el esquema BOOT en el contrato, las necesidades a satisfacer y los intereses del privado y del Estado.

En conclusión, se debe diferenciar a los contratos BOOT (entendidos como esquemas) de los contratos de concesión. De igual manera, cabe mencionar que, en la realidad (y evitar complicaciones y discusiones terminológicas y conceptuales) ambos conceptos se usan juntos, dando la impresión de su inexistente diferenciación. Como se verá, posteriormente, en el sector eléctrico, siguiendo la clasificación realizado por Rolando Salvatierra Colombina respecto a los contratos de concesión que existen en el sector eléctrico, se tiene al contrato de concesión tipo BOOT para construir líneas de transmisión. Sobre este punto, se realizarán, más adelante, ciertas aclaraciones y precisiones. En el presente tema de tesis y como se hizo mención en su debido momento, se utilizará el término contrato BOOT, entendidos estos como los contratos de concesión que tiene un esquema BOOT, a pesar de que, compartan las mismas características tanto el contrato de concesión y el contrato BOOT (entendido como esquema).

3.4.5 Los contratos BOOT en el sector eléctrico

3.4.5.1 La clasificación en los contratos de concesión en el sector eléctrico, según Rolando Salvatierra Colombina.

Uno de los pocos autores que ha tratado, en la medida de lo posible, de realizar una sistematización de los esquemas contractuales que, generalmente, se celebran en el sector eléctrico es el autor Rolando Salvatierra Colombina. Al respecto, el citado autor identifica, en su artículo titulado Los Contratos de Concesión en el Sector eléctrico, lo siguientes contratos:

“En el sector eléctrico existen varios tipos de contratos de concesión principalmente en la actividad de transmisión, los que estudiaremos a continuación:

a) Contratos de Concesión Definitiva de generación, transmisión o distribución.

b) Contratos de concesión tipo BOOT, utilizado para construir redes de Transmisión Eléctrica.

c) Contrato de concesión para las redes eléctricas de las ex ETECEN y ETESUR, conocidos como RAG.

d) Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión.

e) Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Complementario.

f) Contratos de concesión para Servicios Eléctricos Rurales – SER.”²⁴⁶

A pesar del destacable esfuerzo realizado por el autor, a fin de ensayar una sistematización de las diferentes figuras contractuales, se debe aclarar que es necesario realizar ciertas aclaraciones y precisiones al respecto. En este sentido, con relación al tema de tesis y siguiendo los esquemas contractuales identificados por el referido autor, nos centramos en la breve explicación de los siguientes contratos de concesión: b) Contratos de concesión tipo BOOT, utilizado para construir redes de Transmisión Eléctrica, d) Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión y e) Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Complementario.

3.4.5.2 Respecto a la clasificación en sí y breves reflexiones sobre la concesión definitiva

En cuanto a la clasificación ensayada por el autor Rolando Salvatierra Colombina, esta parte de las siguientes ideas:

²⁴⁶ Salvatierra, Rolando. Los Contratos de Concesión..., op. cit., p. 318.

- Para la realización de cualquiera de las actividades del sector eléctrico en el Perú, se debe contar con un título habilitante previo otorgado por el Estado, esta condición corresponde a una típica manifestación de la actividad de Policía, la cual es estudiada por el Derecho Administrativo.
- En el sector eléctrico, se tienen como títulos habilitantes a la concesión, a la autorización y al permiso (no se considera a la licencia).
- La Ley de Concesiones Eléctricas solo se pronuncia sobre los Contratos de Concesión Definitiva (definición, naturaleza jurídica, temporalidad). Al respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo general, no sigue las características doctrinarias clásicas de toda concesión, destacando que la concesión definitiva en el sector eléctrico se da al que lo pide y no siguiendo un procedimiento competitivo, también se destaca que la concesión definitiva rompe la esencial característica “intuitu persone”, debido se puede “vender concesiones” mediante la figura del contrato civil de cesión de posición contractual.
Asimismo, se tiene la peculiar figura de la concesión temporal, la cual, a diferencia de la concesión definitiva sí sigue la característica clásica de temporalidad de la concesión. De igual manera, en la legislación eléctrica, la concesión definitiva solo se pierde por caducidad.
- El pronunciamiento expreso sobre la naturaleza en el Decreto Ley N° 25844 solo se da sobre la concesión definitiva (naturaleza contractual), mas no se pronuncia sobre los otros contratos presentes en el ámbito eléctrico como los contratos SGT, por lo que se abre la posibilidad de debate sobre su naturaleza.

- Un aspecto peculiar es que la concesión (ya sea de obra pública o servicio público o, siguiendo la clasificación del autor Jorge Danos, de recursos naturales) implica el uso de un bien de dominio público, el cual se caracteriza por representar un interés público general, externo a una interés institucional y particular de la Administración pública. El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 norma sobre la figura del silencio administrativo, la cual se concibe una solución a la inacción de la Administración pública en la tramitación, iniciado por el administrado, de un acto administrativo.

El silencio administrativo se divide en silencio administrativo positivo y negativo. Siguiendo el Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, los procedimientos de evaluación previa (donde se encuentran los contratos de concesión definitiva o los contratos SGT), puede ser: procedimientos de evaluación previa con silencio positivo y procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

Respecto a los primeros, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 menciona lo siguiente:

“Artículo 35.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo

35.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

1.- Todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio administrativo negativo taxativo contemplado en el artículo 38.

*2.- Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo. (...)*²⁴⁷

Respecto al segundo, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 menciona lo siguiente:

“Artículo 38.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.

38.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en los siguientes bienes jurídicos: la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales, procedimientos de inscripción registral y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. La calificación excepcional del silencio negativo se produce en la norma de creación o modificación del procedimiento administrativo, debiendo sustentar técnica y legalmente su calificación en la exposición de motivos, en la que debe precisarse la afectación en el interés público y la incidencia en alguno de los bienes jurídicos previstos en el párrafo anterior. Por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se puede ampliar las materias en las que, por afectar significativamente el interés público, corresponde la aplicación de silencio administrativo negativo. (Texto modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452)

²⁴⁷ Artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo general, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

38.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública.”²⁴⁸

A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico garantiza la idea de la excepcionalidad del silencio administrativo negativo (la regla general es el silencio administrativo positivo y la excepción es el silencio negativo negativo). Del tenor de los artículos antes citados y teniendo presente las características de toda concesión, la figura del contrato de concesión definitiva y el contrato SGT encaja, perfectamente, en el párrafo 38.1 y 38.2, partiendo de la idea de que toda concesión tiene como esencia y fin último el aseguramiento del interés público, asimismo implica la transferencia de un bien de dominio público que también tiene en su esencia un interés público general, a fin de que el administrado lo administre o explote como una manera de retribución por las obligaciones asumidas (ya sea esencialmente la construcción de una obra pública o la prestación de un servicio público), las cuales deben realizarse de manera adecuada y garantizando su plena calidad y cumplimiento. Asimismo, la concesión implica la transferencia de una actividad que, originariamente, le pertenece al Estado, constituyéndose un derecho nuevo a favor del privado. En todo sentido, el otorgamiento de una concesión y su correspondiente administración por el privado afecta diversos bienes jurídicos y, consecuentemente, el interés público, sin dejar de mencionar que la concesión se presenta como el principal mecanismo para promover e incentivar la promoción de la inversión privada y su colaboración mediante una Asociación público privada.

Esta peculiar situación de la normativa del sector eléctrico de calificar el procedimiento de otorgamiento de concesión de definitiva como un procedimiento de evaluación previa sujeto a

²⁴⁸ Artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo general, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

silencio positivo no es consecuente con lo normado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, al parecer porque responde a una “apurada” decisión de buscar medios jurídico que beneficien al inversionista privado que busca invertir en el sector eléctrico; sin embargo, es necesario tener presente en todo momento que se debe priorizar todo interés público sobre todo interés particular, situación que en realidad no se presenta del todo.

3.4.5.3 Respecto a los contratos de concesión tipo BOOT, utilizado para construir redes de Transmisión Eléctrica, Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión y Contrato de concesión de Sistemas Complementario de transmisión.

Al respecto, no se coincide con el criterio del autor Rolando Salvatierra Colombina, respecto a colocar cada uno de los contratos antes mencionados como figuras independientes, debido a que, tanto los Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión (contratos SGT) y los Contrato de concesión de Sistemas Garantizados de Complementario (Contratos SCT) son, a pesar de su diferencia en sus denominaciones, contratos de concesión del tipo concesión de Obra, cuyo contenido sigue un esquema BOOT con sus diferentes actividades (modalidades) que este implica (“Built”, “Own”, “Operate”, “Transfer”) y celebrados con el fin de construir líneas de transmisión, solo diferenciándose en el tipo de sistema de transmisión, es decir, son, en resumidas cuentas, contratos de concesión tipo BOOT, utilizado para construir redes de Transmisión Eléctrica. Asimismo, al darse estos contratos sobre el mecanismo de concesión, son una Asociación público privada y, por lo tanto, se enmarcan en su respectivo régimen.

A continuación, se explicará sobre los Contratos de concesión de Sistemas Garantizados de Transmisión y sobre los Contratos de concesión de Sistemas Garantizados de Complementario (debería ser contratos de concesión de sistemas complementarios de transmisión)

3.4.5.3.1 Los tipos de contratos BOOT en el sub – sector de transmisión

Antes de comenzar a explicar sobre este punto es necesario ubicarnos temporalmente respecto al desarrollo del sub – sector de transmisión y como se mencionó anteriormente: los contratos de concesión tipo BOOT y su punto de partida, se ubicó en la segunda etapa, la cual se caracterizó por la privatización de proyectos de infraestructura y donde destacó como base legal: el Decreto Legislativo N° 839, el TUO CONCESIONES y su reglamento

Asimismo, es necesario volver a hacer una referencia a las etapas históricas del sector eléctrico y su principal punto de separación: **Antes de la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas y luego de la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas.**

a) Antes de la Ley de Concesiones Eléctricas

Como se mencionó anteriormente, antes de la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas, el sector eléctrico se encontraba estancado y había una nula inversión en infraestructura eléctrica, principalmente por acontecimientos propios del sector como la crisis de las tarifas, la cual traía numerosas consecuencias negativas a las empresas del sector eléctrico, lo que se reflejaba en pocas ganancias por los actores del sector eléctrico, sin dejar de mencionar que durante este periodo se dio la nacionalización de diferentes empresas eléctricas, lo que desembocó en un régimen de planeamiento central por parte del Estado empresario de las diferentes actividades del sector eléctrico así como un contexto de monopolio de las empresas estatales.

Asimismo, dentro de este periodo caracterizado por el Estado empresario, destacaron dos empresas: Electrolima y Electroperú, las cuales sirvieron de guía para implementar todas regulaciones que el Estado planeaba implementar en el sector eléctrico.

Uno de los sucesos que se venía incubando desde hace mucho tiempo, antes de la implementación de las reformas estructurales que vinieron con la Ley de Concesiones Eléctricas fue la “crisis de las tarifas”, la cual se caracterizó principalmente por un retraso tarifario, en el sentido que las tarifas cobradas por las empresas eléctricas no reflejaban los verdaderos costos que las empresas incurrían: era necesario actualizarlas a los verdaderos costos, pero el Estado se mantenía reacio a realizar la tan ansiada actualización principalmente por temas políticos y la presión social que se iba a generar si se cobraba un mayor precio a la población por el servicio eléctrico.

Como bien se afirma en el artículo “Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica”, de los autores Roberto Santiváñez Seminario y Paul Sumar Gilt: *“(…) Desde que el Estado se encargó de la prestación del servicio eléctrico en 1972, las tarifas se congelaron en los siguientes 15 años. Durante la predominancia del Estado como empresario en el sector eléctrico, las empresas de electricidad acumularon fuertes pérdidas operativas que representaron en 1989, más del 150% de sus ingresos (…)”*²⁴⁹. Como se hizo referencia anteriormente, ya no se podía evitar por más tiempo no realizar la necesaria actualización tarifaria.

²⁴⁹ Roberto Santiváñez Seminario y Paul Sumar Gilt, “Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica”. Pág 86

b) Luego de la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas

Con la llegada de la década de 1990 y la asunción al gobierno por Alberto Fujimori se reestructuró el sector eléctrico y se implementaron diferentes cambios mediante la Ley de Concesiones Eléctricas, destacando la necesaria actualización tarifaria en el sector eléctrico y la promoción e introducción de competencia en todos los sectores donde se podía, siendo el sector eléctrico uno de los sectores con más cambios. El Estado fue puesto a prueba en la dación de normas legales que permitan canalizar las acciones de los inversionistas privados que luego de la apertura y liberalización del sector eléctrico, se interesaron por contribuir en su desarrollo mediante la privatización de empresas públicas y la construcción de infraestructura eléctrica a fin de invertir y recuperar su inversión con ganancias, lo que llevó a un periodo caracterizado por el otorgamiento en concesión de numerosos proyectos de infraestructura, destacando la infraestructura de transmisión, donde el contrato de concesión tipo fue la vía idónea para la realización de estos proyectos.

Con la llegada de la Ley de Concesiones Eléctricas, también se dio la creación de numerosas figuras legales, con miras a contribuir al fortalecimiento del sector eléctrico: el sistema principal de transmisión (SPT) y el sistema secundario de transmisión (SST) y posteriormente el sistema garantizado de transmisión (SGT) y el sistema complementario de transmisión (SCT), estos dos últimos implementados con la Ley N° 28832, Ley para la asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.

Estas figuras que respondían a una clasificación a fin de incentivar las inversiones en el sector de transmisión, “(...) se

trata de un regulación que plasma la voluntad de conformar un sistema interconectado de transmisión de electricidad cuya clasificación interna obedeció a una necesidad de orden, dónde las líneas de alta y muy alta tensión (primero SPT, luego SGT) conformarían la vía troncal del sistema interconectado; y las redes de menor tensión (primero SST, luego SCT) se encargarían de conectar a los generadores para inyectar su electricidad a la red troncal, o bien para conectar a la demanda (usuarios libres o distribuidores) con la mencionada red.”²⁵⁰

Cada uno de estos sistemas poseía sus características específicas que lo diferenciaban del otro y respondían a dos periodos de tiempo diferentes: con la Ley de Concesiones Eléctricas se implementó el SPT y el SST y con Ley para la asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica se implementó el SGT y el SCT; sin embargo, a pesar de las diferencias técnicas y normativas que poseían, todos los sistemas tenían un elemento en común: usaban como vehículo el contrato de concesión tipo BOOT. De igual manera, con los sistemas SGT y SPT también se implementaron dos procesos de expansión de la red: 1) el plan de transmisión y 2) el plan de inversiones. Se debe tener presente que todos estos cambios estructurales que se dieron en el sector eléctrico, principalmente el sector de transmisión, uno de los sub – sectores que más cambios ha tenido, respondieron a temas de ordenación a fin de incentivar la inversión privada en infraestructura de transmisión y permitir una expansión de la red, para lograr este objetivo se tenía como gran protagonista al sector privado; sin embargo, en ocasiones también se necesitó al Estado y su participación en el sector eléctrico mediante empresas estatales.

²⁵⁰ Ibid, p. 88.

Todos estos conceptos serán explicados brevemente a continuación y se explicará las tres etapas de evolución de los contratos de concesión tipo BOOT, utilizados para construir líneas de transmisión:

Se debe tener presente, antes de todo, que *“la transmisión de la electricidad se divide en redes principales y secundarias. La transmisión principal representa las redes troncales que sirven para unir grandes centros de producción y consumo, y su remuneración es asumida por todos los usuarios del servicio eléctrico”*²⁵¹, se puede decir que dentro de las redes principales se encuentran los sistemas SPT y SGT.

Asimismo, que, la *“transmisión secundaria se remunera mediante peajes secundarios de transmisión. Este costo es asumido por aquellos usuarios que utilizan dicho sistema”*²⁵², se puede decir que dentro de las redes secundarias se encuentran los sistemas SST y SCT.

Teniendo presente las ideas antes mencionadas, se tienen los siguientes puntos:

- Como se dijo anteriormente, con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas se implementó, en un primer momento, los sistemas SPT y SST que respondía al objetivo común de ordenación del sub – sector de transmisión a fin de incentivar y promover la inversión privada en infraestructura de transmisión. *“El SPT es definido como aquél en el que la electricidad por lo común fluye de forma bidireccional, permitiendo a los generadores comercializar potencia y energía en cualquier barra de dicho sistema. Así,*

²⁵¹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 152.

²⁵² Id.

en el SPT no es posible identificar exactamente qué generadores usan dicha infraestructura. A diferencia de ello, en el SST por lo común el flujo de electricidad es unidireccional y permite a los generadores conectarse al SPT o comercializar potencia y energía en cualquier barra de este sistema. Además, en el SST sí es posible identificar a los usuarios de dichas instalaciones.”²⁵³; sin embargo, el tema central respecto a estos cuatro sistemas se centra en la regulación de la remuneración, lo que ha llevado a distinguir dos periodos bien diferenciados y que explican la transmisión de las etapas de estos sistemas y de los contratos de concesión tipo BOOT. El periodo caracterizado por los sistemas SPT y SST se denomina “regulación por regulador” y como su mismo nombre lo dice, se caracterizó porque el regulador, en este caso, Osinergmin decidía la remuneración que iba a percibir los concesionarios de las instalaciones SPT.

- Respecto a las instalaciones SPT, “(...) son remuneradas por el abono de una compensación mensual a ser efectuada por los generadores que estén conectados a dicho sistema. Dicha compensación deberá incluir el Costo Total de Transmisión. El Costo Total de Transmisión es la suma de la anualidad de la inversión y los costos de operación y mantenimiento”²⁵⁴, asimismo, la remuneración de la infraestructura SPT se guiaba por criterios de eficiencia “que usan estándares técnicos y económicos y que tomaban como parámetro de referencia la configuración de un Sistema Económicamente Adaptado (SEA). Adicionalmente, estos criterios son revisados periódicamente y susceptibles de ser modificados por el organismo regulador”²⁵⁵. El

²⁵³ Santiváñez; Sumar, op. cit., p. 90.

²⁵⁴ Id.

²⁵⁵ Id.

Sistema Económicamente Adaptado se define como “*un sistema hipotético creado y modelado por el propio regulado*”²⁵⁶, lo que posibilitaba cambios y modificaciones que no generaban seguridad y predictibilidad a los inversionistas. Esta característica que posibilitaba la revisión de los criterios de eficiencia fue el principal obstáculo que se reflejó en pocas inversiones en infraestructura eléctrica, debido a que los inversionistas no tenían las seguridades y garantías adecuadas para poder invertir: se hacía necesaria la creación de seguridades y garantías que incentiven la predictibilidad y fomenten las inversiones privadas, debido a que la Ley de Concesiones Eléctricas no brindaba las citadas seguridades y garantías a los concesionarios e inversionistas interesados en colocar su inversión en el sector eléctrico, como se hizo referencia, la incertidumbre y la poca inversión en el sector infraestructura se debió principalmente al mecanismo de remuneración propuesta por la Ley de Concesiones eléctricas, la cual se caracterizada por la modificación y revisión de criterios por el organismo regulador, lo que no brindaba los incentivos necesarios para los inversionista privados, respecto a la recuperación de su inversión y a las ganancias esperadas.

- Si bien con la llegada de la Ley de Concesiones eléctricas se implementaron numerosas medidas estructurales que reformaron el retrasado y decadente sector, al punto que se pasó de un panorama sombrío a uno de gran desarrollo y progreso. El ansiado progreso no fue equitativo, al menos en sector de transmisión tardó en materializarse en la realidad: fue recién luego del año 1998 cuando se firmó el primer contrato de concesión tipo BOOT para la construcción de la línea de transmisión Mantaro – Socabaya de 220 Kv, la cual,

²⁵⁶ Ibid, p. 91.

como mencionamos anteriormente, permitió la conformación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. **Se puede afirmar que la historia de los contratos BOOT comenzó a partir del año 1998** y como todo suceso histórico, respondió a una necesidad apremiante, en este caso: a la búsqueda de un régimen paralelo a la Ley de Concesiones Eléctricas que permitiría la tan necesaria creación de seguridades y garantías, periodo denominado en el artículo Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica como “*Régimen paralelo: regulación por contrato*”²⁵⁷, que como su mismo nombre lo dice: un periodo donde el contrato BOOT fue la piedra angular y vehículo para la creación de las garantías y seguridades que requerían los inversionista para permitir la inversión en infraestructura eléctrica, en especial en la de transmisión.

Como bien se menciona en el artículo Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica, respecto al Sistema económicamente adaptado: “*Esta forma de cálculo introducía el riesgo de que el valor de la inversión calculado por el regulador difiriese sustancialmente del valor real de la inversión efectuada por la concesionaria de transmisión. Aunado a lo anterior, el Costo Total de Transmisión debía ser revisado periódicamente por el regulador, siendo factible que en cada revisión se modifique el valor del mismo*”²⁵⁸, lo mencionado anteriormente tuvo como consecuencia que no existió inversión privada hasta el año 1998 cuando se firmó el contrato BOOT “Mantaro – Socabaya”, solamente antes del citado año, la inversión en transmisión se daba a través de las empresas: Etecen y Etesur.

²⁵⁷ Id.

²⁵⁸ Id.

Este régimen paralelo, correspondiente al segundo periodo de infraestructura eléctrica, que se materializó a través de las siguientes normas jurídicas: Decreto Legislativo N° 839, el TUO CONCESIONES y su Reglamento, destacando principalmente el TUO CONCESIONES.

Es importante destacar que el mencionado régimen se dio de manera simultánea con la Ley de Concesiones Eléctrica y se centró en privatizar “*empresas estatales y promover la inversión privada en concesiones de obra pública y servicios públicos*”²⁵⁹; es por esto que mediante las referidas normas jurídicas se dio numerosas garantías y seguridades a los inversionistas y capital privado a fin de incentivar la inversión en infraestructura de transmisión, una situación muy diferente a la Ley de Concesiones Eléctricas, la cual no daba suficiente certidumbre y garantías para la inversión.

Entre las principales garantías para la inversión que otorgaba este régimen pueden encontrarse las siguientes: a) la determinación contractual del sistema de tarifas, peajes, precios u otro que permita recuperar la inversión, así como su fórmula de reajuste; b) la posibilidad de que los contratos tengan cláusulas que estipulen la indemnización del concesionario en caso el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesiones por causales no previstas expresamente en la ley; y c) la posibilidad de someter a arbitraje nacional o internacional las controversias de carácter patrimonial que deriven del contrato de concesión. Bajo este régimen denominado “regulación por contrato”, los inversionistas privados comenzaron a invertir en la infraestructura de transmisión calificada como SPT.

²⁵⁹ Ibid, p. 92.

Como se mencionó, en este periodo se suscribió el contrato BOOT “Mantaro – Socabaya” para construcción de infraestructura de transmisión SPT (Contrato BOOT del SPT): *“(...) la regulación contractual incluida en los Contratos BOOT del SPT otorgó la estabilidad y predictibilidad requeridas por los inversionistas privados para efectuar sus inversiones, por lo que el marco normativo del SPT de alguna manera cedió antes la reglas previstas en los contratos”*²⁶⁰, encabezado por el TUO CONCESIONES.

Producto de este régimen establecido mediante contrato, encabezado por el TUO CONCESIONES, se incrementó la inversión en infraestructura de transmisión del SPT. Posteriormente, el Estado tomó como referencia los mecanismos tarifarios establecidos en los Contratos BOOT del SPT para el establecimiento de un régimen general que generase incentivos adicionales para la inversión en instalaciones de transmisión.

c) Luego de la promulgación de la Ley de para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica

Lo establecido durante el régimen de regulación por contrato sirvió para establecer un nuevo régimen que iba a entrar en vigencia con la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica en el año 2006. Para la implementación de citado “nuevo régimen”, *“mediante Ley N° 28447, se creó una Comisión integrada por representantes del Ministerio de Energía y Minas y OSINERGMIN para proponer un proyecto de ley destinado a asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica en el Perú sobre la base de la incorporación de mecanismos de mercado,*

²⁶⁰ Ibid, p. 93.

*mitigación de riesgos e introducción de la competencia por el mercado, entre otros aspectos*²⁶¹.

Cabe mencionar que, si bien la Ley de Concesiones Eléctricas respondió en su debido momento a una necesidad de cambio y de introducción de reformas estructurales en el sector eléctrica, entre ellas competitividad en los sub – sectores de la industria eléctrica y la priorización del libre mercado, en la realidad se evidenció que la Ley de Concesiones Eléctricas debía perfeccionarse a fin de consolidar el cambio. El tan ansiado perfeccionamiento se dio a través de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, la cual se centró en mitigar los riesgos que aún persistían en la Ley de Concesiones Eléctricas, principalmente en la remuneración de los concesionarios de transmisión, para esto, *“el Estado tomó como referencia los mecanismos tarifarios establecidos en los Contratos BOOT del SPT para el establecimiento de un régimen general que generase incentivos adicionales para la inversión en instalaciones de transmisión.”*²⁶²

También con la promulgación de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica se introdujo dos nuevas clases de instalaciones: el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). *“De esta manera, a partir de la vigencia de la LGE, el sistema de transmisión de energía eléctrica está integrado por cuatro clases de instalaciones: el SPT, el SST, el SGT y el SCT. Las instalaciones del SPT y del SST son aquellas instalaciones calificadas como tales por la LCE y cuya puesta en operación comercial se produjo antes de la promulgación de la LGE, a la que se ha hecho referencia*

²⁶¹ Ibid, p. 96.

²⁶² Id.

previamente. Por su parte, las instalaciones del SGT y del SCT son aquellas cuya puesta en operación comercial se produce en fecha posterior a la promulgación de la LGE [Ley de para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica]²⁶³.

c.1) Sistema Principal de Transmisión (SPT), Sistema Secundario de Transmisión (SST), Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y Sistema Complementario de Transmisión (SCT)

“La transmisión de electricidad se divide en redes principales y secundarias. La transmisión principal representa las redes troncales que sirven para unir grandes centros de producción y consumo, y su remuneración es asumida por todos los usuarios del servicio eléctrico. La transmisión secundaria se remunera mediante peajes secundarios de transmisión. Este costo es asumido por aquellos usuarios que utilizan dicho sistema.”²⁶⁴

Dentro de la transmisión en redes principales se encuentran el Sistema Principal de Transmisión (SPT) y el Sistema Garantizado de transmisión (SGT). El primero de los mencionados sistemas fue introducido por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, mientras que el segundo tuvo su sustento en la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, la cual sirvió para perfeccionar la Ley de Concesiones Eléctricas.

²⁶³ Ibid, p. 99.

²⁶⁴ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, op. cit., p. 152.

De igual manera, dentro de la transmisión en redes secundarias se encuentran el Sistema Secundario de Transmisión (SST) y el Sistema Complementario de transmisión (SCT). El primero de los mencionados sistemas fue introducido por el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, mientras que el segundo tuvo su sustento en la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, la cual sirvió para perfeccionar la Ley de Concesiones Eléctricas.

Cabe aclarar respecto a los sistemas de transmisión antes mencionados los siguientes puntos:

- ❖ Si bien en sector eléctrico existen cuatro sistemas de transmisión: SPT, SST, SGT Y SCT; a nivel normativo, la clasificación basada los sistemas SPT, SST fue reemplazada por la clasificación de los sistemas en SGT y SCT desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, es decir, a partir de esta ley, los sistemas de transmisión solo se podían en SGT o SCT, siguiendo los criterios de planificación dados por el Ministerio de Energía y Minas y el COES.
- ❖ Si bien, en un inicio, los sistemas de transmisión SPT y SST no respondieron a un esquema de planificación propiamente. En el caso de los sistemas de transmisión SGT y SCT sí se tenía un esquema de planificación. En este sentido, cada sistema poseía uno diferente: en el sistema SGT, la planificación de líneas de transmisión respondía a una necesidad pública (interés público) por lo que el plan de construcción de estas por los inversionistas privados

se daba a través del denominado “plan de transmisión”, el cual se consistía en un documento vinculante, propuesto por el COES y aprobado por parte del MINEN.

En el caso del sistema de transmisión SCT, este “*surge de acuerdo a las necesidades específicas de los generadores, distribuidores y grandes usuarios*”²⁶⁵, es decir, respondía a una necesidad privada de las propias empresas involucradas en el sector eléctrico. Asimismo, la planificación de la construcción de líneas en este sistema se dio a través de un “plan de inversiones”.

De igual manera, cabe mencionar que, respecto a la remuneración de cada sistema de transmisión: SPT, SST, SGT y SCT, cada uno respondía a criterios y métodos diferentes entre cada uno de los citados sistemas.

3.5 El contrato administrativo

3.5.1 Aspectos generales sobre los contratos administrativos

Desde siempre, el contrato administrativo ha sido una figura muy controvertida en el derecho administrativo, principalmente por la pugna con los tradicionales contratos civiles. Si se lee bibliografía relacionada el tema, se evidencia que, casi todos los autores dedicados a la rama administrativa (por no decir todos) dedican páginas enteras a explicar, el tradicional y antiguo conflicto existente entre las figuras del contrato administrativo y contrato civil. En la presente explicación se trata de abordar de manera somera y puntual las principales ideas respecto a la presente figura, la cual hasta nuestros días se sigue estudiando y analizándose sus relaciones con otras figuras del derecho administrativo.

²⁶⁵ Id.

Es necesario comenzar a describir la presente figura, diciendo, en primer lugar, lo que se entiende por contrato. Y es que, si lo analizamos sintácticamente de las palabras “contrato administrativo”, se evidencia que contrato se presenta como el sujeto y administrativo como un adjetivo de contrato; describiendo, de esta manera, que aquel contrato pertenece o se encuentra relacionado al ámbito de la administración pública.

Respecto al contrato: Se puede afirmar con seguridad, de que esta figura es una de las piedras angulares de todo ordenamiento jurídico, lo que traído como consecuencia que cuantiosos autores dediquen libros y bibliotecas enteras a su estudio, análisis y descripción. No podemos empezar a escribir al contrato, sin hacer una remisión a nuestra constitución política, la cual si bien no establece una definición específica sobre la figura del contrato como sí lo hace nuestro código civil, el cual deja constancia de su protección constitucional y su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, se destacan los siguientes artículos de la constitución política del Perú:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

(...)”²⁶⁶

“Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación

²⁶⁶ Párrafo 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú del año 1993

contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades.

No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”²⁶⁷

Asimismo, de manera más específica y relacionado con la participación del Estado en contrataciones públicas en sentido general, se tiene el artículo 76 el cual menciona lo siguiente: *“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”²⁶⁸* Cabe mencionar que si bien, en nuestro ordenamiento jurídico, existe un régimen jurídico específico para las Asociaciones Público Privadas, el cual se diferencia del régimen de contrataciones con el Estado. Se puede afirmar que, en esencia, en ambos regímenes, el Estado contrata con un privado, el cual participa como colaborador del Estado, a fin de concretar la realización de actividades (que, en un primer momento, solo le corresponderían realizar al Estado) con miras a garantizar y promover el interés público de la población.

Como bien afirma y concluye, el autor Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado en su tesis titulada “Las prerrogativas exorbitantes de la administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la ley de contrataciones con el Estado y su reglamento”: *“(…) si bien no nos explican qué podemos entender como contrato, si nos dan a conocer la protección de carácter constitucional que se desea brindar a todo aquel acuerdo de*

²⁶⁷ Artículo 62 de la Constitución Política del Perú del año 1993

²⁶⁸ Artículo 76 de la Constitución Política del Perú del año 1993

voluntades a la que puedan llegar dos o más sujetos en nuestro territorio nacional."²⁶⁹

De igual manera, es necesario mencionar la definición que se tiene de contrato en nuestro Código Civil del año 1984, el cual desarrolla en el libro VII sobre fuentes de las obligaciones, los principales aspectos y definiciones relacionados a los contratos. Al respecto se tiene el artículo 1351°, el cual brinda una definición sobre contrato: *"El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"*²⁷⁰

Se destaca la decisión del legislador peruano por normar sobre una definición específica del contrato, el cual, si bien es aplicable para el ámbito privado, lo mismo que involucra características específicas para los que participan en el citado ámbito. Al brindar una definición, centra puntos de vista y establece las características esenciales de esta figura jurídica, que servirán como una especie de "filtro" a todo acuerdo que aspire a llamarse contrato. Adicionalmente, *"(...) a lo largo del cuerpo normativo nos establece pautas esenciales que posee esta institución del derecho común; aspectos como la libertad contractual (1354°), obligatoriedad de los contratos (1361°), buena fe (1362°), perfeccionamiento de los contratos (1373°), entre otros (...)"*²⁷¹

- **Respecto a la palabra administrativo:** Este se presente como el adjetivo de la palabra contrato, lo cual hace alusión a un contrato que se relaciona con la administración pública. En cuanto a la administración pública, solo queremos brindar una visión general y de fácil entendimiento, respecto a los que se entiende por esta. En este sentido, se destaca la técnica legislativa del legislador al brindar parámetros específicos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (actual Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, ley del procedimiento administrativo general, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS) sobre qué es lo

²⁶⁹ Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado, "Las prerrogativas exorbitantes de la administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la ley de contrataciones con el Estado y su reglamento" (Tesis para optar el título de abogado, Repositorio Académico USMP, 2018), 5.

²⁷⁰ Libro VII, artículo 1351 del Código Civil (1984)

²⁷¹ Hernández, op. cit., p. 6.

que se entiende por administración pública y que entidades forman parte de esta. Al respecto, el citado Texto Único Ordenado, señala en su título preliminar lo siguiente:

“Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

- 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;*
- 2. El Poder Legislativo;*
- 3. El Poder Judicial;*
- 4. Los Gobiernos Regionales;*
- 5. Los Gobiernos Locales;*
- 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.*
- 7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,*
- 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.*

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.”²⁷²

A manera de una conclusión somera y didáctica y teniendo presente la breve explicación realizada sobre las palabras contrato y administrativo, las cuales conforman la figura “contrato administrativo”, se puede afirmar que

²⁷² Título Preliminar, artículo I del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, ley del procedimiento administrativo general, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

el contrato administrativo, en un primer momento y de forma general, hace alusión a todo acuerdo relacionado con algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior. Se consideró importante realizar esta breve introducción sobre los contratos administrativos (siguiendo una básica explicación sintáctica) a fin de tener una idea general sobre estos. A continuación, se realizará una descripción y análisis netamente doctrinario sobre esta interesante y controvertida figura.

3.5.2 Aspecto específicos y doctrinarios sobre los contratos administrativos

Es interesante la introducción realizada por el autor Ramón Huapaya Tapia en el artículo titulado “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”:

“El contrato administrativo (público, estatal) es un perpetuo devenir en el derecho administrativo, fundamentalmente un enigma. Es habitual reconocer que la Administración Pública, en procura de los intereses generales actúa jurídicamente por norma, acto y contrato. Ciertamente, tanto las normas (típicamente, el reglamento) y los actos reflejan una actuación unilateral de la Administración, mientras que el contrato refleja una actuación bilateral entre la Administración y los particulares, dentro de un entorno de colaboración. En dicho contexto, la construcción dogmática sobre el contrato administrativo (público, estatal) ha sido una de las preocupaciones más constantes en el devenir histórico de la teoría del derecho administrativo (...)

Lo cierto es que la Administración Pública contrata con los particulares en una lógica no de mando ni de imposición, sino de colaboración. Algo contradictorio, si aceptamos que la esencia de la Administración es mandar de forma unilateral, claro está en satisfacción de los bienes jurídicos colectivos a los cuales sirve. Sin embargo, en esa misma lógica, en una economía de mercado, la Administración, para servir precisamente estos mismos intereses generales, debe negociar y pactar con los particulares

para obtener su colaboración en la satisfacción de estos cometidos públicos.”²⁷³

De lo citado anteriormente, resume de manera concisa las ideas esenciales sobre el contrato administrativo, en el sentido de que, como se mencionó anteriormente, son las siguientes:

- 1) la figura del contrato administrativo se presenta como una figura accidentada, la cual ha merecido numerosas posiciones y teorías, a fin de entender su esencia y naturaleza,
- 2) La razón de ser de la administración pública, que se traduce en la procura y promoción del interés público, ya sea por norma, acto y contrato (contrato administrativo), siendo este último un medio de origen privado, caracterizado principalmente por la bilateralidad, el consenso, la igualdad de las partes intervinientes y las prestaciones recíprocas y que sirve al Estado para concretar y garantizar el interés público de la población en general,
- 3) el rol de colaborador con el cual el privado participa al celebrar un contrato con el Estado, en este caso, este colaborador ayudará al Estado en la materialización y realización de sus cometidos público a fin de garantizar el interés público, los cuales, en un primer momento, solo correspondería su realización al Estado.

Asimismo, se destaca la afirmación realizada por el autor Richard J. Martín Tirado, la cual complementa a las ideas mencionadas anteriormente, en el sentido de que *“en términos históricos, el Estado ha sido considerado probablemente como el principal agente económico en el desarrollo de un país (...) el rol protagónico que el Estado ostenta como consumidor de bienes y/o servicios. Tal circunstancia genera la necesidad de cumplir con un conjunto de tareas, que implican el desarrollo de numerosas actividades que se encuentran plasmadas en documentos que tienen naturaleza*

²⁷³ Ramón Huapaya Tapia, “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”, IUS ET VERITAS 46 (2013): 285

*contractual*²⁷⁴. Y es que, como se hizo alusión anteriormente, el Estado procura y garantiza los intereses generales mediante tres medios: normas, actos y contrato. Este último medio, de acuerdo a su esencia y naturaleza, se considera ajeno a la naturaleza estatal, es por eso que el Estado a fin de poder realizar sus actividades propias, utilizó la figura del contrato de naturaleza civil, el cual se presenta como el mecanismo por excelencia que permite el acuerdo entre dos partes con miras a que cada una pueda satisfacer sus intereses, y lo introdujo en el ámbito estatal. Cabe mencionar que la utilización de la figura del contrato privado en el ámbito administrativo tuvo como consecuencia el cambio de esencia de este y se aplicó características peculiares que lo distinguían del tradicional contrato civil, por el mismo motivo de que una de las partes contratantes era una entidad de la administración pública (Estado). Asimismo, esta utilización del contrato en el ámbito estatal conllevó a cuantiosos debates jurídicos – doctrinarios sobre esta “nueva figura”, generando numerosas teorías y posiciones muy divergentes.

Se debe destacar que la utilización del contrato en las diversas relaciones donde participa el Estado son numerosas, que *“pueden abarcar desde la adquisición de bienes y/o servicios, hasta aquellas otras operaciones cuya finalidad radique en la contratación de personal u otros propósitos.”*²⁷⁵ Es gráfica la enumeración realizada por el autor Richard J. Martín Tirado, quien mencionada lo siguiente: *“Es posible afirmar que en el Perú, la Administración Pública celebra distintos tipos de contratos, siendo los más importantes por su relevancia en el desarrollo de las actividades estatales y su tratamiento a nivel legal: (i) Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras; (ii) Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura; (iii) Los contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica; (iv) Los contratos para la disposición de bienes del*

²⁷⁴ Tirado, op. cit., p. 306.

²⁷⁵ Id.

Estado; (v) Los convenios interadministrativos; (vi) Los convenios financieros del Estado; (vii) Los contratos de personal.”²⁷⁶

Sin embargo, a pesar de la gran y dispersa cantidad de contratos que se celebran en el ámbito de la administración pública, todos tienen un elemento en común: *“El hecho de que las partes de esta relación sean, por un lado, una entidad u órgano estatal y por el otro, un agente privado. Este asunto neurálgico ha generado un intenso debate en relación a la naturaleza jurídica de dichos contratos, dando pie a diversas posturas sobre el tema.”²⁷⁷* A la afirmación citada anteriormente, agregar que también se puede dar la situación de que las partes de esta relación sean dos entidades de la administración pública.

3.5.3 El Concepto del contrato administrativo

Es necesario explicar brevemente respecto al aspecto histórico del contrato administrativo, el cual, desde sus orígenes ha tenido en su esencia los conceptos de interés general, poder público, legalidad y servicio público y es que los citados conceptos han sido el motor de su evolución y desarrollo tanto en el aspecto jurídico como en el aspecto histórico, siendo también las bases teóricas sobre diversas posiciones sobre este contrato que se desarrolla en el ámbito de la administración pública.

Respecto a los hechos que sustentaron la génesis de este contrato y siguiendo a la explicación realizada por el autor Mario Linares Jara en su artículo “El Contrato Administrativo en el Perú”, se destacan los siguientes hechos:

- *“Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX reservaron a la jurisdicción administrativa los contratos celebrados por la administración por motivos de orden político.”²⁷⁸*

²⁷⁶Ibid, p. 353.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Mario Linares Jara, “El Contrato Administrativo en el Perú”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 1 (2006): 288-289.

- Asimismo, el Consejo de Estado Francés aportó en la evolución del presente contrato al reservar para un régimen jurídico especial para (diferente al fuero civil) cualquier contrato que tenga como objeto un servicio público, el cual encarna la procura del interés público, razón suficiente para que se dé la *“supresión del régimen de igualdad entre las partes por la superioridad de la administración, la cual goza de una serie de potestades en función al interés general del servicio público.”*²⁷⁹
- *“La explicación histórica del contrato administrativo se da a través de la atribución para la justicia administrativa de las ventas de bienes nacionales que habían sido confiscados al clero y a los inmigrantes durante la Revolución de 1789, con el propósito de otorgar seguridad y expeditividad en la solución de conflictos a los compradores (...).”*²⁸⁰

De igual manera, cabe mencionar que la constante evolución del contrato administrativo también simboliza la constante lucha por la independencia del mismo contrato y del derecho administrativo, respecto al derecho civil, debido a que no faltaron posiciones que negaban su respectiva “sustantividad” (independencia) tanto del contrato como de la rama del derecho administrativo.

A pesar de este debate jurídico – doctrinario que viene impuesto en la esencia misma del contrato administrativo, se puede afirmar que la figura del contrato administrativo (o contrato público) es una figura reconocida en el derecho, por lo cual, el debate se ha trasladado a su clasificación y naturaleza jurídica, dejándose de lado la interrogante sobre su existencia.

En cuanto al concepto del contrato administrativo, en el mundo doctrinario se han presentado numerosas propuestas de definición, sin embargo, nos quedamos con las definiciones brindadas por Richard J. Martín Tirado y Ramón Huapaya Tapia. Al respecto, el primer autor menciona lo siguiente: *“la contratación administrativa no es más que una categoría jurídica en virtud de la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones*

²⁷⁹ Ibid, p. 289.

²⁸⁰ Id.

jurídicas patrimoniales y que presentan con respecto de los contratos privados, ciertas particularidades por encontrarse sometidas a normas de derecho público, que determinan de manera subyacente su contenido, principalmente, por el ámbito dentro del cual enmarca su actuación la administración pública”²⁸¹.

Asimismo, el segundo autor señala que *“el contrato público es todo acuerdo de voluntades, permitido por ley, en los que interviene una entidad de la Administración Pública, en el ejercicio de una función o cometido público – administrativo, acuerdo del cual surgen derechos y obligaciones para las partes contratantes. Lo relevante de la definición es el elemento subjetivo (presencia de una entidad pública) y la causa – fin del contrato, que es el cumplimiento de finalidad administrativo, predeterminada por la norma.”²⁸²*

Haciendo la salvedad de que el aturo R Richard J. Martín Tirado opta por definir, en un sentido general, lo que se entiende por contratación administrativa, la cual se materializa a través del contrato administrativo y el cual, a su vez, posee diversas tipos y manifestaciones. De las definiciones anteriores, se destacan los siguientes elementos, respecto a la definición del contrato administrativo: 1) Es un acuerdo de voluntades, 2) se requiere la intervención de una entidad de la Administración Pública por lo menos, lo cual no excluye la situación de ambas partes sean entidades administrativas, 3) la relación se caracteriza por constituirse en derechos y obligaciones recíprocas, 4) los efectos del contrato consiste en la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, y 5) el punto más controvertido es que se diferencian de los contratos civiles por ciertas particularidades.

Justamente las teorías sobre el presente contrato se enmarcan en el punto 5 mencionado en el párrafo anterior, respecto a sustentar su diferencia respecto al contrato privado y consecuentemente su naturaleza de los contratos administrativos.

²⁸¹ Tirado, op. cit., p. 308

²⁸² Huapaya, Ramón. Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos..., op. cit., p. 286.

3.5.4 Naturaleza jurídica del Contrato Administrativo

Como se ha venido mencionando, la administración pública al utilizar e importar la figura del contrato del ámbito privado al ámbito público, generó una figura peculiar y con características peculiares, lo cual se ha materializa en la continua y abundancia discusión respecto a la figura del contrato Administrativo.

Como bien afirma Richard J. Martín Tirado: *“Lo expuesto no es desconocido para los especialistas en el tema, se ha señalado que “[e]l problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil – que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica – y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.”*²⁸³

Sin embargo, cabe mencionar que, actualmente, a pesar de todo lo mencionado por la doctrina acerca del contrato administrativo, se afirma que ya es una figura que se ha ganado un espacio en la rama del derecho administrativo, lo cual se traduce en una regulación propia y un régimen jurídico específico, separado del régimen privado o de derecho civil, el cual ha pasado a una posición accesorio y/o supletoria. Y es que *“la Administración necesita negociar y pactar con los particulares diversos tipos de contratos, cuyo régimen jurídico precisamente no es de derecho privado, sino fundamentalmente de derecho público, en el entendido que la Administración puede pactar, pero sujeta estrictamente al principio de legalidad”*²⁸⁴ y, como se mencionó anteriormente, un régimen jurídico específico con su propia normatividad.

²⁸³ Cassagne, op. cit. pág.360, *apud* J. Richard Martín Tirado, El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. Revista de Derecho Administrativo PUCP 13, Lima, 2013, p. 308.

²⁸⁴ Manuel Rebollo Puig, Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública, Madrid, 2004 (V Congreso Luso-hispano de Profesores de derecho administrativo) *apud* Ramón Huapaya Tapia, “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos

Respecto a las teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo, el autor Richard J. Martín Tirado menciona de manera concisa que “ (...) algunos autores consideran que en atención a las particularidades del caso, el Estado celebra tanto “Contratos Administrativos” como “Contratos Privados de la Administración”, los que dependiendo del caso, se rigen por un marco normativo diferente, (para el caso de los contratos administrativos, es aplicable el derecho público, mientras que, para el caso de los contratos privados de la Administración sería aplicable el derecho privado); por otro lado, existe una postura mayoritaria de quienes consideran inútil dicha clasificación, puesto que éstos son, en últimas instancia, contratos estatales, que se rigen por ambos marcos normativos. Esta discusión ha generado, en la actualidad, una serie de distorsiones en el régimen de contratación pública.”²⁸⁵

En este sentido, se tienen dos concepciones o posiciones:

Cabe aclarar, respecto a las concepciones y posiciones sobre la naturaleza del contrato administrativo, que, la mayoría de autores solo considera dos concepciones: la concepción dualista y la concepción unitaria, cada una con sus propias características que las distinguen una de otra; sin embargo, también se debe incluir a la concepción más antigua sobre este tema, la cual se centró en sustentar la inexistencia propiamente dicha del contrato administrativo y que, a diferencia, de la concepción unitaria que sustenta que todos los contratos que celebra la administración pública son contratos de derecho público (contratos públicos). La teoría se funda en una concepción inversa, en el sentido de que afirma que todos los contratos que celebra la administración pública son de derecho privado (contratos privados). Esta concepción antigua “(...) entiende que todos los contratos celebrados por la administración pública están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados (...).”²⁸⁶

públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”, IUS ET VERITAS 46, Lima, 2013, p. 286.

²⁸⁵ Tirado, op. cit., p. 307

²⁸⁶ Hernández, op. cit., p. 7

3.5.4.1 La concepción dualista o clásica

Esta posición, términos generales, explica que la administración, al contratar, puede celebrar dos tipos de contratos: los contratos administrativos y, por otro lado, los contratos privados de la administración, los cuales se diferencian tanto por su naturaleza y régimen jurídico. En términos generales, en esta posición se encuentran englobados numerosos criterios, los cuales se centran en distinguir los contratos que celebran la administración pública a fin de realizar de sus actividades propias y que permitirán garantizar y promover el interés público de la población; circunscribiéndose los contratos administrativos en el derecho público (y, consecuentemente, normado por un régimen público) y los contratos privados de la administración en el derecho privado.

“Para aquellos que se adhieren a la postura que reconoce una concepción dualista del contrato administrativo, se analiza ésta figura con marcado énfasis en lo que a sus características particulares se refiere con respecto al contrato privado, así como en base a los criterios en función a los cuales se hace sumamente necesaria dicha diferenciación.”²⁸⁷

Asimismo, esta concepción, a fin de sustentar la esencia, trata sobre las características del contrato administrativo y los criterios que sustentan esta diferenciación respecto a los contratos privados de la administración. Tratando de sistematizar los dos mencionados contratos, se puede afirmar que tanto los contratos administrativos y los contratos privados de la administración se encuentran dentro una categoría general denominada contratos de la administración, donde los contratos administrativos se conciben como aquellos contratos sujetos al régimen de derecho público, mientras que los contratos privados de la administración, en teoría, se deben entender como aquellos contratos donde, a pesar de estar presente una entidad de la administración

²⁸⁷ Tirado, op. cit., p. 309.

pública, se sujetan al derecho privado, en esencia, serían contratos privados, lo que evidencia que, a pesar de la denominación de contratos privados de la administración, estos son contratos privados donde participa una entidad de la administración pública. En este sentido, el meollo del asunto de centra en sustentar la independencia y diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privado (contratos privados de la Administración)

a) Características de los contratos administrativos

La base teórica de la teoría dualista sobre la naturaleza del contrato administrativo y sus diferentes partidarios, a fin de sustentar una diferencia de los contratos privados y los contratos administrativos, reconocen la existencia de características particulares en estos últimos, las cuales lo diferencian de los primeros. En este sentido, siguiendo la sistematización realizada por el autor Richard J. Martín Tirado, se rescatan las siguientes principales características:

- **La limitación a la libertad de las partes**

“Con respecto a la actuación de la Administración, se señala que ésta se encuentra limitada por la sujeción al Principio de Legalidad, en virtud del cual, no sólo no goza de libertad para elegir a sus co-contratantes, sino que, adicionalmente, tampoco puede decidir la forma en que debe concertar los contratos que celebra.

En lo que a limitaciones a los particulares se refiere, se afirma que éstos se encuentran sujetos a las condiciones que de manera unilateral fija la Administración, por ejemplo, en las bases y condiciones que rigen un proceso de contratación.”²⁸⁸

Tomando en consideración la limitación que corresponde a cada parte que celebra un contrato administrativo, se tiene, por el lado del

²⁸⁸ Ibid, p. 310.

privado, que este acepta, sin posibilidad de negociar, las condiciones unilaterales de la administración, configurándose el contrato administrativo, para el privado, en un contrato de adhesión; sin embargo, hay que hacer un pequeño matiz en esta idea, debido a que, como se mencionó en su oportunidad, “el contrato administrativo” por excelencia es el contrato de concesión (haciendo la salvedad de su naturaleza mixta y siguiendo sus características doctrinarias), entonces se dice que el privado, al aceptar las condiciones unilaterales de la administración, también muestra su voluntad y libertad de aceptar las citadas condiciones (nadie le obliga), en este sentido se sustenta la naturaleza mixta del contrato de concesión. Asimismo, por el lado de la administración pública, se tiene como limitación al principio de legalidad, lo cual se concretiza en un régimen jurídico específico que le permita a la administración pública contratar, “(...) *el mismo que manda que el contrato se forme, suscriba y ejecute conforme a las reglas diferentes a los privados.*”²⁸⁹

- **La desigualdad existente entre las partes que celebran el contrato**

Esta característica es considerada el principal sustento teórico que da origen a los criterios que fundamentan la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración como el famoso y conocido criterio de las “cláusulas exorbitantes de la administración pública”. Respecto a esta característica, se menciona lo siguiente: “(...) *otro argumento que sustentaría la diferenciación entre la contratación administrativa y la contratación civil, radicaría en reconocer como rasgo característico de la primera, el que a diferencia de lo que sucede con los contratos de derecho privado, éstos últimos tienen como nota esencial que las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Se afirma en tal sentido, que en el caso de la*

²⁸⁹ Huapaya, Ramón, Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos..., op. cit., p. 287.

*contratación administrativa, existiría una subordinación del contratante particular frente a la Administración Pública, en la medida que los intereses de ésta última, al ser depositaria de los intereses públicos, tienen una preeminencia “lógica” sobre los intereses de los particulares.”*²⁹⁰

- **La característica de mutabilidad de los contratos administrativos**

Respecto a esta característica se menciona lo siguiente: “ (...) un aspecto distintivo de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho privado, es que éstos últimos se rigen por un principio general de inmutabilidad de las obligaciones pactadas en aplicación del principio *pacta sunt servanda*; mientras que, en los contratos de derecho administrativo, por establecerse relaciones jurídicas en orden a la satisfacción de intereses públicos, los mismos se rigen por un principio de mutabilidad contractual.”²⁹¹

Teniendo presente lo anterior, la presente característica se centra en la pugna entre dos principios, por el lado de los contratos privados, los cuales se guían por el principio del *pacta sum servanda*, en el sentido de que se debe cumplir lo pactado como una especie de santificación de los contratos y su correspondiente inmutabilidad de estos; y, por el otro lado, el principio conocido como *rebus sic stantibus* (o teoría de la alteración de circunstancias) y la correspondiente teoría de la imprevisión y teoría de los contratos incompletos, estas dos últimas teorías serán explicados posteriormente.

Asimismo, es importante destacar la siguiente esencial e importante premisa, mencionada por el autor Richard J. Martín Tirado, la cual servirá como pauta para el análisis del presente tema: “Así, se advierte que no existe una “mutabilidad total” en los contratos del

²⁹⁰ Tirado, op. cit., p. 310 – 311.

²⁹¹ Ibid, p. 311.

Estado, sino que simplemente, se establece un “régimen de modificaciones o renegociaciones”, el mismo que se encuentra orientado a garantizar un equilibrio económico entre las partes.”²⁹²

b) Criterios que sustentan la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la administración.

Estos criterios que sustentan la posición o concepción dual, tienen su fundamentación en un aspecto residual en el sentido de que sobretodo se centran en identificar y describir al contrato administrativo y ver si cumple con el criterio que se ha tomado en cuenta y en el supuesto caso de que no cumpla con la fundamentación del criterio elegido, el contrato sujeto a análisis es un contrato privado.

Los criterios utilizados por la mencionada concepción son variados, entre los cuales, se encuentra el criterio subjetivo, el criterio de jurisdicción, criterio formal, criterio de la cláusula exorbitante, criterio del servicio público y criterio de la función administrativa. De todos estos, por los fines del presente trabajo y por ser los criterios de mayor utilización y análisis en la doctrina administrativa, se destacan el criterio subjetivo, criterio de la cláusula exorbitante y el criterio del servicio público.

b.1) Criterio subjetivo

Este criterio tiene como esencia la participación de una entidad pública con poder público (*Ius Imperium*) en la celebración del contrato. En este sentido, el presente criterio toma como análisis dos variables: la participación de una entidad pública y que la entidad pública que participa actúe con poder público (*Ius Imperium*), el cual sustenta una superioridad respecto a la su contra

²⁹² Id.

parte privada. En el caso de que no se cumplan ambos criterios, se entiende que el contrato es privado.

Es interesante la cita realizada por el autor Richard J. Martín Tirado, en el sentido de que distingue entre un interés relevante y un interés no relevante: “(...) *la presencia de la Administración no basta para calificar a un contrato como administrativo, debido a que ésta puede acudir a técnicas de contratación privadas cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma directa o inmediata.*”²⁹³

Entonces a las dos variables referidas anteriormente, se debe agregar la variable sobre la relevancia del interés público. Respecto a este punto, es importante destacar que la idea de interés público es consustancial a la figura del contrato administrativo, en este sentido, lo que únicamente se evaluaría sería el nivel de relevancia del interés público que posee todo contrato administrativo.

Cabe mencionar que la presente teoría, ya no es tomada en cuenta en mundo jurídico; sin embargo, se pueden encontrar ciertos autores que aún toman un criterio subjetivo directo y simplista, en el sentido de que, si en el contrato participa una entidad de la administración pública, este es un contrato administrativo.

b.2) Criterio del servicio público

Este es uno de los criterios tuvo su origen en la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. El presente criterio se centra en el objeto del contrato administrativo, en el sentido a que, si el objeto versa sobre la organización o funcionamiento de un servicio público, entonces, se le debe considerar un contrato administrativo. Aquí se evidencia la gran

²⁹³ Ibid, p. 313.

relevancia que dio y se sigue dando al tema sobre el servicio público.

b.3) Criterio de la cláusula exorbitante

Este criterio de uno de los más influyentes y los que han llevado a producción de una copiosa bibliografía por los diferentes autores dedicados a la rama administrativa. A pesar de su antigüedad, es uno de los pocos criterios (por no decir el único) sobre el cual, aún, se analiza y se considera todavía su presencia en el mundo jurídico en general.

Respecto a esta teoría, es destacable lo mencionado por el autor Richard J. Martín Tirado, quien en un esfuerzo sintetizador mencionada lo siguiente, en cuanto a las definiciones que se han dado sobre las cláusulas exorbitantes: *“(...) mientras un sector de la doctrina las define como “aquellas que resultan inusuales en el Derecho Privado”, otro las define como “aquellas que, de incorporarse a un contrato de Derecho Privado, serían ilícitas”. Además, no faltan quienes ampliando los límites de dicho concepto las definen como “aquellas cláusulas que resultan ilícitas o inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial”, o quienes las conceptualizan como “aquellas que tienen por objeto otorgar a las partes derechos o imponerle obligaciones extrañas por su naturaleza, las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales.”*²⁹⁴

Y es que el presente criterio se centra en la presencia o no de estas cláusulas exorbitantes en la celebración de los contratos por la Administración pública y se resume en una básica ecuación: el contrato será administrativo si contiene estas cláusulas

²⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. “El contrato administrativo”, op. cit. Pág. 19 *apud* Martín Tirado, J. Richard., “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”, Revista de Derecho Administrativo PUCP 13, Lima, 2013, p. 314.

exorbitantes del derecho común (entendido como derecho civil), en el sentido y, siguiendo lo mencionado en el párrafo anterior, aquellas cláusula que rompe la característica esencial de la contratación privada como lo es la igualdad de las partes contratantes. El Estado al representar el guardián del interés público y el bienestar de la población tiene, por naturaleza, una posición privilegiada por razón de estas cláusulas exorbitantes que materializan tal desigualdad a favor del Estado.

A pesar de todas las definiciones que se han dado sobre las cláusulas exorbitantes, se debe destacar que todas parten de la definición dada por Marienhoff: *“(…) De la Puente y Lavalle, citando a Marienhoff, entiende a estas como “aquellas que sobrepasan el ámbito del derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son “inusuales” o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían “ilícitas” por exceder el ámbito de la libertad contractual.”*²⁹⁵

La citada definición, la naturaleza propia del criterio de las cláusulas exorbitantes y las diferentes definiciones dadas sobre el presente criterio, lleva a mencionar, necesariamente, la interesante reflexión realizada por el autor Hernández Alvarado, Jairo Kevin Mauricio, respecto a la evolución de este criterio en el tiempo: *“Si bien esta definición es la generalmente aceptada, suceden ciertos inconvenientes en la aplicación de la misma; como resulta evidente, para entender que es exorbitante o que no en un contrato administrativo, debemos hacer una comparativa con su par del derecho privado; sin embargo, este ejercicio no tendrá los mismos resultados si lo practicamos el día de hoy a que si lo ejercitamos dentro de 20 años; igualmente los resultados de la misma fueron distintos hace 20 años; esto es debido, como es obvio, a la evolución propia del derecho.”*²⁹⁶ Esto se traduce en la situación de

²⁹⁵ Manuel De La Puente Y Lavalle, “Las cláusulas exorbitantes”, THEMIS 39 (1999): 7.

²⁹⁶ Hernández, op. cit., p. 10.

que, por la evolución de la propia teoría, muchas cláusulas que, en su momento fueron calificadas de exorbitantes, ahora son cotidianas y usuales en la contratación, lo cual se ha reflejado en una cierta desnaturalización y cuestionamiento sobre las cláusulas exorbitantes, en el sentido si se presentan como inusuales o ilícitas en la contratación civil.

Otro aspecto interesante sobre esta teoría es la clasificación realizada sobre las cláusulas exorbitantes en implícita y expresas: “Nos dice Marienhoff²⁹⁷ que en los contratos "administrativos" propiamente dichos hay dos clases de "cláusulas exorbitantes" del derecho privado: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales o concretas.

“Las primeras corresponden a todos los contratos que son "administrativos" por razón de su propio "objeto"; es lo que ocurre en la concesión de servicio público; en la concesión de uso de una cosa del dominio público; en la relación de función o empleo público, etc. En toda esta categoría de contratos, las cláusulas exorbitantes "virtuales" constituyen ex-presiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración Pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejerce su capacidad para actuar en el campo del derecho público (...).

Las segundas, o sea las cláusulas exorbitantes" expresas" o "especiales" son las incluidas concretamente en contratos que no son "administrativos" por su "objeto" mismo, pero que se convierten en "administrativos" a raíz de la cláusula exorbitantes. (...).

Incluida en un contrato de la Administración, la cláusula exorbitante" expresa" convierte el contrato en" administrativo", carácter que entonces derivará precisamente de la "cláusula

²⁹⁷ Miguel S. Marienhoff, pp. cit. Tomo III A, p. 80, apud Manuel De La Puente Y Lavalle, “Las cláusulas exorbitantes” , THEMIS 39, Lima, 1999, p. 10.

*exorbitante". Si el contrato fuere administrativo por razón de su "objeto", la inclusión de la cláusula exorbitante carecerá entonces de importancia para determinar la naturaleza "administrativa" del contrato; éste seguirá siendo administrativo por razón de su "objeto". La cláusula exorbitante "expresa" no altera la índole administrativa de un contrato, derivada ésta del "objeto" del contrato."*²⁹⁸

De todo lo anteriormente citado, se extrae que las cláusulas exorbitantes se pueden clasificar en implícitas, las cuales adquieren este carácter por el propio objeto del contrato que celebra la administración como lo puede ser el contrato que verse sobre un servicio público o una obra pública. En este sentido, al involucrar el objeto del contrato un tema de gran interés público, el Estado podría utilizar las cláusulas exorbitantes sin estar supeditado que se encuentren pactadas de manera expresa en el contrato, siempre bajo el sustento de un interés público que haya sustentado el uso de alguna de las cláusulas exorbitantes implícitas y la propia superioridad del Estado frente a la parte privada, sin dejar de mencionar la propia naturaleza de las cláusulas exorbitantes, las cuales se encuentran en la esencia del propio Estado como defensor y promotor del interés público, es por eso que se utiliza la denominación de prerrogativa o potestad exorbitante y no cláusula exorbitante para la clasificación de "cláusulas exorbitantes implícitas", en el sentido de que su origen no se funda en el pacto entre la Administración pública y el privado y su incorporación expresa en el contrato, sino que en la propia naturaleza del Estado. Por otro lado, la clasificación de "cláusulas exorbitantes expresas" se basa, llanamente, en la incorporación expresa de estas.

²⁹⁸ Manuel De La Puente Y Lavalle, op. cit., p. 10

Es interesante mencionar, respecto a la segunda clasificación, de que también aquí se incluye la situación caracterizada por el principio de legalidad, en el sentido de que si bien no pueden estar expresamente en el contrato celebrado por la Administración pública, se puede dar el caso de que una ley habilite y otorgue a la Administración pública el uso de cláusulas exorbitantes en una situación específica, bajo ciertas circunstancias y requisitos y solo en el contrato se coloca la base normativa, lo cual debe entenderse que, a pesar de que la cláusula exorbitante no se encuentre expresamente en el contrato, se debe entender que se encuentra expresamente pactada, en este caso descrito también se suele usar la denominación de prerrogativa o potestad exorbitante y no cláusula exorbitante, debido al origen legal (normativo) de estas en esta situación específica, lo cual trasciende al origen pactado de las cláusulas exorbitantes propiamente dichas.

Asimismo, cabe destacar que dentro de la primera clasificación de "cláusulas exorbitantes implícitas" se encuentran las siguientes: "(...) a) *aquella en cuyo mérito la Administración Pública tiene* ejecutoriedad propia" respecto a sus actos; b) *la que faculta a la Administración Pública a "modificar" unilateralmente las obligaciones de su co-contratante, todo esto sin perjuicio de los correlativos derechos de éste derivados de esa modificación unilateral;* c) *la que autoriza a la Administración Pública a rescindir -extinguir-por sí y ante sí el contrato;* d) *aquella en cuya virtud la Administración le confiere a su co-contratante poderes respecto a terceros (así, por ejemplo, el concesionario de un servicio público puede obtener atribuciones de carácter policial, derecho de imponer servidumbres administrativas, etc.);* e) *la que faculta a la Administración Pública a dirigir y controlar, en forma constante o acentuada, el cumplimiento o ejecución del contrato; etc. (...)"*²⁹⁹

²⁹⁹ Id.

De todas estas y por motivo del presente tema de investigación, nos enfocaremos solamente en la prerrogativa exorbitante que autoriza a la Administración Pública a rescindir -extinguir- por sí y ante sí el contrato, la cual será explicada más adelante. Solo haremos una breve alusión respecto de la cláusula exorbitante que autoriza a la Administrativo a rescindir por sí y ante sí el contrato, debido a que al ser una cláusula tiene en su esencia un acuerdo entre el Estado y el privado para tal habilitación, es decir, tanto el Estado como el privado se encuentran conformes y son conscientes de las consecuencias de su habilitación por parte del Estado.

3.5.4.2 Concepción unitaria

El autor Richard J. Martín Tirado de manera acertada y precisa resume la presente concepción de la siguiente manera: *“Para aquellos se adhieren a esta postura, se parte de la premisa que todos los contratos que celebra el Estado son “públicos” en la medida en que a todos ellos se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de derecho administrativo)”*³⁰⁰. Adicionalmente, mencionado y complementado con lo siguiente: *“(...) El acogimiento de ésta teoría, se fundamenta en el hecho de que el procedimiento de formación de la voluntad estatal en orden a celebrar cualquier tipo de contratos (salvo excepciones) se rige por un marco legislativo particular.”*³⁰¹

Cabe mencionar que esta teoría es la más aceptada y por la cual se rige nuestro país, diferenciándose cada contrato público por el régimen jurídico que le es aplicable. Por ejemplo, para el caso de los Contratos de concesión BOOT, le es aplicable el régimen jurídico específico de Asociaciones Público Privadas, como se explicó en su debido momento, haciendo la diferencia con los contratos de obra y servicio, los cuales se

³⁰⁰ Tirado, op. cit., p. 316.

³⁰¹ Id.

rigen por el régimen público de contrataciones públicas, el cual es diferente al régimen específico sobre Asociaciones Público Privadas.

De igual manera, un punto interesante a destacar es lo relacionado a los diferentes regímenes jurídicos públicos existentes en nuestro país y que distinguen un contrato público de otro. En este sentido, el autor Ramón Huapaya Tapia menciona, a manera de ejemplificar la situación, lo siguiente: “ (...) resulta importante tener en cuenta que existen otros regímenes de concesiones en nuestro país, como los sectoriales (contratos de concesión suscritos al amparo de leyes sectoriales como las Leyes de Concesiones eléctricas, la Ley de concesión única de telecomunicaciones, las leyes de saneamiento, las reglamentaciones de transporte y distribución de gas por red de ductos, entre otras) y asimismo, podemos encontrar un consolidado régimen de concesiones de servicios y obras públicas de competencia local (...)”³⁰². Lo anterior ejemplifica los otros regímenes jurídicos públicos en materia de concesión (contratos públicos), los cuales parte del régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas. Asimismo, cabe aclarar, que un contrato público puede estar regulado por diferentes regímenes jurídicos públicos.

3.6 Las “cláusulas exorbitantes”

Si bien el nombre del criterio se presenta como “cláusulas exorbitantes”, consideramos que en la presente explicación la denominación correcta debe ser “prerrogativas exorbitantes”, que, como bien se ha explicado anteriormente, la citada denominación se caracteriza por hacer alusión a una esencia consustancial al Estado, el cual cristaliza la procura del interés público de la población, es decir, se encuentra directamente relacionado al derecho público. Con la denominación prerrogativa exorbitante se debe entender que el Estado puede ejercer estas sin estar supeditado o limitado a que se

³⁰² Huapaya, Ramón, Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos..., op. cit., p. 292

encuentren expresamente en el contrato celebrado por la administración para poder ejercerlas, debido a que son parte de la esencia misma del Estado; a diferencia de la denominación “cláusulas exorbitante”, la cual hace alusión a una situación pactada o negociada, que si bien brinda una superioridad a favor del Estado sobre su contraparte privada, se requiere que estén expresamente en el contrato celebrado por el Estado para que pueda hacer uso de estas.

Cabe mencionar que, si bien esta diferencia sutil muchas veces pasa desapercibida, se considera necesaria hacer una breve explicación de las diferentes denominaciones utilizadas por los autores que abordan una explicación sobre este criterio; sin embargo, del tenor de las explicaciones, se infiere que la utilización indiferenciada de las diferentes denominaciones, todas haciendo alusión a “cláusulas exorbitantes”, las cuales, en teoría, y, como el mismo nombre del criterio explicada, tienen un contenido que excede y rompe a los principios esenciales de la contratación civil, en especial, con la consagrada igualdad entre las partes contratantes y el *pacta sum servanda* ya sea se encuentren expresamente en el contrato o sean implícitas.

Uno de los tantos autores que destacan en el estudio sobre el criterio de las “cláusulas exorbitantes” es el autor Alejandro Pérez Hualde, quien explica de manera adecuada y concisa sobre cuáles son las “cláusulas” calificadas de exorbitantes que se encuentra en el citado criterio. Cabe aclarar, que el referido autor utiliza la denominación “prerrogativas exorbitantes”, en lugar de “cláusulas exorbitantes”.

En este sentido, el autor Rolando Salvatierra Combina en su artículo titulado “Los Contratos de Concesión en el Sector Eléctrico”, siguiendo lo desarrollado por el autor Alejandro Pérez Hualde en su artículo titulado “Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos”, menciona lo siguiente: “*El mismo autor [Alejandro Pérez Hualde] señala que son siete las prerrogativas que la Administración se reserva en la suscripción de contratos administrativos, las cuales señalamos a continuación y vemos si se cumplen en la práctica: Continuidad, Ius Variandi, Dirección y Control, Sanción, Rescisión e Interpretación del contrato.*”³⁰³

³⁰³ Combina, Rolando, Los Contratos de Concesión..., op. cit., p. 317

Respecto a la cita anterior, se debe hacer una corrección respecto a la cantidad de prerrogativas de la administración que son enunciadas por Alejandro Pérez Hualde en su artículo titulado “Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos”, debido a que este autor considera solo seis y no siete como afirma Rolando Salvatierra Combina: 1) Continuidad, 2) El *Ius variandi*, 3) Control, inspección y dirección, 4) Sanción, 5) Rescisión Unilateral, 6) Interpretación unilateral del contrato. De todas estas, por la relación directa con el presente tema de tesis, solo se explicará sobre la prerrogativa exorbitante de Rescisión unilateral.

3.6.1 Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público

Para entender el desarrollo la presente prerrogativa es necesario explicar brevemente unos puntos de vital importancia sobre los contratos de concesión tipo BOOT.

A pesar de la relativa antigüedad del artículo titulado “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura” del autor Ramón Huapaya Tapia, no se puede dejar de destacar el gran y conciso análisis que realiza el citado autor sobre los contratos de concesión (donde se encuentran los contratos BOOT) y sus diferentes aspectos relacionados.

En su debido momento, se describió las características doctrinarias y teóricas del contrato administrativo y contrato de concesión, de lo cual se evidencia que, muchas veces, lo teórico no se aplica en la realidad y nuestro país no es la excepción. Esta situación fue claramente descrita por el autor Ramón Huapaya Tapia de la siguiente manera, respecto a los contratos de concesión: “(...) *nos interesa atender al régimen jurídico de la etapa de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la inversión Privada (PiP) del Perú. Dicho régimen en nuestro país ha adquirido características bastante particulares, que difieren en*

*ciertos aspectos sustanciales por lo desarrollado por lo doctrina clásica respecto del tradicional contrato administrativo de concesión.*³⁰⁴ De la cita anterior, se debe aclarar, que, por marco jurídico de promoción de la inversión privada del Perú, actualmente, se debe entender al régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, encabezado por el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, la cual derogó la normativa anterior que se había dado sobre Asociaciones Público Privadas y concesiones. Asimismo, este régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, refuerza el criterio unitario que explica que todos los contratos celebrados por la administración pública son contratos públicos, solo diferenciándose por los diversos regímenes jurídicos aplicables.

Adicionalmente, el autor Ramón Huapaya Tapia brinda una idea esencial en relación con el criterio de las “cláusulas exorbitantes” y el régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas (o siguiendo al citado autor, marco jurídico de Promoción de la inversión Privada del Perú):

“(…) pese a calificar como contratos públicos (y servirse de la buena y vieja teoría clásica del contrato administrativo), nuestros contratos de concesión bajo el régimen PiP [régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas] no se caracterizan o se definen por aquellos criterios de la teoría clásica del contrato administrativo de concesión de servicios públicos (cláusulas exorbitantes, régimen exorbitante, entre otros). Muy por el contrario, los contratos públicos de concesión bajo dicho régimen normativo, se caracterizan por atribuir de forma muy limitada atribuciones o prerrogativas de ejercicio unilateral al estado concedente, separándose de esta manera del régimen clásico de la teoría de los contratos administrativos (…).”³⁰⁵

La cita mencionada trae a colación las dos fases evolutivas por las que ha pasado el criterio de las “cláusulas exorbitantes”. En primer momento,

³⁰⁴ Huapaya, Ramón. Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos ..., op. cit., p. 290.

³⁰⁵ Ibid, p. 293.

caracterizada por una visión que se caracterizaba por su gran intensidad y severidad en la aplicación de estas prerrogativas hasta el cambio de paradigma, caracterizado por una visión moderada en su aplicación.

Como bien afirma el autor Javier Kevin Mauricio Hernández Alvarado: “(...) desde tener un carácter netamente intervencionista por parte de la Administración en cada relación contractual, en una suerte de “abuso” en defensa del interés público del ejercicio del *ius Imperium* (...) a un uso somero y moderado de las prerrogativas, inherente a la evolución que han ido adoptando estas en el tiempo.”³⁰⁶

Asimismo, el autor Juan Carlos Morón Urbina menciona lo siguiente con la cual se concuerda en todo sentido: “Las prerrogativas estatales subsisten, pero han evolucionado. Desde su admisión plena de modo ilimitado y aún sin regulación expresa que lo habilite que convertía al contratista en un subordinado contractual, hasta la admisión regulada y su ejercicio razonable para **reequilibrar esa sumisión**, haciéndolo compatible con derecho básico del contratista como al **equilibrio del contrato**.”³⁰⁷

(Subrayado y resaltado nuestro)

Y es que siguiendo lo anteriormente explicado, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas o el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada en nuestro país, se caracteriza por una aplicación regulada, razonable y reglada del criterio de las “cláusulas exorbitantes, a fin de reequilibrar la sumisión que por la misma esencia del contrato público tiene la parte privada que, en calidad de colaborador, decide celebrar con Estado un contrato de concesión BOOT, a fin de ayudar y colaborar con el Estado en la procura del interés público de la población. Ya se ha extinguido, aquella utilización de las prerrogativas exorbitantes que habitaban a la administración pública a ejercer su poder público de manera abusiva sobre la contraparte privada, sin que esta última tenga alguna mecanismo o medio para compensar el daño ocasionado a sus

³⁰⁶ Hernández, op. cit., p. 12.

³⁰⁷ Juan Carlos Morón Urbina, “Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal” (2013): 4

expectativas y patrimonio, producto de una decisión de la administración pública.

Esta necesidad de reequilibrar esta sumisión, a fin de permitir, en la medida de lo posible, una igualdad entre las partes contratantes proviene de una idea esencial y de la que parte cualquier contrato, la cual no es ajena a los contratos público y que ha sido explicada de manera didáctica por el autor Alan Carlos Alarcón Canchari: *“Empecemos señalando que para el Estado, el principal objetivo en la ejecución de un contrato de obra es, precisamente, contar oportunamente con la infraestructura contratada, con la finalidad de satisfacer un interés público de manera adecuada; mientras que para el contratista, el principal objetivo es el lucro que legítimamente pretende al haberse adjudicado la obra en un proceso de selección en el cual previamente ha participado. Ambos intereses son dos caras de una misma moneda y pretender desligarlos es una de las razones que motivan la elevada conflictividad de los contratos de obra en los que se encuentra inmerso el Estado, pues se trata de dos intereses que no son contrapuestos, sino que por el contrario se complementan, al punto que esta interdependencia finalmente conlleva a que ambos deban encontrar un equilibrio de coexistencia.”*³⁰⁸

La búsqueda de este equilibrio en la coexistencia de ambos intereses, tanto por parte del Estado como del privado, se presenta de vital importancia y se presenta como el fundamento de la procura de la idea contractual esencial de igualdad entre las partes contratantes, la cual también es garantizada en el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Teniendo presente lo anteriormente explicado sobre este régimen jurídico de Asociaciones público Privadas o marco jurídico de Promoción de la inversión Privada, el cual presenta peculiaridades frente a las teorías clásicas sobre el contrato administrativo y concesiones, se concuerda y afirma, siguiendo al autor Ramón Huapaya Tapia, a la actual y vigente normativa sobre Asociaciones Público Privadas y a la posición

³⁰⁸ Alan Carlos Alarcón Canchari, “La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública”. Asociación civil Derecho y Sociedad 44 (2015): 280.

“atemperada” de las prerrogativas exorbitantes, que las dos prerrogativas “exorbitantes” que aún tienen gran vigencia, sin dejar de mencionar que han sido acogidas por la normativa actual, es decir, con un fundamento legal son las prerrogativa de *ius Variandi* y la Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público). De estas dos, como se mencionó, solo se explicará sobre la segunda.

3.6.2 La caducidad y la Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público

Por regla general, los contratos de concesión (y los contratos de concesión BOOT) deben terminar al vencimiento del plazo establecido en el contrato celebrado entre el Estado y el privado; sin embargo, puede ocurrir que se den situaciones que rompen esa regla general y ocasionan que el contrato termine por otras circunstancias diferentes al vencimiento del plazo. Es por esto que *“los contratos de concesión prevén causales de terminación que pueden ocurrir durante la vigencia del contrato, las cuales tienen efecto jurídicos y económicos.”*³⁰⁹

Respecto a la caducidad, se presenta diversos términos, los cuales son utilizados indistintamente para hacer referencia a la vigencia del contrato de concesión. Como bien afirma el autor René Helbert Cornejo Díaz: *“(…) encontramos términos como caducidad, resolución, rescisión, terminación y extinción.”*³¹⁰ Sin, embargo, como hicimos referencia, todas las denominaciones antes mencionadas hacen alusión al fin de la vigencia de un contrato.

Cabe mencionar, haciendo la comparación con el derecho civil, que, en materia de contratación entre privados, los cuales se siguen por el Código Civil, se encuentran dos denominaciones bien diferenciadas respecto a la terminación de un contrato: rescisión y resolución, cada uno con sus

³⁰⁹ Cornejo, op. cit., p. 41.

³¹⁰ Ibid, p. 42.

propias características, diferenciándose por el momento donde ocurre el vicio que pone fin al contrato.

En ámbito administrativo, donde se encuentra el presente régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas, entre otros; en la celebración de contratos y en la propia legislación aplicable se usan indistintamente las denominaciones caducidad, resolución, rescisión, terminación y extinción. Pero, cabe mencionar, como bien afirma el autor René Helbert Cornejo Díaz: *“En los contratos de concesión, que son los que nos ocupa, se usa a nivel normativo el término “caducidad” puesto que es el término usado en el Derecho Administrativo para referirse a la extinción de un derecho [el derecho de concesión y todo lo que implica] (...)”*³¹¹. Y es que, haciendo lectura a la abundante bibliografía sobre concesiones y en la propia legislación aplicable, se evidencia una utilización mayoritaria de la denominación caducidad sobre las otras denominaciones, lo que no implica que también se puedan encontrar y utilizar los demás en la práctica contractual y en la propia legislación.

Por otro lado, en cuanto a la caducidad, se afirma que, a pesar de representar la figura jurídica que pone fin a la vigencia de un contrato, la *“caducidad no implica una potestad sancionadora, algunos autores recogen este concepto vinculado al incumplimiento de una las partes, el concesionario, por lo tanto, como una sanción, sin embargo, es un concepto más amplio que regula la terminación del contrato de concesión en toda su amplitud, sus causas y consecuencias (...)”*³¹².

Respecto a lo citado en el párrafo anterior existen diversas posiciones, como, por ejemplo, lo afirmado por el autor Ramón Huapaya Tapia, de donde se pueden extraer interesantes ideas: *“en forma general nuestro ordenamiento jurídico no admite la resolución unilateral por razón de interés público. Por el contrario, tradicionalmente en la práctica administrativa los contratos públicos de concesión bajo el régimen PiP contienen cláusulas de resolución por incumplimiento, tanto del contratista como del estado. e*

³¹¹ Id.

³¹² Ibid, p. 103.

inclusive es común apreciar que tanto cuando el estado aplica la resolución unilateral invocando causas imputables al concesionario, así como cuando éste invoca la resolución por incumplimiento del Concedente, los contratos bajo el régimen PiP denominan a dicho fenómeno caducidad.”³¹³

De lo anterior se extraen las siguientes ideas:

- I) En forma general, nuestro ordenamiento jurídico no admite la resolución unilateral por razón de interés público.**

Antes de explicar sobre esta afirmación, es necesario definir qué se entiende por la Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público:

3.6.3 Definición de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público

Siguiendo la definición dada por el autor Ramón Huapaya Tapia, esta *“potestad o prerrogativa de la Administración Pública contratante consiste en la posibilidad legal de terminar los contratos públicos por causas no previstas en la legislación y/o contrato. Generalmente se admite cuando la Administración invoca el interés público como justificación para efectuar dicha terminación.”³¹⁴*

Anteriormente, ya definimos interés general, el cual, en términos generales hacía alusión a aquello que es de interés de la sociedad, que beneficia a la colectividad, al pueblo y que, por lo tanto, al Estado tenerlo como fin, idea que se encuentra amparada en toda la normatividad que engloba nuestro ordenamiento jurídico, es especial énfasis en la Constitución Política.

³¹³ Huapaya, Ramón. Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos..., op. cit., p. 302.

³¹⁴ Id.

A pesar de su esencia difusa y abstracta, el término interés público tiene en su esencia la búsqueda del bien para la población por parte del Estado. El derecho es interés público, no puede existir derecho sin interés público; en especial cuando se habla de derecho administrativo, el cual debe garantizar en una mayor proporción este fin.

A todo lo dicho anteriormente, los contratos de concesión (y los contratos BOOT) no son la excepción en la búsqueda por la protección y procura del interés público, a tal punto de que se podría afirmar que el interés público es indisoluble al contrato de concesión: un contrato de concesión no podría ser contrato de concesión si es que no garantiza el interés público.

Teniendo presente la relación entre la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) y el interés público, se puede decir que esta prerrogativa se centra en declarar la caducidad del contrato de concesión por parte del concedente fundamentando el interés público; sin embargo, cabe mencionar y tener presente estas dos ideas mencionadas por el autor René Helbert Cornejo Díaz:

- ❖ *“El interés público es un concepto amplio e indeterminado, que además puede variar en el tiempo y ser utilizado de acuerdo a la definición que de este tenga el gobierno de turno, sin embargo, este concepto es utilizado a nivel constitucional y legal en nuestro país y otros países, porque si bien es amplio no debe ser arbitrario ni conllevar a abusos, sin embargo, esta cláusula puede generar inseguridad en los concesionarios.”*³¹⁵

Como bien afirma el autor, puede pensarse que el interés público puede ser una herramienta que habilite al Estado a situaciones de plena arbitrariedad a la hora de hacer uso de esta prerrogativa, sin embargo, siguiendo la evolución actual de las cláusulas - prerrogativas exorbitantes de una posición autoritaria y arbitraria a una posición reglada de la cual

³¹⁵ Cornejo, op. cit., p. 49

somos partidarios, “(...) *el interés público en que se fundamente la extinción del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades*”³¹⁶.

La cita mencionada anteriormente y, siguiendo al autor René Helbert Cornejo Díaz, lleva a afirmar las siguientes condiciones necesarias:

- Se presenta la condición necesaria de que la prerrogativa o cláusula de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentre expresamente establecida en la legislación y/o contrato celebrado entre el Estado y el privado a fin de que el Estado pueda hacer uso de esta prerrogativa.
- La apreciación del Interés público se basa en una ponderación de intereses tomando en consideración dos situaciones: las nuevas necesidades de oportunidad, mérito o conveniencia que aprecia el Estado y el interés de mantener la concesión bajo determinadas circunstancias/características.
- A pesar de que se explicará más adelante con más detalle, como se mencionó anteriormente, en todo contrato de concesión se presentan intereses por parte de la parte privada y por parte del Estado. El régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas posee peculiaridades, respecto a la teoría clásica de las cláusulas exorbitantes, en que todo momento se debe buscar la igualdad entre las partes que celebran el contrato de concesión.

En este sentido, mediante la utilización la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) se generará

³¹⁶Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo” (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 156.

un perjuicio a la parte privada, la cual tenía el interés de generar ganancias y recuperar su inversión mediante la administración de la concesión, bajo el sustento de que poner fin a la vigencia del contrato de concesión y que el Estado la administre temporalmente hasta conseguir un nuevo y mejor concesionario, promoverá y garantizará de mejor manera el interés público, en comparación de la situación anterior cuando el privado la administraba de manera mediocre, sin explotar todo el potencial de la concesión o asegurar su plena calidad. Esta situación se traduce en que el concesionario sufrirá una inestabilidad o desequilibrio en la relación contractual que tiene con el Estado, en consecuencia, a fin de reequilibrar los intereses, se le deberá indemnizar, esto último es la esencia del principio de equilibrio financiero, solo aplicable a los contratos público como el contrato de concesión (y contrato BOOT)

- ❖ Esta prerrogativa “*mantiene un lugar residual para razones debidamente calificados por la ley*”³¹⁷, “por el cual su desarrollo práctico se verá bastante limitado dependiendo del marco legislativo en donde se desarrolle, siendo el único aspecto a analizar qué es lo que la Administración pueda determinar cómo “interés público” al momento de hacer uso de esta prerrogativa.”³¹⁸

Esta condición explica que el concedente, antes de utilizar la presente prerrogativa, la cual se presenta como de “última ratio”, debe optar por medios menos lesivos y que impliquen una negociación y acercamiento con el concesionario como la situación de caducidad por mutuo acuerdo o, en el mejor de los casos, incentivar y exigir al concesionario una mejor labor en la administración de la concesión (en el único supuesto de que hace una labor mediocre, pero no llega a incumplir sus obligaciones) que permita un aprovechamiento pleno de esta. Asimismo, como se mencionó anteriormente, el concesionario debe centrarse únicamente en el análisis del interés público, sobre este aspecto, es interesante lo mencionado por el autor Jairo Kevin

³¹⁷ Juan Carlos Morón Urbina, “Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”, (2013)

³¹⁸ Hernández, op. cit., p. 49.

Mauricio Hernández Alvarado: “(...) esta prerrogativa únicamente tiene como elemento exorbitante del derecho común su motivación práctica: el interés público, no teniendo de esa forma algún otro elemento adicional que pueda acompañar a su análisis. Cabe resaltar que, como se mencionó anteriormente, es importante que las directrices y criterios que acompañan a las causales de resolución por interés público logren estar positivizadas en un instrumento legal que le den sustento; de esa manera, se evita brindarle una discrecionalidad demasiado amplia a la administración que al fin de cuenta pueda ser negativa al momento de suscitarse una relación contractual (...)”³¹⁹

Sobre la idea citada anteriormente y mencionada por el referido autor sobre que **“es importante que las directrices y criterios que acompañan a la causal de resolución por interés público logren estar positivizadas en un instrumento legal que le den sustento”**, según nuestro criterio, no es aplicable en relación al interés público, el cual, como se mencionó, es un concepto muy variable, por lo que, enmarcar al interés público bajo criterio y parámetros y, consecuentemente, a la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) se presentará como algo infructuoso. Esto tiene su sustento en la regulación en un sentido general y el aspecto discrecional que viene aparejado en la esencia misma del concepto regulación y que posee la Administración pública al regular un ámbito específico como el sector eléctrico, en este caso. Es imposible reglar todos los supuestos y es allí donde entran los actos discrecionales, los cuales son habilitados a su uso por la Administración pública bajo principios generales implícitos o explícitos que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico.

- ❖ *“La terminación del contrato por decisión unilateral del concedente es una potestad de imperio propia de la Administración Pública y es conocida como una cláusula exorbitante, puesto que sin culpa del*

³¹⁹ Id.

*concesionario y por la calificación que el Estado haga de interés público, el contrato se extingue. (...)*³²⁰

De esta idea se rescata, la condición necesaria, la cual se debe complementar con las mencionadas anteriormente, respecto a que la utilización de esta prerrogativa solo se debe fundar en el interés público evaluado por la administración y no debe recaer en una acción dolosa o culposa del concesionario. Esta idea sustenta, la afirmación sobre la esencia no sancionatoria de la figura de la caducidad y que regula la terminación del contrato de concesión en toda su amplitud.

Y es que, de la práctica contractual, del ámbito doctrinario y legislativo, se tienen las siguientes causales de caducidad donde la terminación por decisión unilateral del concedente, la cual se sustenta en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público), es solo una de ellas: terminación por incumplimiento del plazo del contrato, terminación por incumplimiento de concesionario, terminación por fuerza mayor y por mutuo acuerdo y terminación por decisión unilateral del concedente, terminación por incumplimiento del concedente. Asimismo, aclarar que, en todos los casos, la caducidad será declarada por el concedente.

Respecto a la condición necesaria de que en la situación para utilizar la presente prerrogativa no debe existir culpa del concesionario, es interesante mencionar la comparación que hace el autor Morón Urbina en su artículo titulado “Rescubriendo una institución Escondida: El rescate de las concesiones” sobre la potestad (prerrogativa) unilateral por razón de interés público. Al respecto, el autor realiza una comparación entre la citada potestad y la figura del rescate de concesión, concluyendo que la relación entre ellas es de género – especie, diferenciándose ambas, además, porque la potestad (prerrogativa) unilateral por razón de interés público no

³²⁰ Cornejo, op. cit., p. 49.

implica necesariamente reasumir la gestión y ejecución directa del servicio u obra objeto de la concesión de manera permanente, mientras que el rescate de la concesión sí. En este sentido, el Estado al hacer uso de la potestad (prerrogativa) unilateral por razón de interés público y luego de indemnizar al concesionario, reasumirá la administración y ejecución de la concesión, la cual fue otorgada al concesionario, pero de manera temporal; sin embargo, con la figura del rescate, el Estado también dará por finalizada la vigencia de la concesión, indemnizará al privado y reasumirá permanentemente la administración y ejecución de la concesión.

Teniendo presente lo anterior y, ya se hizo alusión, se planea una única situación centrada en la necesidad de encontrar un concesionario capaz de prestar el servicio o explotar la obra en mejores condiciones que el actual, en el específico supuesto de que hace una labor mediocre, pero no deja de incumplir sus obligaciones esenciales; sin embargo, se ve por conveniente dar por finalizado la vigencia del contrato de concesión, que el Estado lo reasuma temporalmente y que luego el Estado realice una convocatoria a fin de volver a entregar la concesión y, consecuentemente, celebrar un nuevo contrato de concesión, a fin de contar con un concesionario que realice una mejor labor que el anterior, con miras que explote a plenitud la concesión, a fin de garantizar en la mejor de las posibilidades el interés público de la población.

3.6.4 “Regulación normativa” de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público

3.6.4.1 Los principios generales del derecho

No hay duda que el término principio hace alusión al origen, comienzo o principio de algo. No es extraño en la bibliografía y manuales de derecho cuando se describe y analiza sobre este tema, la comparación de la definición de principio con una fuente de agua que brota de la tierra, haciendo alusión a que es la fuente u origen de algo. Un precepto o idea que da origen a algo.

Si a la palabra principio se suma el término derecho, en rasgos generales, se puede afirmar que se hace alusión a una idea originaria, esencial perteneciente a una sistema u ordenamiento jurídico específico o, siguiendo al autor Joxerramon Bengoetxea³²¹, algunos rasgos o características importantes de un sistema legal, designar a aquellas normas de un ordenamiento jurídico que revisten dentro de él un carácter fundamental y referirse a normas de “derecho natural” basadas en criterios de justicia o equidad, etc.

Cabe mencionar que, para la presente explicación se utilizan indistintamente las denominaciones principios generales del derecho o principios del derecho, debido a que se tiene la posición de que ambas denominaciones son equivalentes. Esto se evidencia de la denominación principios del derecho, la cual implica, necesariamente, todos los principios que se aplican en un sistema jurídico de manera general. Esta generalidad se debe entender como aquellos principios que pueden ser aplicables y comunes en cualquier rama jurídica o ámbito jurídico y, consecuentemente, cualquier hecho o relación jurídica existente.

Sin embargo, esta generalidad también implica seguir un criterio de especificidad, el cual forma parte de uno de los parámetros esenciales del ordenamiento jurídico, respecto al ámbito normativo. Solo basta recordar los principales tres criterios que rigen la resolución de conflictos normativos: criterio jerárquico, cronológico y especificidad.

A pesar de que los criterios mencionados anteriormente se utilización para la solución de conflictos normativos, no descartamos su utilización para los principios que posee el derecho. En este sentido y, siguiendo el criterio de especificidad, el cual se define como aquel que opera cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial, y cuya solución se centra en la aplicación de la norma especial, se tiene dos situaciones:

³²¹ Joxerramon Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice* (Unión Europea: Clarendon Press, 1993), 72.

❖ **La “preferencia jerárquica” de los principios de derecho administrativo**

Uno de los grandes exponentes del derecho administrativo peruano, es el autor Ramón Huapaya Tapia, quien magistralmente trata en el artículo titulado “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura” sobre los principios del derecho y, como el mismo nombre del artículo menciona, brinda una propuesta de formular principios específicos para el régimen específico de Asociaciones Público Privadas y para la fase de ejecución de los contratos APPs, que sean aplicables y consustanciales con la naturaleza de los contratos de concesión en el sistema jurídico peruano; sin embargo, no se descarta su presencia en todas las fases de los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada, los cuales según el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, son los siguientes: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

Respecto a su propuesta y desarrollo, como bien afirma el referido autor, la mayor cantidad de controversias y problemas suceden en la fase de “Ejecución contractual”.

En cuanto a esta fase de todo el procedimiento que implican los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada, el artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1362 menciona lo siguiente:

“35.1 La fase de Ejecución Contractual comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales.

35.2 *La fase de Ejecución Contractual culmina con la caducidad del respectivo contrato*³²²

Teniendo presente lo anterior, el autor Ramón Huapaya Tapia ensaya importantes ideas como plantear una clasificación y jerarquización entre los diferentes conjuntos de principios que se encuentran en una rama del derecho específica. Al respecto el mencionado autor afirma lo siguiente y adelanta algunas ideas que explicaremos más adelante:

- *“(...) estos principios de ejecución de los contratos de concesión bajo el régimen PiP [régimen específico de las Asociaciones Público Privadas] no necesariamente se encuentran positivizados en norma expresa, sino que se encuentran implícitos en la normativa y en la reiterada práctica contractual de las entidades competentes para la convocatoria, negociación y suscripción de los contratos públicos de concesión bajo el régimen PiP.”*³²³

- *“Es una realidad que los principios generales del Derecho Civil en materia contractual son aplicados frecuentemente en el campo de la contratación pública (...)”*³²⁴

- *“En ese orden de ideas, más allá de las particularidades propias y genéricas que emanan del Derecho Civil que resulten aplicables a toda fuente de obligaciones, ya sean contratos propiamente civiles o comerciales y públicos o estatales, consideramos que en lo que respecta a los contratos públicos, en primer lugar se aplicarán los principios y normas específicos del derecho administrativo en su fase de ejecución, mientras que los principios o*

³²² Artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

³²³ Huapaya, Ramón, Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos ..., op. cit., p. 308.

³²⁴ Id.

categorías propias del derecho privado serán aplicados en forma supletoria.”³²⁵

- “Sin perjuicio de lo expuesto, existe una extensa lista de principios generales del Derecho Administrativo sobre cada una de sus instituciones que la componen sobre el particular, en donde muchas de ellas encuentran y guardan perfecta equivalencia (...)”³²⁶

A modo de resumen de todas citas anteriores, se extraen las siguientes ideas: 1) Como bien se afirma y se ha venido mencionando cuando se explicó sobre el contrato administrativo, el derecho administrativo, desde siempre, ha luchado por su independencia frente al derecho civil. Se puede afirmar que, en estos tiempos, ya es una rama independiente frente al derecho civil, lo cual también se visualiza a través del gran desarrollo doctrinario que se le ha dado al contrato administrativo (contrato público) en nuestro país; sin embargo, esta “independencia doctrinaria” es relativa, debido a que, al menos en el régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas, los propios contratos públicos tienen peculiaridades que rompen con la teoría clásica del contrato administrativo como la igualdad de las partes o el *pacta sum servanda*, aun cuando el contrato es celebrado por el Estado.

Estas peculiaridades de los contratos públicos en este régimen han llevado a interpretar que estos deben ser subsumidos de manera total en el ámbito de la contratación privada, lo cual es algo incorrecto, ya que se no se puede ignorar su esencia pública (de derecho público). Esta situación se evidencia en la realidad palpable de que los principios generales del

³²⁵ Id.

³²⁶ Ibid, p. 310.

derecho civil son aplicados frecuentemente en el ámbito de la contratación público.

Si bien es posible, se debe tener presente que el derecho administrativo posee figuras e instituciones propias, muy diferentes a las del derecho privado; por lo que, concordando con la propuesta del autor Ramón Huapaya Tapia, se afirman que existen principios del derecho administrativo, los cuales son diferentes a los principios del derecho civil, por las mismas instituciones, figuras y conceptos propios que poseen tanto el derecho administrativo como el derecho civil.

Sin embargo, lo anterior no debe interpretarse como dos categorías irreconciliables, debido a que existen principios que comparten ambas categorías, que son aplicables en ambas y de manera general en todo el ordenamiento jurídico, siendo estos últimos pertenecientes a la categoría más general denominada principios generales del derecho.

Teniendo estas tres categorías de principios: principios del derecho administrativo, principios derecho civil y principios generales del derecho, se afirma, siguiendo la posición del autor Ramón Huapaya Tapia, la cual se comparte, que en primer lugar se aplicarán los principios del derecho administrativo y, en segundo lugar y de manera supletoria, los principios del derecho civil.

❖ ***Principios compartidos por ambas categorías***

Como se mencionó existen dos categorías de principios: los de derecho administrativo y los de derecho civil, los cuales poseen instituciones, figuras y conceptos propios; sin embargo, puede darse el caso de que existan principios que comparten ambas categorías, que son aplicables en ambas y de manera general en todo el ordenamiento jurídico, siendo estos últimos pertenecientes

a la categoría más general denominada principios generales del derecho.

3.6.4.2 La clasificación de los principios

De todas las clasificaciones que pueden darse a los principios. Al menos, en el ámbito jurídico, se destaca la clasificación de los principios en explícitos e implícitos. En este sentido, los primeros son aquellos que se encuentran expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico; mientras que los segundos son *“aquellos extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico”*³²⁷, es decir, no se encuentran expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico; sin embargo, se los puede inferir de la normativa de un cuerpo legal específico.

Cabe destacar que, a pesar de nuestro sistema jurídico pertenece al continental, el cual se caracteriza por el control del Estado a través del principio de legalidad, los principios, ya sea implícitos o explícitos, se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en el ámbito jurisdiccional. Para complementar lo anterior, se destaca la opinión del autor Alonso Vidal Horacio-José, quien menciona lo siguiente: *“La aplicación de principios implícitos constituye un claro supuesto de aplicación de normas no identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, lo cual tampoco debe extrañarnos. En efecto, (...) es el propio ordenamiento jurídico quien en muchos supuestos permite al órgano jurisdiccional la posibilidad de resolver un caso mediante la aplicación de normas no identificables autoritativamente”*³²⁸

Y es que nuestro mismo ordenamiento jurídico acepta y habilita la aplicación y utilización de principios. En este sentido:

³²⁷ Horacio-José Alonso Vidal, “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho”. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho 35 (2012): 158

³²⁸ Ibid, p. 165.

- ❖ El código civil en el artículo VIII del Título Preliminar menciona lo siguiente:

“Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley

*Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los **principios generales del derecho** y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.”³²⁹(Subrayado y resaltado nuestro)*

- ❖ La Constitución Política en el artículo 3 menciona lo siguiente:

“Artículo 3.-Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los **principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.** (Subrayado y resaltado nuestro)”³³⁰*

- ❖ El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General en el artículo IV del Título Preliminar menciona lo siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. **El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo (...)** (Subrayado y resaltado nuestro)³³¹

³²⁹ Título Preliminar, artículo VIII del Código Civil (1984)

³³⁰ Artículo 3 de la Constitución Política del Perú del año 1993

³³¹ Título Preliminar, artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004 -2019- JUS

Como se evidencia, nuestro ordenamiento jurídico acepta y habilita la aplicación y utilización de principios en los diferentes hechos y relaciones jurídicas.

3.6.4.3 Reglas aplicables a los principios

a) Principios implícitos

El autor Horacio - José Alonso Vidal con gran genialidad y concisión en su artículo titulado “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho”, desarrolla una “propuesta de reconstrucción de la aplicación de los principios implícitos”, en la cual se presentan pautas y criterios cuando se alega un principio implícito. En este sentido, el citado autor menciona lo siguiente:

“1) Los principios implícitos operarán en el razonamiento jurídico como razones para la acción no perentorias y no independientes de su contenido.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que un principio implícito debe ser aplicado (bien porque el caso en cuestión no está regulado expresamente por una norma identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, o porque en el caso en cuestión constituye una excepción a una regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada por la toma en consideración del principio implícito.

3) Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: a) que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y b) que, de acuerdo a las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito.”³³²

³³² Vidal, op. cit., pp. 170 -171

Respecto a este último punto, se destaca el uso de las convenciones interpretativas explícitas, sobre el cual el autor menciona lo siguiente: *“Para el caso de los principios implícitos, sin embargo, mi opinión es que el operador jurídico no debe ir más allá del convencionalismo explícito porque, dado su carácter subsidiario, es necesario para su aplicación que exista un acuerdo previo explícito sobre el alcance de los principios o reglas de los que se derivaría el principio implícito que se pretende aplicar (...)”*³³³. En otras palabras, el autor consciente de la flexibilidad y variabilidad de los convencionalismos presentes en una sociedad determinada, considera como condición necesaria la existencia de un acuerdo previo explícito (jurisprudencia, sentencias, precedentes vinculantes, opiniones consultivas vinculantes) sobre las normas de las cuales se extraerá el principio implícito, a fin de permitir un buen análisis.

b) Principios explícitos

Teniendo presente que los principios explícitos se encuentran establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico, la única regla a seguir en la presente situación, es mantenerse en la descripción normativa que se ha realizado sobre el principio. Al menos, en el caso peruano, el legislador ha optado por brindar una breve descripción normativa sobre los principios establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico.

3.6.4.4 Principios de derecho administrativo y normativa aplicables los contratos de concesión

Siguiendo la posición reglada sobre las prerrogativas que posee el Estado, se considera necesariamente que, para que su aplicación, estas, primero, tengan su sustento en el ordenamiento jurídico y teniendo presente lo desarrollado por el autor Ramón Huapaya Tapia en su

³³³ Ibid, p. 170.

artículo titulado “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”; también se propondrán los principales principios que guían a todo contrato de concesión en la fase de ejecución.

Como se hizo mención anteriormente, la etapa de ejecución contractual es la más controvertida, es por esta razón que nos enfocaremos en esta; sin embargo, esto no significa que los principios que enunciaremos no sean aplicables en las anteriores:

3.6.4.4.1 Principios de derecho administrativo

De igual, siguiendo un criterio de especificidad, dentro de los principios de derecho administrativo, se debe dar preferencia a los principios que recoge el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, sobre los principios que recoge el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Cabe mencionar que ambas normas dedican un artículo para desarrollar y definir cada principio; sin embargo, aclarar que el ámbito de aplicación de la segunda es mayor que la primera, debido a que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General brinda una normativa común para todos los procedimientos administrativos que realizan las entidades de la Administración Pública, incluyendo los especiales como el procedimiento administrativo que se desarrolla bajo el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, el cual se regula por el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Teniendo esto presente, de todos principios recogidos en las mencionadas normas, solo se tomará aquellos que tienen un rol esencial y protagónico en la fase de ejecución contractual, en la cual, el Estado podría aplicar la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

a) Principios administrativos del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su reglamento

a.1) Expresos:

El artículo 4, menciona lo siguiente:

“Artículo 4. Principios

4.1 En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, se aplican los siguientes principios:

1. Competencia: *Los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia e igualdad de trato entre los postores, y evitan conductas anticompetitivas o colusorias.*

2. Transparencia: *Toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto llevado a cabo en el marco del presente Decreto Legislativo, es de conocimiento público, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto*

Supremo N° 043-2003-PCM, con las excepciones previstas en la normativa vigente.

3. Enfoque de resultados: *Las entidades públicas señaladas en el artículo 2, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos; así como, identifican, informan e implementan acciones orientadas a resolver la problemática que afecta los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Constituyen reglas para la aplicación de este principio en la toma de decisiones de las entidades públicas referidas en el artículo 2, las siguientes:*

a. Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.

b. En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.

c. En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo.

4. Planificación: *El Estado, a través de las entidades públicas titulares de proyectos, prioriza y*

orienta el desarrollo ordenado de las Asociaciones Público Privadas y de los Proyectos en Activos, según las prioridades y planes nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para ello la política de descentralización del país.

5. Responsabilidad presupuestal: *Para asumir los compromisos financieros firmes y contingentes derivados directa o indirectamente de la ejecución de los contratos celebrados en el marco del presente Decreto Legislativo, debe considerarse la capacidad de pago del Estado, sin comprometer en el corto, mediano ni largo plazo, el equilibrio presupuestario de las entidades públicas, la sostenibilidad de las finanzas públicas, ni la prestación regular de los servicios públicos.*

6. Integridad: *La conducta de quienes participan en los procesos de promoción de la inversión privada está guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, es comunicada a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna.*

4.2 Adicionalmente, para las Asociaciones Público Privadas, resultan aplicables los siguientes principios:

1. Valor por dinero: *En todas las fases de los proyectos de Asociación Público Privada, las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.*

2. Adecuada distribución de riesgos: *En los proyectos de Asociación Público Privada se efectúa una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con*

mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.”³³⁴

a.2) Implicitos:

Aunque no se encuentra como principio en el artículo 4 del presente decreto legislativo, la doctrina es unánime en considerar al “Principio de equilibrio económico – financiero” como uno, debido a que forma parte de la esencia misma de todo contrato público. En este sentido, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su reglamento lo mencionan en los siguientes artículos:

a.2.1) En el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

“*Artículo 55. Modificaciones contractuales*

55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establece el Reglamento.

(Subrayado y resaltado nuestro)

³³⁴ Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

(...)”³³⁵

a.2.2) Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF:

“Artículo 37. Restablecimiento del equilibrio económico financiero

*37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el **equilibrio económico financiero** en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.*
(Subrayado y resaltado nuestro)

*37.2 Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo Contrato de APP. En estos supuestos, **se restablece el***

³³⁵ Artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

equilibrio económico financiero al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.”³³⁶ **(Subrayado y resaltado nuestro)**

“Artículo 134. Modificaciones contractuales

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, **manteniendo el equilibrio económico financiero** y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. **(Subrayado y resaltado nuestro)** (...)”³³⁷

“Artículo 135. Límite temporal para la suscripción de modificaciones contractuales

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate:

³³⁶ Artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

³³⁷ Artículo 134 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

1. La corrección de errores materiales.
2. Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.
3. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del Contrato.
4. **El restablecimiento del equilibrio económico financiero**, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37.”³³⁸ **(Subrayado y resaltado nuestro)**

“Artículo 138. Opiniones previas

(...)

138.4 Contando con la opinión de Proinversión, conforme a lo establecido en el presente Reglamento, y del organismo regulador, respecto a cada una de las modificaciones contractuales propuestas y a los sustentos remitidos por la entidad pública titular del proyecto, esta última solicita la opinión previa favorable del MEF, en caso que las modificaciones contractuales generen o involucren cambios en:

1. Cofinanciamiento,
2. Garantías,

³³⁸ Artículo 135 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

3. *Parámetros económicos y financieros del Contrato,*

4. **Equilibrio económico financiero del Contrato** o,

5. *Contingencias fiscales al Estado*³³⁹
(Subrayado y resaltado nuestro)

De toda la normativa mencionada anteriormente, se extrae que, a pesar de no estar mencionado expresamente, el principio de equilibrio económico – financiero es uno de los pilares del régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas; sin embargo, el legislador no ha optado por su definición expresa y solo atina a mencionarlo y brindar artículos que lo recogen.

a.2.2.1 El Principio de Equilibrio económico – financiero

Como se hizo mención, a pesar de que el principio de equilibrio económico – financiero no se encuentra establecido expresamente en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Del tenor de los enunciados de los artículos que hace referencia al presente

³³⁹ Artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

principio, se extrae su presencia y gran influencia. Al respecto y, siguiendo, principalmente, lo desarrollado por el autor Liberardo Rodríguez Rodríguez en el artículo titulado “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, el presente principio posee las siguientes características:

- El principio de equilibrio económico – financiero solo corresponde a ser aplicado en la etapa de ejecución contractual, la cual se caracteriza por ser una etapa donde los *“cocontratantes deben ejecutar las prestaciones estipuladas, y comprende del perfeccionamiento a su finalización (...)”*³⁴⁰
- Más que buscar una definición, este principio hace referencia a que *“durante la ejecución del contrato debe mantenerse una equivalencia o correspondencia entre las prestaciones que deben cumplir los cocontratantes. En ese orden de ideas, si tal correspondencia se rompe o resulta alterada, puede nacer el derecho para la parte afectada de que su cocontratante tome las medidas necesarias para restablecer el equilibrio. No obstante, no toda alteración en las condiciones*

³⁴⁰ Libardo Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. Derecho PUCP N° 66 (2011): 56

*contractuales genera el deber para una de las partes de restablecer el equilibrio económico del contrato, pues se requiere, además, que tal alteración reúna unas determinadas características específicas (...)*³⁴¹. En este sentido, como bien afirma el autor Libardo Rodríguez Rodríguez, “*el principio del equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones - esto es, entre derechos y obligaciones - se mantenga hasta la finalización del contrato.*”³⁴²

- Su origen proviene de la transición del principio de riesgo y ventura, el cual expresaba que, en todo contrato celebrado con el Estado se posee un riesgo aleatorio que se podía dar producto de una acción del Estado unilateral, generalmente una modificación contractual (bajo el fundamento del criterio de las cláusulas exorbitantes). Posteriormente, con “*el advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos —justificados en la necesidad de lograr la prestación efectiva, regular y continua de los servicios*

³⁴¹ Id.

³⁴² Ibid, p. 57.

*públicos—, la jurisprudencia francesa comenzó a aceptar la idea de la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos administrativos (...)*³⁴³

- En cuanto a su justificación sobre este principio, se tiene principalmente:

1) El carácter conmutativo del contrato administrativo: El contrato de concesión al establecer obligaciones y derechos para cada parte, establece que debe existir una igualdad entre las ventajas que obtendrá el concesionario y las cargas que se le imponen. *“El fundamento jurídico del derecho al mantenimiento del equilibrio económico - desde esta perspectiva, y sin perjuicio del Derecho positivo - se encuentra en los fines de interés público que tienen los contratos administrativos y en el carácter de colaborador del cocontratante de la administración, que obligan a concluir que el patrimonio del cocontratante no puede ser sacrificado y que, a la vez, debe darse una equivalencia honesta entre las prestaciones.”*³⁴⁴

³⁴³ Ibid, p. 62.

³⁴⁴ Ibid, pp. 69 – 70.

2) El principio de justicia contractual, como remedio para contra la superioridad de alguna de las partes, entendiéndose esta en un sentido general, la cual, muchas veces puede desestabilizar la relación contractual (poder de negociación, poder en el mercado, etc.)

- Respecto condiciones generales para la procedencia de la aplicación del principio de equilibrio económico – financiero y siguiendo lo desarrollado por el autor Libardo Rodríguez Rodríguez, la alteración por la cual se solicitará la aplicación del citado principio, debe cumplir, de manera necesaria, con las siguientes características:

a) *“La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.”*³⁴⁵

b) *“La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato.”*³⁴⁶

c) *“La alteración debe superar el álea normal.”*³⁴⁷ (solo con el álea anormal o extraordinaria se podrá solicitar la aplicación del presente principio)

³⁴⁵ Ibid, p. 72.

³⁴⁶ Ibid, p. 73.

³⁴⁷ Ibid, p. 74.

d) *“La alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación.”*³⁴⁸

Un punto esencial, respecto al principio de equilibrio económico – financiero, se presenta en la indemnización que se da posteriormente, una vez que la alteración por la cual se ha alegado una vulneración del principio económico financiero, ha cumplido con todas las condiciones. Al respecto, es de destacar que el legislador peruano en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y en su respectivo reglamento, ha optado por normar expresamente el deber de indemnización:

Artículo 58. Caducidad y Liquidación - Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

³⁴⁸ Ibid, p. 76.

“58.1 **Cuando se produzca la caducidad** de un contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario.

58.2 Sin perjuicio de la normativa aplicable, **los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.**³⁴⁹(Subrayado y resaltado nuestro)

Artículo 112. Terminación - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos,

³⁴⁹ Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

**aprobado mediante Decreto Supremo
N° 240-2018-EF**

“112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato. 112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

- 1. Cumplimiento de plazo del Contrato.*
- 2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.*
- 3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.*
- 4. Acuerdo de las partes.*
- 5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.*
- 6. Destrucción total de la infraestructura pública.*
- 7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.*

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del

Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.³⁵⁰

En cuanto a los artículos citados anteriormente, se aprecia las siguientes ideas fundamentales sobre la indemnización:

- 1) Del tenor del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se evidencia que cuando se da la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada, entre ellos el contrato de concesión, el Estado debe retomar la administración de la concesión (no titularidad, debido a que siempre la ha tenido).

- 2) Se debe resaltar que del tenor del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se extrae, realizando una interpretación sistemática, que, solo cuando se da la caducidad de la concesión (como por la causal de terminación por decisión unilateral del

³⁵⁰ Artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF

concedente – resolución por parte del Estado por interés público), se puede solicitar la indemnización (cumpliendo con la condición de que no sea imputable al inversionista).

Esto lleva a la siguiente afirmación, realizada por el autor Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado, con la cual compartimos: “(...) *la indemnización no solo debe verse limitada a reestablecer el equilibrio económico inicial, sino también a resarcir un daño emergente y lucro cesante que puede haber producido el actuar de la administración.*”³⁵¹

En cuanto a la indemnización, esta se compone por dos elementos: el daño emergente y lucro cesante. Al respecto es interesante la reflexión realizada por el autor Felipe Osterling Parodi: “*La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas.*”³⁵²

³⁵¹ Hernández, op. cit., p. 28

³⁵² Felipe Osterling Parodi. “La indemnización de daños y perjuicios”, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf> (consultada el 17 de febrero de 2020), 403

Sin embargo, del tenor del mencionado artículo 58, se pueden extraer dos situaciones bien diferenciadas:

- i. Una situación donde se dan ciertos desequilibrios, pero que no llegan a comprometer al contrato, al punto de darse su caducidad. Aquí solo se daría un pago a favor de la parte afectada con único fin de equilibrar posiciones, no se podría exigir indemnización.
 - ii. Una situación donde se ha dado una alteración grave que ha comprometido el contrato, al punto de darse su caducidad. Aquí se podría exigir un pago a favor de la parte afectada con único fin de equilibrar posiciones, así como una indemnización (daño emergente y lucro cesante)
- 3) Asimismo, el párrafo 58.2 del artículo 58 Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, utiliza el verbo “podría” respecto a la inclusión de cláusulas indemnizatorias en el contrato, lo que evidencia una posibilidad. En este sentido, se posee la

opinión de que, en un primer momento, se debe optar por la inclusión y pacto de cláusulas indemnizatorias en los contratos de Asociación Público Privada; en el caso de que no se haya pactado cláusulas, igualmente la parte perjudicada por la alteración que ha quebrantado el equilibrio económico financiero tiene la obligación de una reparación integral que incluye un pago a favor de la parte afectada con único fin de equilibrar posiciones y una indemnización.

b) Principios administrativos del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

El Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General menciona lo siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

1.2. *Principio del debido procedimiento.* - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

1.3. *Principio de impulso de oficio.* - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

1.4. *Principio de razonabilidad.* - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

1.5. *Principio de imparcialidad.* - Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles

tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

1.7. Principio de presunción de veracidad. - En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

1.8. Principio de buena fe procedimental. - La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

1.9. Principio de celeridad. - Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible,

evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

1.12. *Principio de participación.*- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

1.13. *Principio de simplicidad.* - Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

1.14. *Principio de uniformidad.* - La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

1.15. *Principio de predictibilidad o de confianza legítima.* - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica

y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

1.16. Principio de privilegio de controles posteriores. - La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder. - La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

1.18. Principio de responsabilidad. - La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

1.19. Principio de acceso permanente. - La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los

administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia.

(...)³⁵³

c) Principios generales del derecho

❖ **Principio de interés público – interés general:** Este principio, teniendo presente lo explicado en su debido momento y de manera general, explica que, en todo momento, el Estado debe garantizar por el bienestar general de su población. Este principio es horizontal a todo el derecho, debido a que es consustancial al propio ordenamiento jurídico y al Estado, lo cual se evidencia en su mención en todos ámbitos jurídicos existentes. Cabe mencionar que, este principio se muestra con mucha más intensidad en el derecho administrativo. Por ejemplo, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual representa la “norma madre y base” de todo el sistema administrativo peruano, menciona en su artículo III del Título Preliminar lo siguiente:

*“La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la **protección del interés general**, garantizando los derechos e intereses de los*

³⁵³ Título Preliminar, artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

*administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.*³⁵⁴ **(Subrayado y resaltado nuestro)**

- ❖ **Principio de ley interpartes o *pacta sum servanda*:** Este principio explica que las partes que celebran un contrato, deben cumplir con lo pactado.

- ❖ **Principio de igualdad de partes:** Si bien este principio tuvo su origen en el derecho civil. Actualmente, ha irradiado por todo el derecho, a tal punto que, en nuestra legislación, no se concibe un contrato sin igualdad entre las partes contratantes. Idea que se encuentra reforzada por el mismo principio de equilibrio económico – financiero, el cual busca el equilibrio entre los intereses de las partes contratantes (parte privada y Estado)

Cabe mencionar, que en nuestro ordenamiento jurídico existen una gran cantidad de principios generales, los cuales corresponden a principios implícitos que provienen y son extraídos de la normativa de nuestro ordenamiento jurídico.

Como bien se afirma, el fin de un principio es, en lo posible, ser reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico, lo cual le brinda mayor fuerza normativa y se promueve la seguridad jurídica; a pesar de esto, no se debe restar importancia a los principios implícitos, los cuales también cumplen un rol protagónico, sobre todo guían la interpretación de los diferentes operadores de la administración pública y poder judicial.

³⁵⁴ Título Preliminar, artículo III del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

*** No se ha tomado en cuenta los principios de derecho civil**

3.6.4.5 Normativa (artículos)

Es importante, antes de citar los artículos que sustentarían la caducidad por terminación por decisión unilateral del concedente, la cual tiene su fundamento en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público; destacar lo mencionado por el autor Javier Kevin Mauricio Hernández Alvarado, cuya cuestión también forma parte de la motivación y fundamento del presente tema de tesis:

“Es interesante preguntarnos si este escenario en el cual esta prerrogativa no se contempla de manera real en nuestro ordenamiento jurídico responde a algún tipo de razón, descuido o subestimación de esta facultad, a fin de buscar una lógica que nos explique este contexto; por su parte, el razonamiento que tiene el Tribunal Constitucional a razón de esta prerrogativa es bastante curioso: una sentencia³⁵⁵ aislada en relación a esta materia nos vislumbra su particular punto de vista; en ese sentido, el supremo intérprete de la constitución sostiene lo siguiente³⁵⁶:

“(…), el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo.

No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional.”³⁵⁷

³⁵⁵ Vid. Expediente N° 2488 – 2004 –AA/TC (10/10/2006) sobre Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco.

³⁵⁶ Hernández, op. cit., p. 55.

³⁵⁷ Corresponsdiente al punto N° 9 titulado “El mandato del artículo 62° que consagra la inmodificabilidad de los contratos no es absoluto” del Fundamento III del Expediente N° 2488 – 2004 –AA/TC (10/10/2006) sobre Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco.

Lo anterior se presente como un punto demasiado interesante, debido a que, si bien la idea referida por el Tribunal Constitucional no corresponde a ser un precedente vinculante, sí sienta un antecedente jurisprudencial para la “posible admisión” de las prerrogativas (“exorbitantes”) que posee la administración pública. Haciendo la aclaración sobre la condición necesaria y obligatoria de que tales prerrogativas deben tener su fundamento en el ordenamiento jurídico necesariamente, superando la concepción clásica, la cual se caracterizaba por su arbitrariedad y excesiva superioridad estatal respecto a la contraparte privada.

Respecto a los artículos que sustentarían la caducidad por terminación por decisión unilateral del concedente, la cual tiene su fundamento en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, se tienen los siguientes:

a) En el Régimen jurídico de Asociaciones Público Privadas

❖ Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

“Artículo 35. Fase de Ejecución Contractual

35.1 La fase de Ejecución Contractual comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales.

35.2 La fase de Ejecución Contractual culmina con la caducidad del respectivo contrato.”³⁵⁸

“Artículo 58. Caducidad y Liquidación

³⁵⁸ Artículo 35 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

58.1 Cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario. 58.2 Sin perjuicio de la normativa aplicable, los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.”³⁵⁹

❖ **Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos**

“Artículo 112. Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

- 1. Cumplimiento de plazo del Contrato.*
- 2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.*
- 3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.*

³⁵⁹ Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

4. Acuerdo de las partes.

5. **Resolución por parte del Estado por razones de interés público.** (Subrayado nuestro)

6. Destrucción total de la infraestructura pública.

7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.”³⁶⁰

II) Tradicionalmente en la práctica administrativa los contratos públicos de concesión bajo el régimen PiP contienen cláusulas de resolución por incumplimiento, tanto del contratista como del Estado e inclusive es común apreciar que tanto cuando el Estado aplica la resolución unilateral invocando causas imputables al concesionario, así como cuando éste invoca la resolución por incumplimiento del Concedente, los contratos bajo el régimen PiP denominan a dicho fenómeno caducidad.

Lo anterior explica lo se ha venido mencionando, respecto a que la figura jurídica de la caducidad, también llamada resolución, rescisión o terminación, engloba diferentes causales que tienen su origen tanto por acciones del concedente como del concesionario. Entre estas tenemos: Terminación por cumplimiento del plazo del contrato, terminación por incumplimiento del Concesionario, terminación por fuerza mayor,

³⁶⁰ Artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

terminación por mutuo acuerdo, terminación por decisión unilateral del concedente, terminación por incumplimiento del concedente.

Como se evidencia, la caducidad engloba diferentes causales, siguiendo una relación género – especie, donde la figura jurídica de caducidad es el género y las causales que engloba son la especie. Cabe destacar que, dentro de estas causales, se encuentra la terminación por decisión unilateral del concedente, la cual tiene su fundamento en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público).

CAPÍTULO IV

DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Como se explicó en inicio, la presente tesis se centra en responder la siguiente pregunta: ¿Es necesario establecer en los contratos SGT y bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, lineamientos y parámetros para que el Estado pueda ejercer la prerrogativa estatal de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público?

Cabe mencionar que, en el presente trabajo de investigación nos enfocaremos, principalmente, en analizar la habilitación de “rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público” como prerrogativa, debido a que es allí donde se presenta la mayor discusión doctrinaria. Tal habilitación como cláusula, al ser pactada por ambas partes con su plena voluntad y conocimiento, no presenta discusión, puesto que la oportunidad y las consecuencias de su habilitación son conocidas (con voluntad) por ambas partes.

Asimismo, destacar, nuevamente, que en el presente trabajo de investigación se utilizará indistintamente las denominaciones: causal de terminación (o caducidad) por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público” y causal de terminación por “Decisión unilateral del concedente”, debido a que ambas son equivalentes.

Teniendo presente todo lo explicado hasta el momento y antes de comenzar a desarrollar nuestra hipótesis, es necesario mencionar previamente unas ideas fundamentales:

- **Referencias normativas:**

- 1) **Ámbito de aplicación:**

- El artículo 2 del reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, menciona lo siguiente:

“De acuerdo con lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, lo dispuesto en el presente Reglamento, así como las normas complementarias del SNPIP, son de aplicación a todas las entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero que desarrollen proyectos de APP y PA.”³⁶¹

Y es que en la misma estructura del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su respectivo reglamento, se separan en dos bloques normativos, las normas aplicables para las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Teniendo presente lo anterior, la presente tesis se centra en los Contratos de Concesión, los cuales corresponden a una de las modalidades por las cuales se puede constituir una Asociación Público Privada.

Asimismo, en relación a los contratos SGT, los cuales tienen como objeto la construcción de líneas de transmisión, estos son contratos de concesión (concesión de obra) que se configuran bajo la modalidad BOOT. En este sentido, los contratos SGT son contratos de concesión tipo BOOT, es decir, contratos de concesión que siguen un esquema BOOT.

De igual manera, artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos menciona lo siguiente:

³⁶¹ Artículo 2 del reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

“El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular el marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos.”³⁶²

Con lo cual se reafirma lo explicado anteriormente.

2) Plazo de vigencia

Al respecto, la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, menciona lo siguiente:

“CUARTA. Vigencia

El presente Decreto Legislativo entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento, con excepción del artículo 9 y de la Décimo Segunda y Décimo Tercera Disposiciones Complementarias Finales, que entran en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente norma.

En este sentido, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, fue publicado el 23 de julio de 2018 y su reglamento fue publicado el 30 de octubre de 2018; por lo tanto, el citado decreto entró en vigencia el 31 de octubre de 2018.”³⁶³

³⁶² Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

³⁶³ Cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

3) Otros aspectos esenciales:

Los contratos SGT, al tener como esencia la construcción de líneas de transmisión principales, las cuales deben guiarse por un plan de transmisión, son considerados como iniciativas públicas o estatales.

Teniendo esto presente, son aplicables los siguientes artículos:

- **“SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA. *Iniciativas estatales en trámite - Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos:***

*Las iniciativas estatales se sujetan en el estado en que se encuentren, a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.”*³⁶⁴

Asimismo, se tiene lo siguiente:

“SÉPTIMA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL. *Referencia a normativa - Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*

A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, toda referencia que se haga al Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM; así como del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público

³⁶⁴ Segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

*Privadas y Proyectos en Activos, se entiende realizada a la presente norma.*³⁶⁵

Cabe aclarar que, y siguiendo lo que se explicó en su momento, dentro de los contratos de concesión del sector eléctrico se encuentran varios contratos, entre los cuales, están los contratos SGT y los contratos de concesión definitiva. En teoría y en un primer momento, ambos corresponderían a ser una Asociación Público Privada, formada, entre todas las modalidades posibles, con un contrato de concesión (contrato público), siguiendo un esquema BOOT; sin embargo, presentan las siguientes diferencias:

- 1) La celebración de un contrato SGT solo tiene como objeto la construcción de líneas de transmisión principales; pero para operar la línea y, su correspondiente administración, se debe solicitar el otorgamiento de una concesión definitiva de transmisión, lo cual se materializará mediante la celebración de un contrato de concesión definitiva.
- 2) Si bien los dos son contratos indisolubles, pero diferenciados; en el sentido de que no se puede concebir la celebración de un contrato SGT sin la posterior y necesaria celebración de un contrato de concesión definitiva de transmisión; por presentarse como dos contratos diferentes, para el contrato SGT es aplicable el del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su respectivo reglamento y para el contrato de concesión definitiva de transmisión será aplicable el Decreto Ley N° 25844 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM.

³⁶⁵ Séptima disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Teniendo presente las ideas esenciales, explicadas anteriormente, se pasa a demostrar nuestra hipótesis, la cual es la siguiente: Se debe establecer lineamientos y parámetros, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, para que el Estado peruano pueda declarar la caducidad de un contrato de SGT por la causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público o decisión unilateral del concedente, la cual tiene su fundamento en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

a) La importancia de establecer lineamientos

Como bien se ha ido desarrollando hasta el momento y términos generales, la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público correspondió, en un inicio, a una habilitación “exorbitante” propia de la esencia del Estado. La característica de “exorbitante” hacía alusión a que dicha habilitación excedía a cualquier idea típica del derecho común.

Esta prerrogativa mediante la cual el Estado podía dar por terminado de manera unilateral y discrecional (sin motivo de causa o estar supeditado a una habilitación expresa) cualquier contrato celebrado entre este y un privado como pueden ser los contratos de concesión, se caracterizaba por una terminación súbita y por un nulo interés sobre la protección de los intereses de la parte privada, la cual también correspondía a una parte contratante frente a frente con el Estado.

Dicha teoría, denominada teoría o criterio de las cláusulas o prerrogativas “exorbitantes”, tuvo correspondencia y fundamento con las teorías clásicas imperantes por aquellos tiempos como la teoría del contrato de concesión y la teoría del contrato administrativo, las cuales se caracterizaban, principalmente, por propalar una virtual superioridad del Estado sobre la

parte privada, lo cual se materializaba en un palpable inexistencia de una igualdad de posiciones entre el Estado y la parte privada todo contrato administrativo o público.

Posteriormente, con la llegada de la posición “reglada” y la consecuencia consagración del principio de legalidad, el cual se convirtió en el parámetro - base de todo ordenamiento jurídico de origen romano (*civil law*) como el nuestro; dichas teorías clásicas (donde se encontraban las teoría de las cláusulas o prerrogativas exorbitantes, la teoría del contrato administrativo y la teoría del contrato de concesión) fueron, de cierta manera, dejadas de lado en diferentes ordenamientos jurídicos, donde nuestro ordenamiento jurídico no fue la excepción.

Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo este nuevo paradigma “reglado”, concibió un contrato público con características peculiares, que rompían con las teorías clásicas mencionadas anteriormente, y donde se procuraba, principalmente, la igualdad de posiciones e intereses entre el Estado y el privado, dejando de lado tal superioridad irrestricta del Estado sobre la parte privada.

Uno de las principales teorías o criterios que sufrió las consecuencias de esta limitación que se tradujo en la máxima de que “toda acción estatal, debe encontrarse previamente en una norma legal” (principio de legalidad); fue el criterio de las cláusulas o prerrogativas “exorbitantes”, evidenciándose una significativa reducción de las diferentes prerrogativas que poseía el Estado.

Por ejemplo, Actualmente, en la normativa sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, de las siete prerrogativas que se concebían, solo tienen vigencia normativa y práctica dos: la prerrogativa del *Ius Variandi* y la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, siendo esta última el fundamento de la causal de terminación por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público” o decisión unilateral del concedente.

La prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, al tener su esencia y razón de ser en el interés público, tiene un origen abstracto y conflictivo; por lo mismo que el referido concepto de interés público se presenta como un “concepto jurídico indeterminado” y que dependerá del legislador y de la misma administración pública la evaluación y la dotación de un contenido en cada situación particular.

La situación descrita en el párrafo anterior ya ha merecido un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, el cual presenta un razonamiento bastante curioso como una supuesta “vuelta atrás” a la teoría clásica de las cláusulas o prerrogativas “exorbitantes”:

“(…), el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo.

No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional.”³⁶⁶

En este sentido, si bien el interés público se presenta como el principal fundamento de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, en ningún momento, esta se puede ejercer solo por un interés público y sin una habilitación normativa expresa o implícita presente en nuestro ordenamiento jurídico.

³⁶⁶ Correspondiente al punto N° 9 titulado “El mandato del artículo 62° que consagra la inmodificabilidad de los contratos no es absoluto” del Fundamento III del Expediente N° 2488 – 2004 –AA/TC (10/10/2006) sobre Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco.

Nuestro ordenamiento jurídico sigue un criterio “reglado”, que tiene su principal exponente en el “principio de legalidad”, el cual se presenta como la piedra angular de nuestro sistema normativo.

Lo anterior, es solo un ejemplo de esta problemática sobre la divergencia de interpretaciones relacionadas con la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público. Asimismo, la citada problemática ya se ha traducido en una situación ante el tribunal arbitral del CIADI y que evidencia la necesidad de establecer lineamientos para una adecuada y correcta interpretación y ejercicio de la citada prerrogativa por parte del Estado, a fin de declarar la terminación o caducidad de un contrato SGT por la causal de Decisión unilateral del concedente.

En este sentido, a modo de ilustrar lo mencionado en el párrafo anterior, se tomará la siguiente explicación realizada por el autor Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado:

“(…) el Laudo Final del caso CONVIAL contra el Estado Peruano, de fecha de notificación a las partes de 21 de mayo del 2013, y el cual fue visto en CIADI, nos dan importantes puntos a fin de analizar con mayor profundidad esta problemática:

- ❖ *El Estado Peruano, en su calidad de demandado en este caso en particular, sostiene por su parte que “terminar el contrato invocando el interés público es una prerrogativa soberana”; es decir, que esta potestad de la Administración responde a un poder por su calidad como sujeto; de igual manera, añade que “(…) no hay duda de que la posibilidad de terminar un contrato unilateralmente invocando el interés público surge exclusivamente de la naturaleza del Estado como ente soberano que debe velar por los intereses colectivos”. Siguiendo esa misma línea, refuerza su posición a partir de pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano (...), ante lo cual sostienen lo siguiente:*

(...) bajo el derecho peruano, la facultad resolutive unilateral por razón del interés público es una de las expresiones más clásicas de las potestades exorbitantes de la Administración (...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha confirmado que esta potestad exorbitante está en manos de la Administración incluso en ausencia de una cláusula contractual que la prevea.

- *Por su parte, el demandante en cuestión (CONVIAL) alega que la prerrogativa de resolución unilateral no es posible de considerar en nuestro ordenamiento al no estar normada o reconocida en un cuerpo legal determinado, además que una sola posición doctrinal o una sentencia del Tribunal Constitucional que no constituye precedente de observancia obligatoria puede ser sustento suficiente para darle legitimidad a esta facultad exorbitante; en ese sentido, el tribunal arbitral del CIADI sostiene y añade lo siguiente:*

El Tribunal considera que le asiste la razón a la Demandada. En efecto, el Tribunal no está convencido de que la doctrina invocada y una sola sentencia del Tribunal Constitucional constituyan, bajo el derecho peruano, un mandato o precedente de obligatorio cumplimiento conforme al cual la caducidad [en este caso, se refieren a la resolución también por esta denominación] deba ser considerada como una facultad exorbitante que el Estado pueda ejercer (...) Además, en la sentencia, el Tribunal Constitucional no invoca normas del ordenamiento jurídico peruano u otras decisiones que sirvan de fundamento a la afirmación de los Demandados de que la declaratoria de caducidad en el derecho peruano es una facultad exorbitante del Estado. Adicionalmente, no parece tener dicha decisión judicial fuerza vinculante o de precedente obligatorio en el ordenamiento peruano (...).

Dicho en otras palabras, ni la normatividad peruana ni la doctrina y sentencias citadas permiten concluir que la caducidad sea una facultad exorbitante en el ordenamiento jurídico peruano.

*Como vemos, ante los ojos de este tribunal arbitral internacional, la prerrogativa de resolución unilateral del contrato prácticamente no existe en nuestro ordenamiento, más allá de los intentos infructuosos por parte del Estado Peruano de argumentar en contrario; esto no sólo evidencia un nulo interés por este asunto, sino una escasa base doctrinaria y jurisprudencial nacional que puedan servir como cimientos para que (de una vez por todas) podamos regular esta facultad de la administración de una forma correcta a partir de marcos sólidos que la sustenten. (...)*³⁶⁷

Respecto a situación arbitral mencionada anteriormente, es necesario hacer una aclaración:

Si bien el Tribunal del CIADI no toma en consideración el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, propuesto por el Estado Peruano para sustentar la existencia de una prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, principalmente, debido a que tal pronunciamiento no corresponde a ser precedente vinculante y que, según el citado tribunal, no existe la referida prerrogativa en nuestro ordenamiento jurídico. Tal situación, actualmente, ha cambiado, debido a que el legislador peruano, como lo vino haciendo desde el Decreto Supremo N° 410-2015-EF mediante el cual se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (actualmente derogado por el vigente Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos), ha optado por incorporar expresamente una causal de terminación por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público”, lo cual se ha evidenciado nuevamente en el vigente reglamento sobre Asociaciones Público

³⁶⁷ Hernández, op. cit., pp. 56 -57.

Privadas y Proyectos en activos. En consecuencia, en el presente, nuestro ordenamiento jurídico, respecto a las Asociaciones Público Privadas, contempla expresamente una causal de terminación o caducidad por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público” (o también llamada causal de terminación por “Decisión Unilateral del Concedente”); sin embargo, la actual normativa sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos en activos se presenta muy escueta, confusa y general, en cuanto a los pocos artículos aplicables para el supuesto caso de que el Estado quiera declarar la caducidad de un contrato de concesión como los contratos SGT, sustentada en la causal de terminación por Decisión Unilateral del Concedente.

En la situación anterior, más allá de una mala técnica legislativa y de la loable decisión del legislador de por lo menos señalar expresamente la habilitación del Estado para declarar la caducidad de un contrato de concesión (como los contratos SGT) por la causal de terminación por Decisión Unilateral del Concedente; se evidencia una nula voluntad legislativa, a fin de brindar lineamientos específicos en un cuerpo legislativo específico sobre la referida causal de terminación y, consecuentemente, sobre la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, la cual por las diferentes y enormes consecuencias que trae consigo para el propio Estado y para el colaborador privado, principalmente económicas, conlleva una gran importancia.

Asimismo, una nula base doctrinaria nacional sobre el análisis de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público en nuestro ordenamiento jurídico actual y la normativa sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, acrecientan la necesidad de contar con lineamientos específicos, a fin de procurar una adecuada interpretación y habilitación estatal para declarar la caducidad de los contratos de concesión como los contratos SGT, bajo la causal de terminación por Decisión unilateral del

concedente, la cual encuentra su sustento y fundamento en la citada prerrogativa.

En este sentido, teniendo presente todo lo antes explicado, lo cual evidencia la imperiosa necesidad de establecer parámetros para que el Estado pueda ejercer la prerrogativa estatal de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, la cual corresponde al fundamento y sustento de la causal por terminación por “Resolución por parte del Estado por razones de interés público”; se propondrá algunos principales lineamientos que debe ser tomados cuenta por el Estado, a fin de permitir una adecuada interpretación, habilitación y ejecución de la citada prerrogativa:

b) La prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público

Antes de comenzar a analizar el presente punto, se debe aclarar, siguiendo la naturaleza propia no sancionatoria de la caducidad y los requisitos necesarios que debe cumplir una alteración para alegar el equilibrio económico – financiero en una situación específica, que la caducidad, bajo de la causal de terminación por decisión unilateral del concedente, solo se podría dar en la siguiente situación:

Única situación centrada en la necesidad de encontrar un concesionario capaz de prestar el servicio o explotar la obra en mejores condiciones que el actual, en el específico supuesto de que hace una labor mediocre, pero no deja de incumplir sus obligaciones esenciales; sin embargo, se ve por conveniente dar por finalizado la vigencia del contrato de concesión, que el Estado lo reasuma temporalmente y que luego el Estado realice una convocatoria a fin de volver a entregar la concesión y, consecuentemente, celebrar un nuevo contrato de concesión, a fin de contar con un concesionario que realice una mejor labor que el anterior, con miras que explote a plenitud la concesión, a fin de garantizar en la mejor de las posibilidades el interés público de la población.

En este sentido, la prerrogativa o cláusula (dependiendo de la situación) de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) debe cumplir con las siguientes condiciones para que el Estado pueda ejercerla en la etapa de ejecución contractual de un contrato SGT:

- 1) Se presenta la condición necesaria de que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público encuentre su sustento en la legislación (artículos/principios expresos o principios implícitos) y/o en contrato celebrado entre el Estado y el privado a fin de que el Estado pueda hacer uso de esta prerrogativa o cláusula.**

Antes que todo se debe evidenciar que el Estado se encuentre habilitado para realizar aplicar la prerrogativa o cláusula (dependiendo de la situación) de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público).

Respecto a este punto, cabe resaltar que se seguirá propuesta de “jerarquización” y “especificación” entre los conjuntos de principios.

En este sentido, a pesar de que en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento, se encuentra expresamente establecida la causal de terminación por Decisión unilateral del Concedente y, consecuentemente, la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público que la sustenta, acreditándose que la citada prerrogativa sí se encuentra presente en normativa sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. En general, se tiene dos formas de sustentar la presencia de la prerrogativa o cláusula de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público):

- **Prerrogativa (sustento normativo)**

- a) Principios de derecho administrativo**

De todos los principios que posee el derecho administrativo, tanto los que provienen del Régimen de Asociaciones Público Privadas (como el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su reglamento) como los del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo general, aquellos que sustentan la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) son los siguientes:

- ❖ Principio de legalidad (Expreso)
- ❖ Principio de razonabilidad (Expreso)
- ❖ Principio de debida motivación (Expreso)

- b) Principios generales del derecho**

- ❖ Principio de interés público (Implícito)
- ❖ Principio de ley interpartes o pacta sum servanda (Implícito)
- ❖ Principio de igualdad de partes (implícito)

Respecto a lo anterior, hacer la aclaración, de que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) se sustenta en el cumplimiento necesario de cada uno de los principios antes mencionados, teniendo presente la “igualdad de pesos” entre todos, es decir, sin dar preferencia a

uno sobre otro. La integración de cada principio como una unidad, permitiría sustentar la presencia de la presente prerrogativa mediante principios tanto implícitos como expresos.

c) Artículos

Como bien se sabe, la figura de la caducidad se encuentra acogida expresamente y desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la inquietud se centra en evaluar si la causal de terminación por decisión unilateral del concedente, sustentada en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público) se encuentra establecida normativa en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, se tiene el artículo 112 sobre terminación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, el cual menciona lo siguiente:

“Artículo 112. Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

- 1. Cumplimiento de plazo del Contrato.*
- 2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.*
- 3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.*
- 4. Acuerdo de las partes.*
- 5. **Resolución por parte del Estado por razones de interés público.** (Subrayado y resaltado nuestro)*
- 6. Destrucción total de la infraestructura pública.*
- 7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.*

112.3 Cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista, por concepto de daños y perjuicios.”³⁶⁸

Como punto aparte, se debe hacer una mención, teniendo presente la aclaración, respecto a la normativa contractual aplicable para cada tipo de contrato de concesión en el sector eléctrico (Contratos de concesión definitiva y contratos SGT), que el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, sí regula sobre esta prerrogativa. En este sentido, se tiene tanto el artículo 36 como el artículo 105, los cuales debe interpretarse conjuntamente:

“Artículo 36.- La concesión definitiva caduca cuando:

- a) El concesionario no acredite dentro del plazo señalado, la inscripción del contrato de concesión en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos;*

- b) El concesionario no cumpla con ejecutar las obras conforme al Calendario de Ejecución de Obras, salvo que demuestre que la ejecución ha sido impedida por la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor calificada como tal por el Ministerio de Energía y Minas o, se apruebe un calendario garantizado de ejecución de obras por única vez, el cual debe acompañarse de una garantía adicional, según las condiciones previstas en el Reglamento;*

³⁶⁸ Artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

c) *El concesionario deje de operar sus instalaciones sin causa justificada, por 876 horas acumuladas durante un año calendario;*

d) *El concesionario de generación o de transmisión luego de habersele aplicado las sanciones correspondientes, no opere sus instalaciones de acuerdo a las normas de coordinación del Comité de Operación Económica del Sistema, salvo autorización expresa del Ministerio de Energía y Minas por causa debidamente justificada;*

e) *El Distribuidor, luego de habersele aplicado las multas correspondientes, no cumpla con la obligación señalada en el inciso b) del artículo 34 o con dar servicio de acuerdo a los estándares de calidad establecidos en su contrato de concesión;*

f) *El concesionario de distribución, no acredite la garantía de suministro por el plazo previsto en el inciso b) del artículo 34 de la presente Ley, salvo que haya convocado a licitaciones públicas de acuerdo a la normativa vigente y no haya obtenido ofertas para cubrir el total de sus requerimientos por el plazo indicado;*

g) *El reiterado incumplimiento de pago a las empresas generadoras por el abastecimiento de energía y potencia destinadas al Servicio Público de Electricidad, siempre y cuando dicho pago no se encuentre en controversia.”³⁶⁹*

“Artículo 105.- *La caducidad de una concesión, por razones distintas de las señaladas en la presente Ley, deberá ser*

³⁶⁹ Artículo 36 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

indemnizada al contado, sobre la base del Valor Presente del Flujo Neto de Fondos a Futuro que la concesión genera a su propietario, empleando la Tasa de Actualización establecida en el artículo 79 de la presente Ley.”³⁷⁰

Tanto de los artículos 36 y 105 de la Ley de Concesiones Eléctrica, se evidencia que la figura jurídica de la caducidad se encuentra reconocida, asimismo, se abre normativamente por medio del artículo 105, la posibilidad del Estado de poder declarar la caducidad por causales que no se encuentran en el artículo 36, con lo cual se remite a la libertad y voluntad de las partes contratantes de poder pactar y establecer situaciones de caducidad que no se encuentran reguladas en el artículo 36 como el poder declarar la caducidad de un contrato por declaración decisión unilateral del concedente, fundamentado en el interés público. Para lo cual, necesariamente, debe existir una cláusula en el contrato de concesión definitiva que establezca expresamente tal causal, sujeta una indemnización si es que el Estado hace uso de ella.

2) La apreciación sobre el Interés público se debe basar en una ponderación de intereses tomando en consideración dos situaciones: las nuevas necesidades de oportunidad, mérito o conveniencia que aprecia el Estado y el interés de mantener la concesión bajo determinadas circunstancias/características.

Es necesario y obligatorio que, luego de sustentar la habilitación normativa (principios implícitos o artículos/principios expresos) de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, realizar una ponderación tomando 2 situaciones: a) las nuevas necesidades de oportunidad, mérito o conveniencia que aprecia el Estado y b) el interés de mantener la

³⁷⁰ Artículo 105 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas

concesión bajo determinadas circunstancias/características. Esta necesidad de ponderación proviene del principio de legalidad, en sentido que no puede existir legalidad sin razonabilidad y debida motivación, es decir, que el principio de legalidad implica necesariamente el principio de razonabilidad y el principio de debida motivación.

Para el caso de los contratos SGT, se debe tener presente que estos desarrollan su objeto contractual en el sub – sector de transmisión, el cual es considerado servicio público, el cual también se encuentra calificado como de utilidad pública, evidenciándose la gran importancia de este sector en la procurar del interés público de la población y del Estado.

En este sentido, en términos generales, el panorama para la evaluación en las dos situaciones mencionadas anteriormente, se centrará en ponderar si es conveniente para el sub – sector de transmisión y, consecuentemente, para el Estado, quien tiene como fin último la procurar del interés público de la población, que el concesionario siga ejecutando su obligación principal y razón de ser del contrato SGT, la cual, se presenta como la construcción de líneas de transmisión principales y su posterior administración por parte del concesionario por un periodo de tiempo.

Dependerá del Estado y de su apreciación de la situación y normativa aplicable para el sector eléctrico y para los contratos SGT, la ponderación de las situaciones y su concepto de interés público para el ámbito particular, lo cual tendrá como consecuencia la preponderancia de una situación, la cual necesariamente debe significar una beneficio o mérito para el Estado, sub – sector de transmisión y, principalmente, para la población.

3) Esta prerrogativa “mantiene un lugar residual para razones debidamente calificados por la ley”, “por el cual su desarrollo

práctico se verá bastante limitado dependiendo del marco legislativo en donde se desarrolle, siendo el único aspecto a analizar qué es lo que la Administración pueda determinar cómo “interés público” al momento de hacer uso de esta prerrogativa.”

Esta condición explica que el concedente, antes de utilizar la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, la cual se presenta como de “última ratio”, debe optar por medios menos lesivos y que impliquen una negociación y acercamiento con el concesionario como la situación de caducidad por mutuo acuerdo o, en el mejor de los casos, incentivar y exigir al concesionario una mejor labor en la administración de la concesión que permita un aprovechamiento pleno de esta, a fin de maximizar todo tipo de beneficio para la población. Asimismo, como se mencionó anteriormente, el concesionario debe centrarse únicamente en el análisis del interés público.

A pesar de la opinión que menciona que el interés debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal. Se posee la posición de que, respecto al análisis del principio interés público, si bien es recomendable tener ciertos lineamientos y criterios flexibles, así como tomar como referencia la normativa contractual del sector eléctrico y de los contratos SGT para enmarcar este principio implícito, se posee la opinión de que, al ser concepto muy variable, debido a que depende de diversas circunstancias temporales y sociales; enmarcar al interés público bajo criterios y parámetros “rígidos” contenidos en una ley formal, se presentará como algo infructuoso. Esto tiene su sustento en la regulación en un sentido general y el aspecto discrecional, que siempre tendrá de cierta manera la administración pública y que viene aparejado en la esencia misma del concepto regulación. Lo anterior parte de la premisa de que es imposible reglar todos los supuestos y es allí donde entran los actos discrecionales, los cuales son habilitados a su uso

por la Administración pública, bajo principios generales implícitos o explícitos que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico (conceptos jurídicos indeterminados)

Nuevamente, tener presente lo mencionado en el numeral anterior que, para el caso de los contratos SGT, se debe tener presente que estos desarrollan su objeto contractual en el sub – sector de transmisión, el cual es considerado servicio público, el cual también se encuentra calificado como de utilidad pública, evidenciándose la gran importancia de este sector en la procurar del interés público de la población y del Estado.

4) Asimismo, complementadas con las condiciones necesarias antes mencionadas, una vez que se ha verificado que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentra amparada en nuestro ordenamiento jurídico y se ha realizado un análisis de ponderación que habilitaría el uso de la presente prerrogativa. La citada prerrogativa debe cumplir con los siguientes criterios propios de su esencia:

- La condición necesaria, la cual se debe complementar con las mencionadas anteriormente, respecto a que la utilización de esta prerrogativa solo se debe fundar en el interés público evaluado por la administración y no debe recaer en una acción dolosa o culposa del concesionario. Esta idea sustenta, la afirmación sobre la esencia no sancionatoria de la figura de la caducidad y que regula la terminación del contrato de concesión en toda su amplitud.
- De la práctica contractual, del ámbito doctrinario y legislativo, se tienen las siguientes causales de caducidad donde la terminación por decisión unilateral del concedente, la cual se sustenta en la prerrogativa de

Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, es solo una de ellas: terminación por incumplimiento del plazo del contrato, terminación por incumplimiento de concesionario, terminación por fuerza mayor y por mutuo acuerdo y **terminación por decisión unilateral del concedente**, terminación por incumplimiento del concedente. Asimismo, aclarar que, en todos los casos, la caducidad será declarada por el concedente.

- **Cláusula contractual**

También se puede considerar la habilitación de la cláusula de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público mediante una estipulación expresa en el contrato SGT, celebrado entre el concedente y el concesionario. Cabe aclarar que, la habilitación de la citada prerrogativa se puede dar mediante prerrogativa, lo cual implica que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentre amparada en el ordenamiento jurídico mediante principios implícitos o mediante normativa expresa (artículos o principios expresos) o mediante cláusula contractual. En el mejor de los casos, sería ideal que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentre habilitada mediante las dos situaciones; sin embargo, lo anterior no niega la posibilidad de que solo se encuentre mediante una sola manera.

Lo explicado en el párrafo anterior, afirma nuestra posición de que, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico ampara a la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público).

- 5) Una vez cumplida las condiciones anteriores, se debe reequilibrar los intereses de ambas partes de contrato SGT, en cumplimiento del principio de equilibrio económico – financiero.**

5.1 Principio de equilibrio económico – financiero

El régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas posee peculiaridades, respecto a la teoría clásica de las cláusulas exorbitantes y contrato administrativo. En todo contrato de concesión se presentan intereses por parte de la parte privada y por parte del Estado, es por eso que, en que todo momento se debe buscar la igualdad entra las partes que celebran el contrato de concesión, lo anterior se sustenta en el principio de igualdad de partes.

En este sentido, una vez que el Estado haya declarado la caducidad de la concesión por la causal de terminación por decisión unilateral del concedente, fundamentada en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, se generará un perjuicio a la parte privada, la cual tenía el interés de generar ganancias y recuperar su inversión mediante la administración de la concesión, bajo el sustento de que poner fin a la vigencia del contrato de concesión y que el Estado la administre temporalmente hasta conseguir un nuevo y mejor concesionario, promoverá y garantizará de mejor manera el interés público, en comparación de la situación anterior cuando el privado la administraba de manera mediocre, sin explotar todo el potencial de la concesión, ni asegurar su plena calidad. Esta situación se traduce en que el concesionario sufrirá una inestabilidad o desequilibrio en la relación contractual que tiene con el Estado, en consecuencia, a fin de reequilibrar los intereses, se le deberá indemnizar, esto último es la esencia

del principio de equilibrio financiero, solo aplicable a los contratos públicos (contratos administrativos) como el contrato de concesión (y contrato BOOT).

Esta búsqueda de reequilibrar intereses, pone sobre el tapete al principio de equilibrio económico – financiero, el cual se presenta como el remedio frente a la declaración de la caducidad de un contrato SGT por causal de terminación por decisión unilateral del concedente, sustentando en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público). Asimismo, cabe mencionar que el citado principio se encuentra en la esencia de todo contrato administrativo y de la referida prerrogativa, a tal punto que el mencionado principio se presenta como complemento indisoluble y condición necesaria de la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público), a tal punto de que esta no se puede ejercer sin aquella.

Respecto a este principio, este también se presenta como el sustento de la prerrogativa – cláusula de Rescisión unilateral o resolución unilateral (por causa de interés público), debido a que responde a la esencial garantía que tiene el concesionario contra cualquier injerencia del Estado que pueda dañar sus intereses y expectativas.

En este sentido, el principio de equilibrio económico, el cual corresponde a un principio implícito que se extrae de la normativa del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su reglamento, para su aplicación, debe cumplir con las siguientes condiciones necesarias:

- I. “La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.”³⁷¹
- II. “La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato.”³⁷²
- III. “La alteración debe superar el álea normal.”³⁷³ (solo con el álea anormal o extraordinaria se podrá solicitar la aplicación del presente principio)
- IV. “la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación.”³⁷⁴

Un punto esencial, respecto al principio de equilibrio económico – financiero, se presenta en la indemnización que se da posteriormente, una vez que la alteración por la cual se ha alegado una vulneración del principio económico financiero, ha cumplido con todas las condiciones. Al respecto, es de destacar que el legislador peruano en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y en su respectivo reglamento, ha optado por normar expresamente el deber de indemnización:

“Artículo 58. Caducidad y Liquidación - Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos

³⁷¹ Rodríguez, op. cit., p. 72

³⁷² Rodríguez, op. cit., p. 73

³⁷³ Rodríguez, op. cit., p. 74

³⁷⁴ Rodríguez, op. cit., p. 76

58.1 **Cuando se produzca la caducidad** de un contrato de Asociación Público Privada, la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario.

58.2 Sin perjuicio de la normativa aplicable, **los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento.**³⁷⁵ (Subrayado y resaltado nuestro)

En cuanto a los artículos citados anteriormente, se aprecia las siguientes ideas fundamentales sobre la indemnización:

- ❖ Del tenor del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se evidencia que cuando se da la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada, entre ellos el contrato de concesión, el Estado debe retomar la administración de la concesión (no titularidad, debido a que siempre la ha tenido).

- ❖ Asimismo, se debe resaltar que del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se extrae, realizando una interpretación sistemática, que, solo cuando

³⁷⁵ Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

se da la caducidad de la concesión (como por la causal de terminación decisión unilateral del concedente), se puede solicitar la indemnización (cumpliendo con la condición de que no sea imputable al inversionista).

Esto lleva a la siguiente afirmación, realizada por el autor Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado, con la cual compartimos: “(...) *la indemnización no solo debe verse limitada a reestablecer el equilibrio económico inicial, sino también a resarcir un daño emergente y lucro cesante que puede haber producido el actuar de la administración.*”³⁷⁶

En cuanto a la indemnización, esta se compone por dos elementos: el daño emergente y lucro cesante. Al respecto es interesante la reflexión realizada por el autor Felipe Osterling Parodi: “*La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas.*”³⁷⁷

Sin embargo, del tenor del mencionado artículo 58, se pueden extraer dos situaciones bien diferenciadas:

- Una situación donde se dan ciertos desequilibrios, pero que no llegan a comprometer al contrato, al punto de darse su caducidad. Aquí solo se daría un pago a favor de la parte afectada con único fin de equilibrar posiciones, no se podría exigir indemnización.
- Una situación donde se ha dado una alteración grave que ha comprometido el contrato, al punto de darse su caducidad. Aquí se podría exigir un pago a favor de la parte afectada con único fin de equilibrar posiciones, así

³⁷⁶ Hernández, op. cit., p. 28

³⁷⁷ Osterling, op. cit., p. 403.

como una indemnización (daño emergente y lucro cesante)

- Asimismo, el párrafo 58.2 del artículo 58 Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, utiliza el verbo “podría” respecto a la inclusión de cláusulas indemnizatorias en el contrato, lo que evidencia una posibilidad. En este sentido, se posee la opinión de que, en un primer momento, se debe optar por la inclusión y pacto de cláusulas indemnizatorias en los contratos de Asociación Público Privada; en el caso de que no se haya pactado cláusulas, igualmente la parte perjudicada por la alteración que ha quebrantado el equilibrio económico financiero tiene la obligación de una reparación integral que incluye un pago a favor de la parte afecta con único fin de equilibrar posiciones y una indemnización.

Teniendo presente las pautas e ideas ensayadas anteriormente, respecto a la pregunta planteada en un inicio: ¿Es necesario establecer en los contratos SGT y bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, lineamientos y parámetros para que el Estado pueda ejercer la prerrogativa estatal de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público?

La hipótesis planteada en el inicio del presente capítulo se reafirma, en el sentido que se debe establecer lineamientos y parámetros, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, para que el Estado peruano pueda declarar la caducidad de un contrato de SGT por la causal de terminación por Resolución por parte del Estado por razones de interés público o decisión unilateral del concedente, la cual tiene su

fundamento en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

Asimismo, destacar que no se puede concebir el uso por parte del Estado de la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público sin el principio de equilibrio económico – financiero; y para esto, se deben cumplir necesariamente las ideas, criterios y parámetros enunciados y explicados anteriormente.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

- 1) A pesar de que la denominación sea ampliamente utilizada en el ámbito administrativo, nuestro ordenamiento no posee una definición de lo que se entiende por contrato administrativo ni recoge expresamente la nomenclatura contrato administrativo o contrato público; sin embargo, teniendo presente tales dificultades, sí existe la citada figura jurídica. Efectivamente, nuestro ordenamiento, apelando a un ámbito netamente doctrinario, ha seguido la posición unitaria de los contratos administrativos, prefiriendo la denominación contratos públicos).

- 2) Nuestro ordenamiento ha recogido una figura de contrato público con características peculiares que no sigue la teoría clásica del contrato administrativo.
Este “propio” contrato administrativo se destaca por no seguir una de las esenciales características de todo contrato administrativo como lo es la subordinación de la parte privada al Estado; sino, en todo momento, garantiza la igualdad y equivalencia de las partes contratantes (privado y Estado)

- 3) En nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos contratos administrativo con características particulares y regímenes propios, los cuales varían dependiendo principalmente del ámbito de normativo y regulatorio; sin embargo, el contrato administrativo por excelencia es el contrato de concesión. En el sector eléctrico, se tiene numerosos contratos de concesión, entre los que destacan el contrato de concesión definitiva y el contrato SGT, los cuales se distinguen por la normativa aplicable a cada contrato. En el caso del contrato de

concesión definitiva es aplicable la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento y en el caso del contrato SGT es aplicable el Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento; sin embargo, cabe aclarar que, en la práctica contractual, tal diferencia es relativizada, ya que, al ser la Ley de Concesiones Eléctricas, la norma base de todo el sector eléctrico, es posible usarla de manera supletoria o complementaria con el Decreto Legislativo N° 1362, a fin de una mejor regulación contractual del contrato SGT.

- 4) A pesar de que la denominación de Asociación Público Privada es “relativamente reciente”, se sigue la opinión de que el concepto propiamente dicho es de larga data en nuestro ordenamiento jurídico. Desde la concepción y celebración del primer contrato de concesión en nuestro ordenamiento jurídico se puede hablar de manera propiamente de una Asociación Público Privada.
- 5) Con la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de una normativa específica sobre Asociaciones Público Privada (comenzado con el Decreto Legislativo N° 1012) se denominó, principalmente de manera doctrinaria, a las modalidades contractuales que incluía la citada normativa como contratos APPs, donde se encuentra el contrato de concesión como el contrato SGT. Esta categoría de contratos APPs tiene como “antípoda” a la categoría de los contratos de gestión patrimonial, en los cuales se encuentran los contratos de obra pública y de servicios.

Las dos categorías mencionadas anteriormente se diferencian principalmente por el nivel de riesgo que tiene cada contrato.

- 6) Los contratos SGT son contratos de concesión, los cuales a su corresponden a un contrato público (o administrativo) y a su vez a una de las modalidades de las Asociaciones Público Privadas (contratos APPs), asimismo, específicamente, son contratos de concesión que siguen un esquema BOOT (*build, own, operate y transfer*), siguiendo la analogía de continente y contenido. Como todo contrato público, los

contratos SGT tienen en su esencia la propia del interés público, el cual, a pesar de que ser un principio gaseoso y representar un concepto indeterminado, es acogido por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se puede evidenciar en el análisis recaído en el Expediente. N° 2488 – 2004 –AA/TC (Acción de amparo promovida por la Empresa de Transportes Sol del Perú con Municipalidad Provincial de Pasco), realizado por el máximo intérprete de la constitución.

Cabe mencionar que, si bien dicho análisis no constituye precedente vinculante, su consideración por el Tribunal Constitucional, la enunciación de la denominación de “interés público” o interés general en la diferente normativa de nuestro ordenamiento jurídico y la abundante doctrina dedicada al tema; hace presente su gran importancia y esencial contenido para la interpretación de los diferentes hechos jurídicos donde, la mayoría de veces, se va involucrada la administración pública.

- 7) A pesar del loable esfuerzo realizado por el autor Rolando Salvatierra Combina, no es del todo correcta la clasificación, principalmente y con relación al presente trabajo de investigación, respecto al contrato BOOT para construir líneas de transmisión, el cual es concebido como una categoría diferente a los contratos SPT, SST, SGT y SCT. Dicha denominación es imprecisa, ya que los contratos SPT, SST, SGT y SCT corresponden a ser contratos de concesión que siguen un esquema BOOT y que tienen como objeto contractual la construcción de líneas de transmisión; es por eso que, la concepción de la categoría de contrato BOOT para construir líneas de transmisión como un tipo de contrato de concesión, separado e independiente de los contratos SPT, SST, SGT y SCT es incorrecta. Por el contrario, tal denominación seguiría una relación tipo “especie – género” donde dentro del género contrato BOOT para construir líneas de transmisión, se encuentran los contratos SPT, SST, SGT y SCT.

- 8) En la normativa del sector eléctrico, existe una duplicidad contractual innecesaria respecto a los contratos SGT y los contratos de concesión definitiva de transmisión, debido a que cuando se celebra un contrato SGT al mismo tiempo se debe otorgar una concesión definitiva de transmisión para permitir al privado que realice la actividad de transmisión eléctrica, es decir, solamente el contrato SGT habilita al privado la construcción de las líneas principales y no la realización de la actividad de transmisión. Esta duplicidad es errónea partiendo de la propia definición de contrato de concesión, debido a que, en principio no se requeriría la celebración de un contrato de concesión definitiva de transmisión, debido a que el mismo contrato SGT, al ser un contrato de concesión de obra pública, habilitaría la construcción de las líneas de transmisión y su posterior utilización luego de terminadas, a fin de que el concesionario recupere su inversión y obtenga ganancias.

Asimismo, otra incoherencia presente en la normativa del sector eléctrico, se da respecto a la calificación del procedimiento de otorgamiento de concesión definitiva como de evaluación previa sujeto a silencio positivo, lo cual contradice lo mencionado por artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- 9) De las siete prerrogativas (exorbitantes), se puede afirmar que, actualmente, las que más destacan por su presencia y su aún vigencia normativa en el Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento son: la prerrogativa de *ius variandi* y la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.
- 10) La prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público sí se encuentra amparada actualmente en el Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento. Si bien el interés público es la esencia de la citada prerrogativa, la cual corresponde a ser el principal fundamento para declarar la caducidad de un contrato SGT por la causal de “decisión de terminación unilateral del concedente”, en ningún momento, esta se puede ejercer solo por un interés público

y sin una habilitación normativa expresa o implícita que se presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Es por eso que se presenta la necesidad imperante de establecer lineamientos para la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, la cual se presenta como el fundamento para declarar la caducidad de un contrato SGT por la causal de “decisión de terminación unilateral del concedente”.

En este sentido, la aplicación e interpretación de la mencionada prerrogativa se encuentra supeditada a los cinco parámetros que hemos ensayado:

- 1) Se presenta la condición necesaria de que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público encuentre su sustento en la legislación (artículos/principios expresos o principios implícitos) y/o en contrato celebrado entre el Estado y el privado a fin de que el Estado pueda hacer uso de esta prerrogativa o cláusula.**

- 2) La apreciación sobre el Interés público se debe basar en una ponderación de intereses tomando en consideración dos situaciones: las nuevas necesidades de oportunidad, mérito o conveniencia que aprecia el Estado y el interés de mantener la concesión bajo determinadas circunstancias/características.**

- 3) Esta prerrogativa “mantiene un lugar residual para razones debidamente calificados por la ley”, “por el cual su desarrollo práctico se verá bastante limitado dependiendo del marco legislativo en donde se desarrolle, siendo el único aspecto a analizar qué es lo que la Administración pueda determinar cómo “interés público” al momento de hacer uso de esta prerrogativa.”**

4) Asimismo, complementadas con las condiciones necesarias antes mencionadas, una vez que se ha verificado que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentra amparada en nuestro ordenamiento jurídico y se ha realizado un análisis de ponderación que habilitaría el uso de la presente prerrogativa. La citada prerrogativa debe cumplir con los siguientes criterios propios de su esencia:

- La condición necesaria, la cual se debe complementar con las mencionadas anteriormente, respecto a que la utilización de esta prerrogativa solo se debe fundar en el interés público evaluado por la administración y no debe recaer en una acción dolosa o culposa del concesionario. Esta idea sustenta, la afirmación sobre la esencia no sancionatoria de la figura de la caducidad y que regula la terminación del contrato de concesión en toda su amplitud.

- De la práctica contractual, del ámbito doctrinario y legislativo, se tienen las siguientes causales de caducidad donde la terminación por decisión unilateral del concedente, la cual se sustenta en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, es solo una de ellas: terminación por incumplimiento del plazo del contrato, terminación por incumplimiento de concesionario, terminación por fuerza mayor y por mutuo acuerdo y terminación por decisión unilateral del concedente, terminación por incumplimiento del concedente. Asimismo, aclarar que, en todos los casos, la caducidad será declarada por el concedente

5) Una vez cumplida las condiciones anteriores, se debe reequilibrar los intereses de ambas partes de contrato SGT, en cumplimiento del principio de equilibrio económico – financiero, el cual debe actuar conjuntamente con la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

A su vez el principio de equilibrio económico – financiero se sujeta a las siguientes condiciones:

- I. *“La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.”*³⁷⁸
- II. *“La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato.”*³⁷⁹
- III. *“La alteración debe superar el álea normal.”*³⁸⁰ (solo con el álea anormal o extraordinaria se podrá solicitar la aplicación del presente principio)
- IV. *“la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación”*³⁸¹

³⁷⁸ Rodríguez, op. cit., p. 72

³⁷⁹ Rodríguez, op. cit., p. 73

³⁸⁰ Rodríguez, op. cit., p. 74

³⁸¹ Rodríguez, op. cit., p. 76

2. Recomendaciones

Más allá de la loable decisión del legislador de por lo menos señalar expresamente la habilitación del Estado para declarar la caducidad de un contrato de concesión (como los contratos SGT) por la causal de terminación por “decisión unilateral del concedente”, cuyo sustento ha sido complementado con los diferentes principios expresos y tácitos (principalmente de derecho administrativo) que posee nuestro ordenamiento jurídico; se evidencia una nula voluntad legislativa, a fin de brindar lineamientos específicos sobre la referida causal de terminación y, consecuentemente, sobre la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

La situación descrita anteriormente resalta una latente necesidad de brindar lineamientos generales que debería seguir la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, principal fundamento de la causal de terminación por decisión unilateral del concedente.

En este sentido, mediante el desarrollo del presente trabajo de investigación se pretende incentivar y brindar parámetros generales para que el legislador, en la medida de lo posible, dote de un mayor contenido la habilitación estatal de poder declarar la caducidad de un contrato de concesión como un contrato SGT y, consecuentemente, la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público mediante la dación de una directiva.

A pesar de esta latente necesidad, se tiene la opinión de que la raíz del problema, respecto a la nula voluntad legislativa y el poco análisis doctrinario sobre la habilitación del Estado para declarar la caducidad de un contrato de concesión como el contrato SGT por la causal de “decisión de terminación unilateral y, consecuentemente, sobre la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público; se

encuentra en el “miedo” de dejar al Estado tomar decisiones, basadas en su discrecionalidad, sobre algún ámbito económico o que implique inversión de por medio.

Al respecto, cabe resaltar que, la discrecionalidad es un concepto necesario y consustancial al propio Estado. Solo basta recordar que, actualmente, en esta sociedad tan cambiante; el derecho y las situaciones cotidianas no se mueven a la misma velocidad, por lo que tratar de normar toda acción cotidiana y el tedioso y largo proceso que conlleva, hace encontrar en la discrecionalidad un medio de solución a las imprevistas situaciones y necesidad estatales que requieren una pronta atención y solución.

La prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral tiene en su esencia cierto grado de discrecionalidad, en el sentido de que dependerá del Estado evaluar la situación donde plantea hacer uso de la citada prerrogativa para declarar la caducidad de un contrato SGT por la causal de “decisión de terminación unilateral del concedente”, siempre buscando la procura del interés público: Se debe dejar de “satanizar” la discrecionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Canchari, Alan Carlos. «La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2015: 279-284.
- Aragón Castro, Ismael. «El mercado de electricidad en el Perú.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2012: 165-174.
- Baca Oneto, Víctor Sebastián, y Eduardo Ortega Sarco. «Los esquemas contractuales de colaboración público - privada y su recepción por el Derecho Peruano.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2013: 33-49.
- Bengoetxea, Joxerramon. *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*. Clarendon Press, 1993.
- Bullinger, Martín. «El Service Public francés y la Daseinvorsorge en Alemania.» *Revista de Administración Pública*, 2005: 29-49.
- Cairampoma Arroyo, Alberto. «El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2012: 175-188.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Combina Salvatierra, Rolando. «Los Contratos de Concesión en el Sector Eléctrico.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2009: 321-328.
- Combina Salvatierra, Rolando. «Sector Eléctrico - A los Veinte Años de la Reforma.» *Themis*, 2012: 223-240.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Aglomeraciones en torno a los recursos naturales en América Latina y el Caribe: políticas de articulación y articulaciones de políticas*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2005.

- Cornejo Díaz, René Helbert. «¿Cuánto vale una concesión?» *Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa*. Lima, 2016.
- Dammert Lira, Alfredo. «La Agenda pendiente del Sector Eléctrico.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2015: 185-190.
- Dammert, Alfredo, Raúl García, y Fiorella Molinelli. *Regulación y Supervisión del Sector Eléctrico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012.
- De la Cruz Sandoval, Ricardo, y Raúl García Carpio. «La Problemática de la Actividad de Transmisión de Energía en el Perú: Algunas Opciones de Política.» *Consortio de Investigación Económica y Social*, 2003: 1-63.
- De La Puente y Lavalle, Manuel. «Las cláusulas exorbitantes.» *Themis*, 1999: 7-11.
- Fernández Baca, Jorge. *Experiencias de regulación en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2004.
- Fernández, Alfonso, y Miranda Campoamor. «El Estado Social.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2003: 139-180.
- Gamio Aita, Pedro. «El reto de las energías renovables.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2009: 456-461.
- García Castro, Julio Alberto. «Actividad Empresarial de la Administración Pública: Contratos BOOT.» *Tesis para optar el título de abogado*. Repositorio de Tesis USAT, 2015.
- Gómez De la Torre Barrera, Andrés. «Concesión de obras públicas: ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?» *Ius et veritas*, 2001: 72-87.
- Hernández Alvarado, Jairo Kevin Mauricio. «Las prerrogativas exorbitantes de la administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la ley de contrataciones con el Estado y su reglamento.» *Tesis para optar el título de abogado*. Lima: Repositorio Académico USMP, 2018.

- Huapaya Tapia, Ramón. «Notas sobre el Concepto Jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2011: 93-102.
- Huapaya Tapia, Ramón. «Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.» *Ius et veritas*, 2013: 284-329.
- Isasi Cayo, Juan Felipe. *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Linares Jara, Mario. «El Contrato Administrativo en el Perú.» *Revista de derecho administrativos PUCP*, 2006: 288-289.
- Luyo, Jaime E. «De las Crisis a las Reformas Regulatorias en el Sector Energía.» *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, 2012: 77-85.
- Matilla Correo, Andy. «Acerca del concepto y las características de las concesiones administrativas.» *Revista Cubana de Derecho*, 2001.
- Mejorada C., Martín. «La posesión en el Código Civil Peruano.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2013: 251-256.
- Montero Pascual, Juan José. «La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico.» *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2014: 23-44.
- Nalvarte Salvatierra, Pierre. «Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público - Privadas.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2017: 312-337.
- Nalvarte Salvatierra, Pierre. «Evolución del Marco legal de las Concesiones y las Asociaciones Público - Privadas en el Perú.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2017: 359-379.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. *La Industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. Lima: Iakob comunicadores & editores S.A.C, 2016.

- Osterling Parodi, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios.» s.f.
<http://www.osterlingfirm.com> (último acceso: 17 de Febrero de 2020).
- Reyes Garmendia, Ernesto Soto, y Rubí Martínez Rangel. «El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina.» *Política y Cultura*, 2012: 35-64.
- Rocha Miranda, Fidel. «Regulación de los Servicios Públicos ¿Por qué?, ¿Cuándo? Y ¿Cómo debe intervenir el Estado en el mercado?» *Actualidad Jurídica*, 2008: 1-14.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. «El equilibrio económico de los contratos administrativos.» *Derecho PUCP*, 2011: 55-87.
- Salvatierra Combina, Rolando. «Mecanismo Legales para Fomentar la Competencia en los Servicios Públicos en el Perú.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2007: 138-512.
- Santiváñez Seminario, Roberto, y Paul Sumar Gilt. «Cuarenta años de evolución del marco legal peruano de la transmisión eléctrica.» s.f.: 83-115.
- Tantaleán Leong, Mónica. «Una mirada al Escenario Nacional e Internacional de la Asociaciones Público Privadas.» *Revista de derecho administrativo PUCP*, 2016: 201-215.
- Taquía Gutiérrez, Rossana Pilar. «Los BOOT en los contratos del gas natural de Camisea.» *Ágora*, 2002 y 2004: 207-219.
- Tirado, Richard J. Martín. «El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú.» *Revista de derecho administrativo PUCP*, 2013: 305-353.
- Tovar Gil, Javier, y Verónica Ferrero Díaz. «Contrato de Obra Pública o Concesión: Dilema o Espejismo.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2006: 151-157.
- Umezawa, Angie, y María Elena Reaño. «Evolución de las Asociaciones Público Privadas - APPs, conforme a la regulación normativa: una visión

a través de experiencias.» *Revista de derecho administrativo PUCP*, 2013: 51-64.

Vargas Fritz, José Fernando. «La Concesión de Obras Públicas.» *Revista "La Ley"*, 1997.

Vásquez Rebaza, Walter. «Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento.» *Asociación Civil Derecho y Sociedad*, 2008: 272-283.

Vidal, Horacio-José Alonso. «Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho.» *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2012: 157-172.

Zegarra Valdivia, Diego. «Concesión Administrativa e Iniciativa Privada.» *Themis*, 1999: 99-119.

APORTE AL DERECHO

PROYECTO DE DIRECTIVA

CONSIDERANDO:

Que, el Estado en la constante búsqueda de contar con la colaboración del sector privado ha establecido un régimen específico sobre Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Que, las Asociaciones Público Privadas corresponden a uno de los principales motores de desarrollo, en términos de infraestructura, y de inversiones en nuestro país.

Que, la constitución de las Asociaciones Público Privadas se funda en la procura y aseguramiento del interés público por parte del Estado, el cual, al percatarse de la gran onerosidad de construcción de infraestructuras, incorpora la experiencia y recursos del sector privado, a fin de que juntos, tanto Estado como privado, participen y colaboren mutuamente en alcanzar un pleno bienestar para la población.

Que, el contrato SGT corresponde una Asociación Público Privada, creado sobre la base de la modalidad de contrato de concesión, y que tiene como fin la construcción de líneas de transmisión principales que contribuirán con el mejoramiento del sector eléctrico, específicamente, del sistema de transmisión, el cual, actualmente, está presentando constante problemas lo que se refleja gran congestión de las líneas de transmisión, lo que se traduce en costos elevados y un sistema eléctrico más propenso a colapsos, razonamientos y cortes.

Que, el Estado tiene el deber, en todo momento, de procurar la plena maximización de utilidades y beneficios en los bienes y actividades dados en concesión, a fin de alcanzar un verdadero interés público.

Que, para dar cumplimiento al mencionado deber, el Estado se encuentra habilitado para declarar la caducidad de un contrato de concesión como un contrato SGT por la causal de “Resolución por parte del Estado por razones de interés público”, establecida en el párrafo 112. 1 del artículo 112 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N°240-2018-EF.

Que, la referida declaración de caducidad, al centrarse en una evaluación por parte del propio y conllevar numerosas e importantes consecuencias, requiere el establecimiento de lineamientos y criterios, a fin de permitir una correcta interpretación e ejecución.

De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°240-2018-EF; así como el Texto Único de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004 -2019 - JUS

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Objeto

La presente directiva tiene por objeto brindar los lineamientos generales que debe seguir el Concedente en el momento de hacer uso de la **prerrogativa** de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, la cual constituye principal fundamento y habilitación para declarar la caducidad de un contrato de concesión como un contrato SGT por la causal de “terminación por decisión unilateral del concedente”.

Artículo 2.- Lineamientos y criterios

- 1) *Se presenta la condición necesaria de que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público encuentre su sustento en la legislación (artículos/principios expresos o principios implícitos) y/o en contrato celebrado entre el Estado y el privado a fin de que el Estado pueda hacer uso de esta prerrogativa o cláusula.*
- 2) *La apreciación sobre el Interés público se debe basar en una ponderación de intereses tomando en consideración dos situaciones: las nuevas necesidades de oportunidad, mérito o conveniencia que aprecia el Estado y el interés de mantener la concesión bajo determinadas circunstancias/características.*
- 3) *Esta prerrogativa “mantiene un lugar residual para razones debidamente calificados por la ley”, “por el cual su desarrollo práctico se verá bastante limitado dependiendo del marco legislativo en donde se desarrolle, siendo el único aspecto a analizar qué es lo que la Administración pueda determinar cómo “interés público” al momento de hacer uso de esta prerrogativa.”*
- 4) *Asimismo, complementadas con las condiciones necesarias antes mencionadas, una vez que se ha verificado que la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público se encuentra amparada en nuestro ordenamiento jurídico y se ha realizado un análisis de ponderación que habilitaría el uso de la presente prerrogativa. La citada prerrogativa debe cumplir con los siguientes criterios propios de su esencia:*

- La condición necesaria, la cual se debe complementar con las mencionadas anteriormente, respecto a que la utilización de esta prerrogativa solo se debe fundar en el interés público evaluado por la administración y no debe recaer en una acción dolosa o culposa del concesionario. Esta idea sustenta, la afirmación sobre la esencia no sancionatoria de la figura de la caducidad y que regula la terminación del contrato de concesión en toda su amplitud.

- De la práctica contractual, del ámbito doctrinario y legislativo, se tienen las siguientes causales de caducidad donde la terminación por decisión unilateral del concedente, la cual se sustenta en la prerrogativa de Rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público, es solo una de ellas: terminación por incumplimiento del plazo del contrato, terminación por incumplimiento de concesionario, terminación por fuerza mayor y por mutuo acuerdo y terminación por decisión unilateral del concedente, terminación por incumplimiento del concedente. Asimismo, aclarar que, en todos los casos, la caducidad será declarada por el concedente

5) Una vez cumplida las condiciones anteriores, se debe reequilibrar los intereses de ambas partes de contrato SGT, en cumplimiento del principio de equilibrio económico – financiero, el cual debe actuar conjuntamente con la prerrogativa de rescisión unilateral o resolución unilateral por causa de interés público.

A su vez el principio de equilibrio económico – financiero se sujeta a las siguientes condiciones:

- V. *“La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.”*³⁸²
- VI. *“La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato.”*³⁸³
- VII. *“La alteración debe superar el álea normal.”*³⁸⁴
(solo con el álea anormal o extraordinaria se podrá solicitar la aplicación del presente principio)
- VIII. *“la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación”*³⁸⁵

ÚNICA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

PRIMERA. - La presente directiva también puede ser aplicable, en cuanto lo permita la naturaleza del propio contrato, para los demás tipos y especies contratos de concesión, diferentes al Contrato SGT, bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°240-2018-EF.

³⁸² Rodríguez, op. cit., p. 72

³⁸³ Rodríguez, op. cit., p. 73

³⁸⁴ Rodríguez, op. cit., p. 74

³⁸⁵ Rodríguez, op. cit., p. 76