



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^{(**)(***)}

(Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú)

A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works (With special reference to the legal system to promote private investment in Peru)

“El 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”⁽¹⁾.

Juan Carlos Cassagne

Resumen

En el presente artículo, el autor aborda el complejo tema de la naturaleza del contrato público de concesión partiendo de la premisa de aceptar la teoría unitaria del contrato público (estatal, administrativo). Se analiza este tipo de contrato en el marco del régimen de promoción de la inversión privada en el Perú para la construcción, mantenimiento y operación de servicios públicos y obras públicas, por medio del cual el Estado peruano utiliza la modalidad concesional para relacionarse

(*) Abogado graduado “Summa Cum Laude” por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de la Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP. Profesor del curso Derecho Administrativo II en la Universidad del Pacífico. Profesor de Derecho Administrativo Económico en la UPC. Profesor de Derecho Administrativo en la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Profesionalmente, ejerce como Asociado Senior del área de Regulación e Infraestructura de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) A Maite Quiñones y Verónica Sattler, por su confianza.

(***) Agradezco al Sr. Néstor Shimabukuro Tokashiki, Adjunto de Docencia del curso Derecho Administrativo Económico a mi cargo en la PUCP, por el apoyo prestado en la labor de investigación necesaria para el presente trabajo.

Naturalmente, la responsabilidad por lo que se afirma en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la firma legal para la cual presta sus servicios profesionales.

(1) *El contrato administrativo*. 3era edición; p. 9.

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

A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

con los entes privados que se encargarán de dichas actividades. En este trabajo, el autor también pone énfasis en los diversos principios jurídico-públicos que tienen que regir en la fase de ejecución de los contratos de concesión suscritos por el Estado Peruano bajo el régimen de promoción de la inversión privada.

Palabras clave: Derecho Administrativo - Derecho Público - Contrato público - Contrato administrativo - Contrato privado de la administración - Teoría unitaria del contrato público - Concesión de servicios públicos - Concesión de obras públicas de infraestructura

Abstract

In this article, the author approaches the complex issue of the nature of the concession contract, under the premise of accepting the unitary theory of the public contracts. It is analyzed this type of contract under the promotion system of private investment in Peru, led to public utilities and public infrastructure works legal regime which is used by the Peruvian State to relate to private entities that are responsible for such activities. Furthermore, the author also emphasizes the various principles that have to prevail in this type of concession contracts.

Keywords: Administrative Law - Public Law - Public contract - Private contract of the administration - Unitary theory of the public contract - Public Utilities Concession - Infrastructure Works Concession

Introducción

El contrato administrativo (público, estatal) es un perpetuo devenir en el derecho administrativo, fundamentalmente un enigma⁽²⁾. Es habitual reconocer que la Administración Pública, en procura de los intereses generales actúa *jurídicamente* por norma, acto y contrato⁽³⁾. 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, ya que se ha pasado desde su negativa (MAYER y la doctrina clásica alemana) hasta su consolidada aceptación (en la histórica experiencia francesa)⁽⁴⁾, pasando por una serie de vertientes alternativas producto de diferentes circunstancias de cada país⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾ con los particulares para obtener su colaboración en la satisfacción de estos cometidos públicos.

Si bien es cierto, en el devenir histórico del Derecho Administrativo, como ya hemos dicho, la idea del contrato administrativo (público) en principio fue rechazada en algunos países

- (2) ARIÑO ORTIZ, Gaspar: El enigma del contrato administrativo. En: RAP. No. 172. Enero-abril 2007; pp. 79 y siguientes. Asimismo, véase, SARMIENTO GARCÍA, Jorge: Sobre "el enigma del contrato administrativo". En: HERNANDEZ MENDIBLE, Víctor (coordinador): Desafíos del derecho administrativo contemporáneo. Conmemoración internacional del centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela. Tomo II. Venezuela: Paredes, 2009; pp. 1023-1040.
- (3) Apud. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ángel MENENDEZ REXACH. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- (4) Un excelente resumen de la materia en el esclarecedor trabajo de DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato Administrativo*. Prólogo de Odete Medauar. Sao Paulo: Quartier Latin, 2012
- (5) Pues como decía Gastón Jeze, "cada Estado tiene su derecho público propio, su derecho administrativo particular". Véase su Prefacio a la edición argentina de sus "*Principios generales del derecho administrativo*". Buenos Aires: Depalma, 1948; p. XXVIII.
- (6) Cfr. SANTOS DE ARAGAO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Río de Janeiro: GEN - Editora Forense, 2012; p. 333.



Ramón Huapaya Tapia

como Alemania⁽⁷⁾, mientras que obtuvo suceso singular en países como Francia y España⁽⁸⁾, ahora es normalmente aceptada, siendo un fenómeno global⁽⁹⁾. Aún cuando existen voces discordantes que niegan la *sustantividad* del contrato administrativo (rectius: público)⁽¹⁰⁾, lo cierto es que el contrato público es ahora una figura que tiene carta de ciudadanía en la dogmática del derecho administrativo, y su existencia abarca inclusive a aquellos países en los que clásicamente se negó la existencia de un “régimen de derecho administrativo” al estilo continental⁽¹¹⁾.

En dicha línea, 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⁽¹²⁾. Con todo, antes que definir contratos administrativos *versus* contratos privados de la Administración, lo que debemos reconocer es un concepto

amplio de contrato público o estatal, el cual ha sido definido por BAÑO LEÓN como “*todo acuerdo de voluntades en los que una parte es una Administración pública de la que resultan derechos y obligaciones*”⁽¹³⁾.

Partiendo de dicha definición, consideramos 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 en elemento subjetivo (la presencia de una entidad pública) y la causa-fin del contrato⁽¹⁴⁾, que es el cumplimiento de una finalidad administrativa, predeterminada por la norma.

- (7) Buenos resúmenes acerca de la teoría de Otto MAYER pueden verse en: MATILLA CORREA, Andry. *El contrato de derecho público en el derecho alemán: Breves anotaciones*. En: *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatorio*. No. 6. Sao Paulo: MP Editora, 2012; pp. 55-83.
- (8) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Estudio introductorio*. En: ARIÑO Y ASOCIADOS. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo I: *El sistema contractual administrativo*. Granada: Editorial Comares. Granada, 2002; pp. 1-45.
- (9) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar. *Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas*. En: *RDA*. No. 75. Enero-marzo, 2011. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011; pp. 1-32.
- (10) Por todos véase, MAIRAL, Héctor. *De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. En: *Revista El Derecho*. Tomo 179. Disponible en web: www.elderecho.com.ar.
- (11) Sobre los contratos públicos en Norteamérica véanse las esclarecedoras páginas escritas por GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato. Supremacia do interesse publico “versus” igualdade. Un estudo comparado sobre a exorbitancia no contrato administrativo*. Sao Paulo: Malheiros, 2011. Asimismo, KEYES, W. Noel. *Government Contracts in a nutshell*. St. Paul: Thomson-West, MN, 2004. En español, el calificado estudio de BIANCHI, Alberto. *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo - (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*. Partes 1 y 2. Publicados en El Diario “El Derecho”. Buenos Aires: Ediciones UCA. Disponibles en web: www.elderecho.com.ar. Por su parte, en Inglaterra, también se regulan los “Public Contracts”, véase, NIETO GARRIDO, Eva. *El derecho de la contratación pública en el Reino Unido*. En: SANCHEZ MORON, Miguel (director). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*. Valladolid: Lex Nova-Universidad de Alcalá, 2011; pp. 183-234.
- (12) Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. *Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública*. En: AUTORES VARIOS. *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-hispano de Profesores de derecho administrativo*. Madrid: INAP, 2004; pp. 41-59.
- (13) Cfr. BAÑO LEÓN, José María. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. En: AUTORES VARIOS. *La contratación pública en el horizonte... Óp. cit.*; pp. 11-29.
- (14) Seguimos en este punto también las enseñanzas del profesor CASSAGNE. Cfr. *El Contrato Administrativo. Óp. cit.*; p. 23, quien señala “(...) los contratos resultan administrativos, en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada, criterio que, en definitiva, se ubica en una línea similar a la del servicio público de la doctrina y jurisprudencia francesas (en sentido amplio), o a la del giro o tráfico administrativo de la Administración. A su vez, el fin público relevante y asumido por el derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto, o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata”.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

Ciertamente aún cuando se predique que hay “contratos de la Administración”, dentro de los cuales se subdividen las especies (el clásico contrato administrativo, los “contratos parcialmente regidos por el derecho privado” y los convenios interadministrativos), lo cierto es que *cuando la Administración contrata, lo hace porque la ley se lo permite⁽¹⁵⁾ y sujeta a un régimen jurídico administrativo⁽¹⁶⁾, el mismo que manda que el contrato se forme, suscriba y ejecute conforme a reglas diferentes a los sujetos privados*. Por tanto, todos los contratos que se suscriben bajo este régimen son públicos o mejor dicho, sujetos a un régimen jurídico-público.

En dicho sentido, interesa determinar algunas cuestiones importantes. Primero, ya que la Administración Pública, está sujeta al derecho administrativo y al principio de legalidad, cuando contrata carece por completo de autonomía de la voluntad⁽¹⁷⁾, por ello es que en su actividad contractual la Administración Pública *debe* emplear procedimientos administrativos reglados, primero internos (para determinar la necesidad de contratación y el objeto requerido) y luego, externos, y sobre todo públicos (aunque de distinta naturaleza, pues no todos son necesariamente competitivos o concurrenciales), para la selección de sus contratistas. De otro lado, la suscripción del contrato es, por antonomasia, formal, y por escrito, sea a través de una forma contractual o a través de instrucciones emitidas por la Administración. Finalmente, la ejecución de los contratos públicos, en algunos casos se rige plenamente por normas de derecho público, mientras que en otros, dichos contratos se rigen parcialmente por el derecho público y el derecho privado. Necesariamente, en todos los contratos la Administración actúa en ejercicio de función administrativa y por ende en dichos acuerdos

la Administración actuará premunida de potestades públicas (aunque en veces, como veremos, con carácter muy limitado) con el correspondiente establecimiento de garantías a favor de los contratistas particulares.

Dicho lo anterior, conviene resaltar que en nuestro país⁽¹⁸⁾, nunca ha existido una legislación o criterio jurisprudencial que distinga entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración Pública. Sin embargo, lo que diversas Constituciones (en el caso de la Constitución vigente, es ejemplo de ello el artículo 76°) y leyes especiales han consagrado son diversas normas y regímenes legales para los diferentes contratos que la Administración Pública celebra en el ejercicio de su función administrativa, vale decir, para los que denominaremos contratos públicos o estatales.

El universo de contratos públicos que el ordenamiento jurídico peruano contempla es amplio. Tal vez como un mero ejercicio de comprobación puede verse el texto del interesante artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017, en adelante, LCE). En el texto de dicha norma puede apreciarse que se hace una delimitación del ámbito objetivo de dicha Ley, el cual es expresado de manera positiva (afirmando que la LCE regula el régimen de los

(15) La lógica del principio de legalidad en cuanto a la habilitación legal para que la Administración contrate, aquí es demoledora. Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel: *El principio de legalidad de la Administración*. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 60 y 61. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009; pp. 279-313. Asimismo, MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *El régimen necesariamente público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos*. En: *Revista General de Derecho Administrativo*. No. 27. 2011; pp. 1-46. Disponible en web: www.iustel.com.

(16) Cfr. MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *Op. cit.*; pp. 15-28 especialmente.

(17) La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado en el fallo Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (conocido como el fallo OCA), que:
“El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa”.
Corte Suprema, 17/2/1998 - Fallos 321:174.

(18) Cfr. DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. En: *Ita ius esto. Revista jurídica publicada por estudiantes de la Universidad de Piura*. Disponible en web: <http://www.itaiusesto.com/el-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-peru/>



Ramón Huapaya Tapia

contratos públicos para la adquisición y contratación de bienes, servicios y obras por parte de las entidades del Estado Peruano, artículo 3.2) y luego negativa (señalando en el artículo 3.3, por exclusión, qué contratos *no* están incluidos dentro del ámbito de dicha Ley). Interesa esta lista de determinación negativa, puesto que junto a contratos privados regidos por las leyes civiles o bancarias, encontramos que están excluidos de la aplicación de dicha ley, las concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, las concesiones forestales, las asociaciones público-privadas, entre otras especies de contratos públicos.

Interesa entonces determinar al menos una tipología básica de los contratos públicos o al menos tener una idea general de las diferentes especies de contratos públicos presentes en nuestro ordenamiento, más allá de la clásica dicotomía entre “contrato administrativo” y “contrato privado de la administración”. Veremos que no es el régimen jurídico sustantivo el que hace al contrato público, sino su mayor o menor vinculación con la satisfacción de un objeto o finalidad establecida por normas públicas. Asimismo, que los contratos de concesión están ubicados dentro del espectro de los contratos *more públicos* aún cuando también podremos apreciar que se trata de contratos donde también se aplica supletoriamente el Código Civil, al menos en su fase de ejecución.

Especies de los contratos públicos:

Dentro de los contratos públicos identificaríamos las siguientes figuras:

- **Contratos públicos ordinarios sujetos al régimen de mercado o compras públicas.** Se trata de aquellos contratos en los cuales la Administración actúa requiriendo al sector privado bienes, servicios, consultorías o la ejecución de obras públicas para su funcionamiento, o para cumplir con las funciones que le han sido encomendadas por el ordenamiento jurídico. Aquí básicamente la Administración, actuando como cliente de los empresarios particulares, se somete a un régimen jurídico-público para garantizar la correcta ejecución de los fondos públicos y el principio

de legalidad, seleccionando al mejor contratista bajo las mejores condiciones que el mercado ofrezca para las prestaciones requeridas por ella, pero sujetando la fase de preparación y selección de contratista a procedimientos administrativos regulados fundamentalmente en la LCE. De otro lado, en lo que respecta a la ejecución de estos contratos apreciaremos que se rigen por normas de derecho público y supletoriamente se aplicarán las normas del derecho privado, en lo no regulado de manera distinta por las reglas públicas. Ejemplo de estos contratos son los contratos de adquisición de bienes o contratación de servicios en general o consultorías por parte de las entidades públicas.

- **Contratos públicos para el otorgamiento de derechos administrativos (en exclusiva o no) a los particulares.** En estos contratos la Administración Pública convoca a los particulares para que éstos desarrollen cometidos de naturaleza administrativa (en exclusiva o no) tal como pueden ser la prestación de servicios públicos, la ejecución o gestión de obras públicas, o el ejercicio de funciones administrativas, mediante el establecimiento de una relación jurídica contractual que otorga derechos reales o personales a particulares bajo un régimen jurídico público. La selección de los contratistas es competitiva basada en concursos convocados por la propia entidad contratante o inclusive a través de entidades especiales⁽¹⁹⁾, aunque también se admiten las iniciativas privadas por parte de particulares⁽²⁰⁾. El contrato paradigmático es el contrato público de

(19) En el caso peruano es importante mencionar el caso de PROINVERSION – Agencia de Promoción de las Inversiones, entidad pública encargada de convocar y licitar concesiones de servicios públicos, bienes y activos públicos y obras públicas de infraestructura.

(20) En el Perú es paradigmático el caso de las iniciativas privadas reguladas, entre otras normas, por el Decreto Legislativo 1012, norma 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.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

concesión⁽²¹⁾, aunque se admiten también otras fórmulas contractuales. Lo que caracteriza a estos contratos es que tienen por objeto regular la prestación de un servicio público o la ejecución de una obra pública, con la correspondiente cesión de un derecho de explotación exclusiva de dicha obra o servicio por parte del Estado al concesionario por un ámbito de tiempo necesariamente determinado (sujeto a plazo y normalmente con obligación de reversión de los servicios, obras o infraestructuras concedidos), período en el cual el concesionario percibe una tarifa (e inclusive cofinanciamiento del Estado, de acuerdo a las condiciones del contrato) a cambio de la ejecución de las obras y mejoras necesarias para la prestación del servicio público u obra pública de infraestructura. Interesa aquí tanto salvaguardar el interés de la Administración (que es que exista y se brinde la obra o servicio público) como el interés del contratista en retener la exclusividad de su derecho y percibir una retribución por el mismo.

En este rubro podríamos incluir a aquellos contratos en los cuales la Administración solicita la colaboración de un particular para el ejercicio de una función administrativa o realizar una prestación a su favor (típicamente, las concesiones de servicio y obra pública), así como los denominados “contratos de atribución”, esto es los contratos donde el objeto es la atribución de un bien o ventaja a favor de un particular para su gestión exclusiva (concesiones como las de inspección técnica vehicular).

- **Contratos públicos de transferencia de propiedad o de gestión temporal de bienes públicos, activos y empresas del Estado.** En estos contratos, la Administración Pública atribuye en exclusiva a un particular, previa selección competitiva, la gestión, administración y explotación de bienes de dominio público y/o transfiere la propiedad de activos y bienes patrimoniales del Estado. Lo que interesa aquí es que la Administración, en algunos casos cede la propiedad, y en otros la gestión temporal

de estos activos o bienes públicos a un particular, quien se compromete a brindar una prestación al Estado a cambio de la asignación de dichos contratos. En el Perú son ejemplo de estos contratos los contratos de licencia de hidrocarburos⁽²²⁾, los contratos de privatización de empresas, activos o bienes públicos⁽²³⁾, así como también los contratos de transferencia de propiedad o de gestión temporal de bienes de dominio público (concesiones de dominio público), así como de bienes patrimoniales del Estado⁽²⁴⁾.

- **Contratos públicos (acuerdos) procedimentales o “contratos sobre actos y potestades públicas”.** Se trata de contratos donde el Estado celebra acuerdos con los particulares respecto del ejercicio de potestades públicas que tradicionalmente se ejercen de forma unilateral, como parte de un régimen jurídico estructurado en base al consenso entre la Administración Pública y el particular. Por ejemplo, en el Perú los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos 662 y 757 o los contratos de estabilidad tributaria del régimen sectorial minero regidos por la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias.
- **Contratos (y convenios) públicos interadministrativos.** Son los contratos o acuerdos celebrados entre entidades públicas para estructurar formas de colaboración o complementación de actividades sujetas estrictamente al derecho administrativo. En el Perú están

(21) En el Perú se regulan diversos regímenes de concesiones administrativas de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. Uno es el régimen general de promoción de la inversión privada en concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, regido por el Decreto Supremo No. 059-96-PCM y sus reglamentos. Luego de ello hay concesiones sectoriales de servicios públicos, y también concesiones locales regidas por la Ley Orgánica de Municipalidades.

(22) Regidos por la Ley Orgánica de Hidrocarburos del Perú, Ley 26221.

(23) Regidos por el Decreto Legislativo 674.

(24) Regidos por la Ley 29151 y sus normas reglamentarias.



Ramón Huapaya Tapia

regulados por el artículo 77° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), y también por las normas del régimen de contrataciones del Estado⁽²⁵⁾.

Propósito del presente trabajo.

Dentro de la tipología desarrollada de los contratos públicos, 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 la doctrina clásica respecto del tradicional contrato administrativo de concesión⁽²⁶⁾.

En dicha línea, resulta conveniente puntualizar y desarrollar algunos principios jurídicos propios del régimen de ejecución de los referidos contratos públicos, a partir de las conceptualizaciones recogidas por la doctrina clásica del contrato administrativo y que han sido adoptadas, con cierto matiz muy particular, en el ordenamiento jurídico peruano.

Una vez adjudicada la concesión respectiva y celebrado el correspondiente contrato (es decir, transcurrida la fase de preparación, selección del contratista y adjudicación del contrato), se da inicio a la denominada fase de *ejecución* del mismo, fase que de acuerdo a la doctrina en materia de contratación administrativa resulta difícil de sustantivar, toda vez que las instituciones y reglas de la ejecución contractual en

los contratos administrativos muchas veces se ven influenciadas por doctrinas y avances del derecho civil, cuya aplicación se propugna a la institución contractual estatal. Sin embargo, lo cierto es que, como ya lo hemos adelantado, el criterio finalístico de aplicación del derecho administrativo en el instituto contractual, nos lleva a asumir el reto de *aceptar la sustantividad de los contratos públicos como institución del derecho administrativo general*, y en dicha línea pretendemos sistematizar y ofrecer reflexiones personales respecto de *los principios jurídico-administrativos de la ejecución de los contratos públicos de concesión bajo el marco del régimen de promoción de la inversión privada en el Perú*.

Debemos advertir que al cumplir el objeto de la investigación señalada (que se referirá a los contratos públicos de concesión, clásicamente considerados como típicos “contratos administrativos”) no pretendemos efectuar aquí un análisis profundo de las diferencias entre los llamados “contratos administrativos” y los “contratos privados de la administración”, distinción que ha generado discusiones y/o controversias de índole doctrinario en el Derecho Administrativo con relación a la naturaleza jurídica de los contratos que celebra el Estado, discusiones que a la fecha no han sido del todo zanjadas⁽²⁷⁾.

(25) Decreto Legislativo 1017. Esta norma, a pesar de su nombre, rige únicamente los contratos que denominamos compras públicas.

(26) Las referencias al contrato de concesión en la doctrina son muy amplias, con diferentes referencias históricas que excederían este trabajo. Tradicionalmente, las exposiciones más importantes de la contratación administrativa contienen sendos capítulos dedicados a la concesión de servicios públicos y a las concesiones de obras públicas. Para ello, basta con referirse a los clásicos trabajos de JEZE, MARIENHOFF, BERCAITZ, ESCOLA, BIELSA, DIEZ, VILLEGAS BASAVILBASO, entre otros autores. Sin embargo, para una visión panorámica moderna del régimen contractual de las concesiones de servicios y obras públicas, pueden consultarse los recientes trabajos: SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. 2da edición. Buenos Aires, 1999; BLANQUER CRIADO, David. *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; VARGAS FRITZ, José Fernando. *La concesión de obras públicas*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas La Ley, 1997; BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. Sao Paulo: Malheiros Editores – SBDP, 2010; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. Sao Paulo: Malheiros Editores – SBDP, 2011. Finalmente, RUIZ OJEDA, Alberto. *La concesión de obra pública*. Madrid: Civitas, 2010.

(27) Sobre este tema véase, BACA, Víctor: La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho Peruano. Notas para una polémica. En: AAVV. *El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado*

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

En dicho contexto, existe una cantidad considerable de textos académicos que mantienen viva dicha discusión, sobre todo en los países que tenemos un Derecho Administrativo de corte continental que reconocen de una u otra manera la existencia de tales contratos. Dichas discusiones o debates doctrinarios se encuentran relacionados a la sustantividad propia del “contrato administrativo” y, en ellos se aprecian las diferencias dogmáticas entre “contratos administrativos” y “contratos privados de la administración” (lo que inevitablemente trae consigo la aceptación de las teorías unitaria o dualista conforme al régimen de contratación aplicable a cada uno de los países influenciados por la figura del contrato administrativo)⁽²⁸⁾.

En ese sentido, podemos apreciar que desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, la doctrina administrativista ha dedicado grandes esfuerzos en la búsqueda de un criterio objetivo que permitiera distinguir en forma precisa y convencional los contratos que se encuentran bajo la órbita del derecho administrativo de aquellos que no lo están⁽²⁹⁾. Sin embargo, no se ha llegado a una solución unitaria para resolver

el problema de la sustantividad del contrato administrativo, de aquella característica esencial que lo diferencie del contrato civil.

No es objeto de este trabajo sumarnos a este debate, sin duda fructífero y que deberá continuar en el futuro. Sin embargo, tal como puede notarse en la introducción precedente, en la disyuntiva de distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración (teoría dualista), *nos acogemos a una teoría unitaria del contrato público, que sin embargo no desconoce, tal como lo señala COVIELLO que dentro de dicho género de los “contratos públicos” habrán contratos que por su finalidad serán fundamentalmente “administrativos” o regidos enteramente por el derecho público, mientras otros (los menos) se regirán en su ejecución por el derecho privado*⁽³⁰⁾. Abona a nuestra posición el hecho que en el derecho peruano

Peruano. Libro de Ponencias del III Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Editorial Grijley – APDA. Lima, 2008. Páginas 663-689.

- (28) Para una visión general de la problemática actual del Contrato Administrativo, pueden verse los siguientes trabajos:
CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3era. Edición. Buenos Aires: Lexis - Nexis, 2009; pp. 10-41.
MAIRAL, Héctor. *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. Publicado el 18 de setiembre de 1998 en el Diario el Derecho. Buenos Aires: 1998; pp. 178-655.
MARTÍNEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *La Causa Jurídico Pública de los Contratos. Ponencia del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo: Modernizando el Estado para un país mejor*. Lima: Palestra, 2010; pp. 675-705.
MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *Naturaleza jurídica del contrato público*. En AUTORES VARIOS. *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*. Londres: Junta de Castilla y León, Cameron May, 2009; pp. 481-522;
MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *El nacimiento de los contratos públicos. Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria “de recursos”*. En: RAP. No. 185. Madrid: 2011; pp. 323-343.
ORTIZ, Gaspar. *El enigma del Contrato Administrativo*. En: *Revista de Administración Pública*. No. 172. Madrid: CEPC, enero-abril, 2007; p. 96.
COVIELLO, Pedro. *¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales*. En: AUTORES VARIOS. *Derecho administrativo iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2010; pp. 49-70.
MARTIN TIRADO, Richard. *La Naturaleza del Contrato Estatal*. En: *Revista de Derecho Administrativo Económico*. No. 1. Lima: Grijley, 2006; pp. 103-117.
BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La distinción entre contratos administrativos y privados de la administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica*. En: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Grijley, 2008; pp. 663-689.
LINARES JARA, Mario. *El contrato administrativo en el Perú*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. No. 1. Lima: 2005, pp. 285-308.
- (29) PEREZ HUALDE, Alejandro. *Contratos Administrativos: Versión Crítica. Contratos Administrativos*. Ismael Farrando (h) (director). Buenos Aires: Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2002; p. 439.
- (30) COVIELLO, Pedro. *Op. cit.*



Ramón Huapaya Tapia

no existe un marco legal explícito que permita diferenciar conceptualmente entre “contrato administrativo” y “contratos privados de la Administración”⁽³¹⁾. Sin embargo, tampoco es posible desconocer que están presentes en la contratación pública una serie de normas jurídico públicas que regulan la actuación de la Administración en sede contractual, las cuales forman parte de una realidad que se extiende y se plasma en nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación estatal.

Finalmente, formularemos una propuesta personal de los principios jurídicos que a nuestro criterio deben regir en la fase de ejecución (o *in facto esse*) de la contratación pública, como son los casos de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, los cuales constituyen límites a la actividad estatal y, a su vez, garantías a favor de los concesionarios – colaboradores del Estado.

1. Marco Jurídico de Promoción de la Inversión Privada en el Perú

Bajo el modelo jurídico – económico consagrado en la Constitución de 1993, se consolidan y conforman las bases del actual marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada (PIP) en servicios públicos y obras públicas de infraestructura bajo la técnica concesional, el mismo que se rige entre otras normas, por 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° 059-96-PCM (en adelante el “TUO”)⁽³²⁾ y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM⁽³³⁾ (en adelante, el “RTUO”), la Ley N° 28059, “Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada” (en adelante “LMPID”)⁽³⁴⁾ y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM⁽³⁵⁾ y modificado por el Decreto Supremo N° 013-2007-PCM⁽³⁶⁾, y el Decreto Legislativo N° 1012, “Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de la inversión privada”⁽³⁷⁾ (en adelante “LMAPP”), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁽³⁸⁾.

Tal como lo hemos señalado, este régimen de promoción de la inversión privada (en adelante “PIP”) en concesiones es uno de los regímenes – tal vez el principal – de concesiones de servicios públicos y obras públicas en nuestro país⁽³⁹⁾. Resulta importante tener en cuenta que existen *otros* regímenes de concesiones en nuestro país, como los sectoriales (contratos de concesión suscritos

(31) Tal como lo señala el profesor Jorge Danós, en su trabajo citado “El régimen de los contratos estatales”. *Óp.cit.*

(32) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de diciembre de 1996, que derogó al Decreto Supremo No. 189-92-PCM que aprobó el “Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos”. Nótese que el TUO, como su propio nombre lo indica, en lo que respecta específicamente al régimen de ejecución o explotación contractual, se encuentra conformado por las mismas normas contenidas tanto en el Decreto Legislativo No. 758 y su Reglamento (ya derogado) así como lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 839.

(33) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de diciembre de 1996.

(34) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de febrero de 2004.

(35) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de febrero de 2004.

(36) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de febrero de 2007.

(37) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de mayo de 2008.

(38) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 09 de diciembre de 2008. De otro lado, dichas normas establecen un acápite especial en la que se regula el régimen de iniciativas privadas, completando de esta manera, la regulación somera existente en el TUO y su Reglamento, el Decreto Legislativo 758 y sustituyendo lo regulado en el Reglamento de la Ley 28059, “Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada”.

(39) Existen otros regímenes de concesiones como las sectoriales (regidas por cada ley de los servicios públicos) y el régimen de obras de infraestructura y servicios públicos locales, entre otros.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

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. Sin embargo, *en este trabajo* acotaremos nuestro análisis al ámbito de los contratos de concesión bajo el régimen PIP en el Perú, sin perjuicio de que algunas de sus conclusiones puedan extrapolarse para otros tipos de contratos de concesión existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los contratos⁽⁴⁰⁾ de concesión bajo el régimen PIP reflejan un acuerdo entre el Estado concedente y una sociedad concesionaria, por medio del cual el Estado cede el beneficio de la construcción, reparación, mantenimiento y gestión (en exclusiva o no) de servicios públicos u obras públicas de infraestructura⁽⁴¹⁾ por un plazo determinado, luego del cual los activos o bienes concedidos revierten al Estado. Resulta importante resaltar que en las concesiones bajo el régimen PIP no encontramos una “cesión de ejercicio de potestades públicas” como parece entender la doctrina clásica a los contratos de concesión, sino que son contratos suscritos básicamente en un ánimo de colaboración, donde la Administración no cede ejercicio de poderes

públicos, sino únicamente la exclusividad para construir, mantener, explotar y desarrollar una infraestructura de uso público o un servicio público por un lapso determinado, a cambio de una tarifa, siendo que dicho concesionario queda sometido a cumplir con prestaciones determinadas ya sea constructivas o de parámetros de calidad en el servicio.

Por tanto, 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 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, y en particular, de la teoría

(40) Aún cuando el RTUO define a la concesión como un “*acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido*”, lo cierto es que hay que distinguir entre el acto de adjudicación de la concesión como derecho subjetivo conferido por la Administración, con respecto al contrato de concesión que se suscribe entre el Estado y la sociedad concesionaria luego de dicha adjudicación. A nuestro entender, más allá de que la concesión se adjudique por acto administrativo, la relación jurídica será constituida solamente cuando la adjudicación de la concesión sea consentida, transcurra el denominado “período de cierre contractual” y se *firm*e el contrato de concesión respectivo. Solamente con un contrato firmado y perfeccionado de acuerdo a las reglas de “cierre contractual” fijadas en las Bases, podrá hablarse con propiedad de un contrato público de concesión.

(41) Es interesante notar que el artículo 2 del Decreto Legislativo 758, una de las normas madre que dio origen al TUO, establece qué se debe entender, para efectos de dicha norma, por obras públicas y servicios públicos. Dicha norma señala lo siguiente: *Artículo 2.- Para los efectos del presente Decreto Legislativo, el concepto de obras públicas comprende, entre otras, obras de infraestructura de transportes, saneamiento ambiental, energía, salud, educación, pesquería, telecomunicaciones, turismo, recreación e infraestructura urbana.*

El concepto de servicios públicos comprende, entre otros, transporte público, saneamiento, telecomunicaciones, alumbrado público, así como servicios de educación salud y recreación.

Mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro del Sector correspondiente, se precisarán las obras de infraestructura y los servicios públicos comprendidos en los alcances del presente Decreto Legislativo”.

Si bien es cierto este último Decreto Supremo, hasta donde tenemos conocimiento, nunca se ha dictado, parece interesante comprobar que la amplitud de las definiciones contenidas en la norma transcrita, permite ampliamente la celebración de Contratos de Concesión para la ejecución y explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos.



Ramón Huapaya Tapia

que sustenta el carácter administrativo de los contratos de concesión.

Tanto es así, que prácticamente, salvo pacto expreso entre las partes (concedente y concesionario) para regular dichas cláusulas exorbitantes, podremos comprobar que no existen en el referido marco jurídico de los contratos de concesión suscritos al amparo del régimen de PIP algunas de las denominadas potestades o prerrogativas de poder público propias de la naturaleza administrativa del contrato (tales como el “ius variandi”, “rescate”, “resolución unilateral” e “interpretación unilateral del contrato”⁽⁴²⁾).

De este modo, no existen varias de las potestades administrativas clásicas que configuran el denominado “régimen exorbitante” del contrato administrativo en el caso de los contratos públicos de concesión PIP. Sin embargo, curiosamente, este régimen sin permite “pactar” la forma en la cual el Estado ejercerá los supuestos de rescate, resolución unilateral sin causa imputable al concesionario y suspensión de las concesiones, con lo cual es posible pactar “cláusulas exorbitantes” en los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP. Ahora bien, el *ejercicio por parte del Estado concedente de estas cláusulas “exorbitantes” dependerá de si éstas han sido incorporadas o no de manera expresa en cada uno de los contratos de concesión bajo el régimen PIP*. Ello quiere decir que, *si no se encuentran explícitamente pactadas en dichos contratos, tales privilegios o “cláusulas” no podrán ser aplicadas o invocadas por el Estado concedente*.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las normas contenidas en el TUO y el RTUO no constituyen en su conjunto un régimen sustantivo del contrato público de concesión,

sino que más bien son adjetivas, enfocadas en regular los procesos o procedimientos administrativos para el otorgamiento de concesiones así como la determinación de competencias y funciones de las entidades que intervienen en los procesos respectivos, las modalidades y configuración de los tipos de concesión que serán otorgadas al sector privado, y algunos puntuales y escasos lineamientos generales para la etapa de construcción y explotación de la concesión. Ello es así porque ambas normas no abundan o desarrollan un régimen jurídico-público de ejecución de los contratos públicos de concesión.

Ante el defecto de estas normas, resulta pertinente preguntarse si es que en la ejecución de los contratos de concesión es de libre aplicación la normativa civil (parte general de contratos y obligaciones) con lo cual la ejecución de tales contratos públicos se regiría por el derecho privado, o, por el contrario, ¿es posible afirmar que existen principios jurídico-públicos que rigen la ejecución de los contratos públicos de concesión?

En dicha línea, es nuestra tesis que *los contratos de concesión regidos por las normas de PIP deben ser ejecutados aplicando principios propios del derecho público, mientras que los principios y normas del derecho privado serán de aplicación supletoria a este tipo de contratos*⁽⁴³⁾.

(42) Con la excepción, en un caso muy particular peruano, de la interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de uso público (puertos, aeropuertos, líneas férreas y carreteras) que efectúa el ente regulador de las concesiones de infraestructura de uso público – OSITRAN (www.ositran.gob.pe) por mandato de su Ley de creación. A nuestro juicio, el ejercicio por el Organismo Regulador de esta facultad de interpretación, que debería ser una típica del Estado concedente (y no del Regulador), trae un sinnúmero de problemas para la ejecución de las cláusulas de solución de controversias establecidas en los contratos públicos de concesión, las cuales emplean al arbitraje para la solución de tales conflictos.

(43) La importancia de este asunto es evidente. Por ejemplo, la falta de un régimen sustantivo de los contratos públicos de concesión, se nota en la determinación de los métodos de interpretación aplicables a estos contratos. Es claro que en nuestra legislación administrativa no existen parámetros jurídicos para la interpretación de tales contratos. Ante esta omisión se tiene que recurrir a los métodos de interpretación de los contratos y actos jurídicos contenidos en el Código Civil (buena fe, común intención, sistemático, etcétera). Inclusive, el OSITRAN, regulador citado en la nota anterior, tiene una curiosa directiva de interpretación de los contratos de concesión, donde precisamente “regula” el ejercicio de los métodos de interpretación del derecho privado, ¡en una norma jurídico-reglamentaria de tercer nivel jerárquico!

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

Por tanto, un primer punto que es preciso dejar en claro, es que en el régimen jurídico de los contratos públicos de concesión PIP, no encontraremos “cláusulas exorbitantes” o “potestades implícitas” que surjan de un régimen legal administrativo específico. Por el contrario, lo que encontraremos será un régimen legal donde las llamadas “cláusulas exorbitantes” no surgen de la imposición de la norma o se presumen implícitas, sino que tendrán que ser (i) pactadas, y (ii) estar presentes de forma expresa en las Bases o el Contrato.

De esta manera, el marco jurídico de PIP en el Perú y las concesiones de servicios y obras públicas otorgadas al amparo de dicho régimen, constituyen el fiel reflejo del modelo de Economía Social de Mercado instaurado en la Constitución, el cual busca generar equilibrio y armonía entre los roles e intereses del Estado (promotor de la inversión y regulador en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura) con la libre iniciativa privada y libertad de empresa, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, así como el respeto a los términos y condiciones pactadas, con la finalidad de que el sector privado, mediante la técnica concesional pueda proveer servicios públicos y de obras públicas de infraestructura de la mejor manera posible, en aras de satisfacer el interés público.

Siendo ello así, debemos precisar que no estamos desconociendo la aplicación *integradora* a la ejecución de los contratos públicos, de las reglas propias del Derecho Civil, ni mucho menos los Principios Generales del Derecho, los cuales serán aplicados de manera supletoria al marco jurídico público, para llenar los vacíos de éste, con las modulaciones debidas al carácter público del contrato⁽⁴⁴⁾.

2. ¿Existen prerrogativas y potestades de la Administración Pública en los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP?

Como cuestión preliminar, es menester indicar que la doctrina clásica de corte continental y de los países de Hispanoamérica

que han sido influenciados por la corriente francesa y española en materia de contratación administrativa, refiere habitualmente que la presencia de los poderes extraordinarios o exorbitantes (potestades y prerrogativas) del derecho común, materializados y formalizados mediante las denominadas “cláusulas exorbitantes” sirven para demostrar la superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público en la relación contractual administrativa.

En ese sentido, VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA han señalado que *“la Administración necesita utilizar una serie de privilegios -exorbitantes del derecho común- al objeto de imponer sus decisiones a los particulares y obtener una satisfacción adecuada al interés público (...). La existencia misma de los privilegios y, por supuesto, de su ejercicio, se encontrarán limitados por un doble orden de factores. El primero se refiere a la propia Administración; su ejercicio no puede comportar el cercenamiento de libertades y derechos fundamentales”*⁽⁴⁵⁾.

En esa misma línea de pensamiento, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, señalan que *“la prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda alguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa del conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato (...)”*⁽⁴⁶⁾. Por su parte ARIÑO ORTIZ ha señalado que los privilegios y prerrogativas de la Administración en la contratación son consecuencia obligada de dos factores: 1) la posición jurídica general

- (44) El profesor CASSAGNE ha señalado que el recurso al derecho privado no se hace de manera supletoria, sino de manera analógica, Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ma edición actualizada y ampliada. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2011; p. 95.
- (45) VILLAR PALASI, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo III Contratación Administrativa. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1983; pp. 103 y 104.
- (46) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Versión Latinoamericana, en base a la Duodécima Edición. Palestra - Temis. Lima-Bogotá, 2006; p. 742.



Ramón Huapaya Tapia

de la Administración en el Estado moderno y 2) la tutela que el derecho presta a los intereses generales⁽⁴⁷⁾.

Por otro lado, en lo que respecta a doctrina latinoamericana notoriamente influenciada por el Derecho francés, BREWER CARIAS, en relación a las prerrogativas y potestades de la Administración materializadas en las cláusulas exorbitantes ha señalado que *“estas cláusulas son los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato (...). Lo importante a destacar en relación con estos poderes extraordinarios es que en realidad los mismos no resultan de los contratos públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público”*⁽⁴⁸⁾.

En dicho contexto, de acuerdo a lo expresado por la doctrina clásica sobre la materia, ésta conceptualiza las potestades y prerrogativas de la Administración Pública como instrumento al servicio del interés público vinculado a la causa y objeto del contrato administrativo, en los que se pone de manifiesto las atribuciones de “privilegios”, “poder” y “actuaciones unilaterales” en la relación contractual frente al co-contratante, quien se encuentra en una situación de subordinación jurídica frente a las así denominadas “cláusulas exorbitantes”.

Los conceptos utilizados hasta aquí han sido desarrollados como criterios diferenciadores (“criterio de la cláusula exorbitante”) de la teoría clásica del “contrato administrativo” como figura autónoma e independiente de los “contratos privados”, a efectos de sustentar la pretendida “naturaleza jurídica de los contratos administrativos”⁽⁴⁹⁾.

Al respecto, debemos indicar que el “criterio de la cláusula exorbitante” afirma que el contrato será de naturaleza administrativa si este contiene “cláusulas exorbitantes”

del derecho común, las cuales no son permisibles en el derecho privado (debido al principio de igualdad entre las partes contratantes) y que evidencian el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas por parte de la Administración Pública como contratante o Concedente, las cuales se ejercen respecto del contratante privado.

Sin embargo, tal como lo adelantamos en los párrafos anteriores, este criterio ha sido superado en la doctrina moderna del derecho administrativo, y ha sido objeto de constantes críticas de las cuales nos detendremos brevemente antes de exponer nuestra propuesta de principios jurídicos aplicables a la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

Las principales objeciones que ha planteado la dogmática más avanzada del derecho administrativo sobre el punto bajo análisis, radica en que si se considera como acertada la teoría de las “cláusulas exorbitantes” el contrato sería administrativo por acuerdo entre las partes, caso contrario dicho contrato no sería administrativo⁽⁵⁰⁾. Por otro lado, otro sector de la doctrina ha indicado que la vigencia de las “cláusulas exorbitantes” no depende de su inclusión expresa, debido a que son implícitas o virtuales, razón por la cual tienen plena vigencia al estar contempladas en la norma, tal como lo ha defendido ARIÑO ORTIZ, quien afirma que (la presencia de “cláusulas exorbitantes” al Derecho Común) *“es confundir causa con efecto, un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorpora válidamente*

(47) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Madrid, 1984; p. 95.

(48) BREWER CARIAS, Allan. “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela”. En *Revista de Derecho Administrativo*. No. 02. Lima, 2006; p. 64.

(49) Sobre el particular, MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Contratos Administrativos. Teoría General. 4ta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

(50) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3era. edición. Buenos Aires: Lexis – Nexis, 2009; pp. 19 y 20.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

éstas por ser administrativo. Y, además, resultan aplicables, aun cuando no estén expresamente previstas en el pliego de condiciones, pues se entienden implícitas en todo contrato administrativo⁽⁵¹⁾.

Frente a lo afirmado por la doctrina clásica del contrato administrativo, la misma que fundamenta dogmáticamente a los contratos de concesión (entendido como el arquetipo del contrato administrativo), cabe preguntarse si las formulaciones clásicas de las “cláusulas exorbitantes” son aplicables o no al régimen jurídico de los contratos de concesión bajo el régimen PIP. En concreto, podemos preguntarnos lo siguiente: 1) ¿Podemos entender que existen potestades o prerrogativas (de ejercicio unilateral) por parte de la Administración concedente en los contratos de concesión bajo el régimen PIP, ya sea en virtud a un régimen jurídico sustantivo de la contratación administrativa o por pacto? 2) ¿Realmente existe un “régimen exorbitante” al derecho privado en los contratos de concesión bajo el régimen PIP? 3) ¿Podemos aceptar la existencia de prerrogativas y potestades públicas en los contratos públicos de concesión aún cuando no se hayan pactado las mismas en tales contratos?

2.1 El Principio de legalidad y régimen exorbitante en la contratación pública

Toda actuación administrativa como tal, se encuentra fundamentada bajo los alcances del principio de legalidad⁽⁵²⁾, cuyo precepto configura y construye los límites y fronteras de actuación a la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa. En esa línea el régimen jurídico de los contratos públicos incluye, por lo general, una serie de potestades públicas que las normas sectoriales de contratación (dependiendo de los ordenamientos jurídicos existentes en cada país) califican como prerrogativas o potestades⁽⁵³⁾.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico, las prerrogativas atribuidas a la Administración Pública como contratante obedecen a una estricta sujeción del ordenamiento jurídico aplicable al contrato público respectivo, el mismo que determina precisamente cuando bajo qué circunstancias dichas potestades o prerrogativas pueden ser ejercidas. En principio, fuera de lo que permita expresamente la norma (y como veremos más adelante, aunque parezca contradictorio, también el contrato), no pueden existir potestades o prerrogativas implícitas en los contratos públicos, al menos en nuestro ordenamiento. En tal sentido, tal como lo señala CASSAGNE, “*la prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular siendo un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado. No hay que confundir, entonces, la prerrogativa con el acto de su ejercicio respecto de una relación jurídica determinada o individualizada, porque ella no es un elemento de la relación como es el derecho subjetivo y el interés legítimo*”⁽⁵⁴⁾.

Así, las potestades o prerrogativas que se atribuyen a la Administración Pública, no pueden presumirse ni tenerse por implícitas, puesto que surgen directamente de la ley o norma expresa, no obstante que las mismas puedan relacionarse directamente con los pliegos generales o Bases del Concurso o Licitación y figuren como cláusulas del contrato.

(51) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El enigma del Contrato Administrativo”. *Óp. cit.*; p. 96.

(52) Siguiendo la misma línea expresada por GORDILLO, en relación a que la Administración Pública no puede actuar sin ninguna fundamentación legal en ejercicio del principio de legalidad. En, GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ta. edición. Fundación de Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires, 2000; p. V-21. Asimismo, lo señalado por REBOLLO PUIG. “Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad en la contratación pública”. En: *La Contratación Pública en el Horizonte de la de la integración Europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, 2004; p. 47. “El derecho Administrativo no es solo la *condictio sine qua non*, sino *condictio per quam* de la Administración”.

(53) En el mismo orden de ideas, podemos señalar lo propuesto por CASSAGNE, “*la prerrogativa como figura o institución jurídica, pertenece a la categoría de las potestades o poderes (en sentido estricto), cuya concepción, pertenece fundamentalmente, a la doctrina italiana (...)*”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo* Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2010; p. 38.

(54) CASSAGNE, Juan Carlos: *El Contrato...* *Óp. cit.*; p. 38.



Ramón Huapaya Tapia

Por tanto, las atribuciones o prerrogativas de la Administración Pública exclusivamente para la ejecución contractual, tienen por objeto tal como se señaló anteriormente, garantizar el interés público y/o la finalidad administrativa contenida en el objeto del contrato, a través de la sujeción a lo que disponga expresamente la norma.

Debe recordarse, en ese sentido, la gráfica cita de GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, quienes refieren que *“el principio de legalidad de la administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto de poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por Ley y por ella delimitado y constituido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar simplemente”*⁽⁵⁵⁾.

Entonces, la regla es clara, la Administración pública (como contratante) solo actúa en la medida que el ordenamiento jurídico le atribuido previamente de potestades. Caso contrario, somos de la opinión que se estaría afectando y vulnerando la seguridad jurídica y los derechos fundamentales en materia económica como por ejemplo la libertad contractual o iniciativa privada, así como la propiedad, expresados en la Constitución.

En ese sentido, compartimos la reflexión elaborada por FARRANDO⁽⁵⁶⁾, quien válidamente propone usar el término “facultad” para denominar a los derechos de la Administración que directa y propiamente emanan de los pliegos licitatorios (o Bases de Contratación, tal como son entendidos en el derecho peruano) y del contrato, y, por otro lado, denominar “prerrogativas” a las que se ejerce en virtud del ordenamiento jurídico aplicable al contrato. Así, siguiendo la misma línea de pensamiento por el autor citado, coincidimos que ambos conceptos expuestos anteriormente (prerrogativas y facultades) se encuentran sujetos al principio de legalidad⁽⁵⁷⁾.

Ahora bien, en virtud a lo expuesto y a efectos de determinar en qué casos se ejercen las prerrogativas, facultades o potestades que no se encuentran estipulados en los contratos del Estado, sino en el ordenamiento jurídico correspondiente al sistema contractual de la Administración Pública. Para dichos efectos y en forma preliminar es importante hacer referencia en este punto la distinción entre régimen administrativo (régimen exorbitante) y la cláusula exorbitante (implícita) realizada por el profesor CASSAGNE⁽⁵⁸⁾.

Dicho autor afirma válidamente, que *el régimen administrativo o exorbitante se encuentra por encima de la cláusula exorbitante*, constituyendo aquél un régimen jurídico general, que establece prerrogativas para la Administración cuando contrata así como las respectivas garantías a los administrados co-contratantes. En cambio, la “cláusula exorbitante” al provenir de un pacto trasunta la imposición concreta de una obligación por parte de la Administración Pública, razón por la cual no existen las denominadas “cláusulas exorbitantes implícitas” en los contratos públicos. Por lo tanto, si tal potestad ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico, ella será siempre ejercitable, aún si no existiera pacto expreso⁽⁵⁹⁾.

Por lo expuesto hasta aquí, son válidas ambas posiciones en la medida que efectivamente no existen las denominadas “cláusulas exorbitantes”, prerrogativas, potestades, facultades de la administración que no se encuentren contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico o en el contrato.

En líneas generales, la postura y la metodología podrá variar conforme al ordenamiento jurídico

(55) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Óp. cit.*; p. 478.

(56) FARRANDO, Ismael. “Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo”. En: Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (Directores). *La contratación Pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; pp. 755 y 756.

(57) *Derecho Administrativo*. Tomo II. *Óp. cit.*; p. 42.

(58) *El Contrato Administrativo*. *Óp. cit.*; p. 24.

(59) CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*. Tomo II. *Óp. cit.*; pp. 42 y 43.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

en materia de contratación estatal de cada país, en la medida que el legislador se encargará de desarrollar y plasmar el régimen exorbitante aplicable a los contratos que el Estado o la Administración Pública suscriba.

No obstante ello, somos de la opinión que las potestades y prerrogativas (por ejemplo, ius variandi o resolución unilateral del contrato) de la Administración Pública deberán contemplarse expresamente en la legislación correspondiente o en todo caso deben encontrarse plasmadas expresamente en el cuerpo del contrato, con su desarrollo respectivo.

En tal sentido, el régimen legal o contractual de estas potestades y prerrogativas deberá desarrollar como mínimo la regulación del ejercicio de las potestades así como los derechos del co-contratante en aras de restablecer el equilibrio contractual, así como el pago de las eventuales indemnizaciones y compensaciones que le correspondan.

2.2 Comentarios sobre dos potestades o prerrogativas típicas de la contratación administrativa

De la revisión de la literatura jurídica sobre la clasificación y características de las potestades y prerrogativas

de la Administración en los contratos administrativos, es preciso indicar que no existe un criterio unitario que pueda clasificarlas y conformar una categoría uniforme en el régimen exorbitante que articula la contratación pública.

Por consiguiente, la doctrina latinoamericana (muy influenciada por el desarrollo teórico del contrato administrativo francés) ha desarrollado distintas categorías o conceptos jurídicos de potestades y prerrogativas de las cuales sus características y finalidades se encuentran subordinadas al régimen imperante de contratación pública determinada en cada uno de los ordenamientos jurídicos en particular, en la medida que el propio legislador o entidad competente haya entendido, dependiendo del modelo político-económico imperante cuál es la nomenclatura pertinente para caracterizar a cada una de las potestades y prerrogativas que se sirve la Administración en la ejecución de los contratos públicos⁽⁶⁰⁾.

(60) En ese sentido, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, señalan que las prerrogativas de la Administración Pública en la ejecución de los Contratos de obras, servicios y suministros son, a) Poderes de Dirección y Control, b) Poder de Interpretación Unilateral del Contrato y c) Poder de Modificación del objeto del contrato. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ. *Óp. cit.*; pp. 791-799. Sin perjuicio a lo señalado anteriormente, los mismos autores han señalado que, "En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de deberes contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución de la fianza." *Ibidem.*; pp. 742 y 743.

Por otro lado, BERCAITZ enumera las clasificaciones desarrolladas por la doctrina francesa: DE LAUBADERE: 1) Prerrogativas de la Administración pública frente al co-contratante: 1) Procedimiento de decisión ejecutoria, 2) Imposición de medidas unilaterales en la ejecución del contrato por parte de la Administración, 3) Derecho de intervenir unilateralmente en los negocios del co-contratante, 4) Derecho de control, dirección y vigilancia sobre el co-contratante, 5) Obligación de celebrar determinados contratos con la Administración. PEQUIGNOT y HOMONT: 1) Relacionadas con las prerrogativas del poder público 2) Que conceden a los co-contratantes poderes sobre los terceros, 3) Cláusulas cuya interpretación y ejecución debe cumplirse conforme a reglas propias del derecho administrativo, 4) Que son inhabituales entre particulares, 5) Inspiradas por una preocupación manifiesta de interés general. Asimismo se encuentran las señaladas por el propio autor: 1) Aquellas por las cuales la Administración pública se atribuye sobre su co-contratante derechos que un particular no podrá atribuirse en ningún contrato porque las leyes no lo autorizan para hacerlo y, 2) Aquellas por las cuales la Administración Pública otorga a su co-contratante poderes respecto a terceros, que un particular no podría conferir en ningún contrato, porque las leyes en vigor lo invalidarían. Cfr. BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2da Edición. Buenos Aires: Depalma, 1980; pp. 211-213. Asimismo, CASSAGNE pone como ejemplo las siguientes prerrogativas: 1) Dirección y Control, 2) Modificación unilateral o Potestas Variandi, 3) Potestad Sancionadora, 4) Ejecución Directa del Contrato, etcétera.



Ramón Huapaya Tapia

En la medida que existen diversos trabajos académicos en el cual se desarrollan las distintas prerrogativas y potestades de la Administración Pública, a continuación realizaremos una breve reflexión dogmática acerca de dos potestades consideradas por la doctrina como “típicas” de la Administración en la contratación administrativa. Nos referimos al caso del “ius variandi” o modificación unilateral y la denominada resolución unilateral del contrato por parte de la Administración Pública.

La razón de ello es demostrar que en un caso, el ius variandi en su versión tradicional (potestad de ejercicio unilateral por parte de la Administración en procura del interés público) no existe en el marco jurídico de los contratos públicos de concesión del régimen PIP en el Perú, y, en el caso de la resolución unilateral (por interés público), en nuestro ordenamiento es regulada en algunos casos contractualmente, y en otros casos en vía normativa, pero de manera muy excepcional y ciertamente limitada. Todo ello, con el fin de ejemplificar que en la legislación de contratación pública del Perú, hemos seguido caminos muy distintos a la formulación clásica de la teoría clásica de los contratos administrativos en algunos temas, como en el relativo a los privilegios o potestades de la Administración Pública contratante.

2.2.1 “Ius Variandi” o modificación unilateral del contrato

Una de las características clásicas de los contratos administrativos se encuentra asociada a la denominada flexibilidad o *mutabilidad* de estos contratos, la misma que justifica el ejercicio del “ius variandi” como prerrogativa o potestad de la Administración Pública contratante a efectos de modificar unilateralmente el contrato.

En efecto, la teoría clásica de los contratos administrativos enseña que mediante esta potestad la Administración Pública contratante permite variar los términos y contenidos del contrato por razones de interés público debido a causas imprevistas o ante necesidades nuevas que se requieran, a efectos de que lograr los cometidos del objeto del contrato respectivo.

Nótese que esta prerrogativa de modificación unilateral debe encontrarse debidamente fundamentada y/o justificada, ya

que el hecho de que se permita tal potestad, ello no quiere decir que la misma se deba ejecutar sin ningún motivo o impulso que la determine, en aras de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad en desmedro no solo del contratista sino de la seguridad jurídica y otorgar predictibilidad en las relaciones contractuales que todo Estado Democrático de Derecho lo requiera.

En virtud a lo mencionado en el párrafo anterior, se puede apreciar que el ejercicio de esta potestad debe obedecer a criterios de razonabilidad y ponderación, y asimismo, debe ser fundamentado, y ejercido en forma limitada. Así, FARRANDO señala expresamente que, *“concebida como una facultad de “mutación”, “de cambio” o “inestabilidad” contractual, no podría jamás ejercerse arbitrariamente, ni la Administración introducir los cambios que le vengan en gana, ya que está limitada a no modificar “el núcleo esencial” del contrato, ni su ecuación económica financiera. (...) Si la Administración traspasara esos límites, el contratista tendrá derecho a la rescisión contractual y al resarcimiento de los daños y perjuicios pertinentes. Por cierto que dentro de esos límites se encuentran aquellas premisas fundamentales que circunscriben a toda la actividad administrativa discrecional: límites técnicos, razonabilidad, buena fe y abuso o desviación de poder”*⁽⁶¹⁾.

Pues bien, el “ius variandi” en su formulación en la doctrina del contrato administrativo permite modificar el contrato de forma unilateral, bien porque haya sido mal estructurado, por dificultades técnicas imprevistas (sobrevinientes) o por resultar más conveniente lo modificado al interés público, entre otras causas, siempre, en atención a lo prescrito en

CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Tomo II. *Óp. Cit.*; p. 41. Por su parte, PEREZ HUALDE, desarrolla las prerrogativas o potestades de 1) Continuidad, 2) Ius Variandi, 3) Dirección y Control, 4) Sanción, 5) Rescisión, e 6) Interpretación Unilateral del Contrato. Cfr. PEREZ HUALDE. “Contratos Administrativos: Versión Crítica”. *Óp. cit.*; pp. 447-456.

(61) FARRANDO. P. *Óp. cit.*; 266.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

el respectivo contrato que, por lo general, plasma el respectivo procedimiento y habilitado por el régimen legal. Asimismo, esta potestad tiene mayor injerencia en los contratos de larga duración como por ejemplo, los contratos de concesiones de servicios públicos, que lo sujeta a cambios y adaptaciones a lo largo del periodo de cumplimiento, asentado a un mecanismo de sostenimiento o mantenimiento permanente –o periódico– del equilibrio dinámico de las prestaciones de las partes⁽⁶²⁾.

De otro lado, tal como señala la doctrina, en el contrato de concesión de obras, el efecto del “*ius variandi*” puede recaer en el aumento de las obras a realizar por parte del contratista, que es el caso más usual, mientras que en contrato de concesión de servicios públicos puede recaer en un aumento tarifario, o una modificación de las obligaciones del concesionario. Siendo ello así, en todos los casos en los cuales se ejerza el *ius variandi*, la Administración concedente deberá compensar o restablecer el equilibrio financiero del contrato en función a lo establecido en la legislación correspondiente y de lo pactado en cada contrato. Es menester advertir, que dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país se podrán establecer métodos o procedimientos distintos para restablecer el equilibrio, compensar e indemnizar al co-contratante concesionario, lo mismo para el caso de la re-estructuración de las cláusulas de los contratos.

Aunado a ello y retornando a la legitimidad del ejercicio de esta prerrogativa o potestad de la Administración Pública como contratante, es menester indicar lo señalado por CASSAGNE quien sostiene que el “*ius variandi*” es una potestad irrenunciable el cual configura un principio general de la contratación administrativa, que integra el llamado régimen exorbitante. En esa misma línea, señala dicho autor que el “*ius variandi*” no emana del contrato (los contratos públicos no son fuentes de potestades), sino que debe emanar del ordenamiento vigente, como regla que permita expresamente el ejercicio de la prerrogativa modificatoria⁽⁶³⁾. Asimismo, el referido autor señala en el texto bajo comentario, citando a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, que lo único inmutable e inmodificable en el contrato administrativo

es su finalidad pública, que prevalece sobre el alcance y modalidad de las prestaciones, siempre que la equivalencia económica” de dichas prestaciones se mantengan inalteradas.

En este extremo, debemos precisar que cuando hablamos del “*ius variandi*” (así como las demás prerrogativas o potestades existentes) más que un derecho de la Administración Pública contratante, nos encontramos ante una prerrogativa o potestad pública proveniente del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, DANOS ORDOÑEZ expuso claramente de la cita de TORNOS MAS que “*es importante distinguir entre prerrogativas y Derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, porque los Derechos constituyen las exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que tienen su origen en la propia relación contractual, y por tanto su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente*”⁽⁶⁴⁾.

En ese mismo orden de pensamiento, COVIELLO citando a COMADIRA y ESCOLA ha señalado, en relación a la potestad modificatoria o “*ius variandi*”, “*no constituye un derecho, sino que por su índole y su finalidad es una verdadera potestad, que le es inherente, que no puede ser renunciada por convenciones generales o especiales, y que aparece en todos los contratos administrativos, con independencia de que en ellos haya sido*

(62) PEREZ HUALDE, Alejandro. “Tarifas y renegociación de contratos”. *El contrato administrativo en la actualidad*. En Agustín Gordillo (Director). Buenos Aires: La Ley, 2004; p. 54 con cita de MORELLO, Augusto M. “Los Contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente, LL. 1989 –C-1227.

(63) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. *Óp. cit.*; p. 94.

(64) DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Óp. cit.*. P. 94.



Ramón Huapaya Tapia

prevista o no por cláusulas expresas, ya que tiene carácter virtual o implícito, lo que impide que las partes puedan considerarla en sus convenciones”⁽⁶⁵⁾.

Por lo expuesto, reafirmamos que el “ius variandi” al constituir una potestad administrativa, podrá ser ejercido siempre y cuando el ordenamiento jurídico lo permita.

Sin embargo, tal como veremos más adelante, en el ordenamiento jurídico de las concesiones bajo el régimen PIP, de acuerdo a lo dispuesto en el literal d) del artículo 32° y el artículo 33 del TUO, los contratos podrán ser modificados únicamente por acuerdo de partes, con lo cual, el ius variandi unilateral no opera de ningún modo en los contratos de concesión suscritos bajo dicho ordenamiento.

En tal sentido, y a contrapelo de lo afirmado por la doctrina tradicional del contrato administrativo ampliamente citada, resulta importante apreciar que la construcción dogmática del *ius variandi* unilateral como una “prerrogativa” o “potestad” administrativa de ejercicio unilateral por el concedente, no encuentra reflejo en los contratos públicos de concesión del régimen PIP. De tal suerte que la modificación de estos contratos será posible únicamente por acuerdo de las partes, tal como lo dispone el TUO, punto en el cual volveremos más adelante.

Sin embargo, y parecerá sorpresivo, en nuestro país, en el régimen de la Ley de Contrataciones del Estado (que es el régimen de compras públicas)⁽⁶⁶⁾, si se reconoce el ius variandi limitado, al permitir que la Administración contratante pueda modificar, reduciendo o aumentando el monto contratado o también ampliando el plazo de ejecución de las prestaciones, prerrogativa que reconoce dicha norma, que es de aplicación limitada únicamente a los contratos de locación de obras, suministros, consultorías, y adquisición de bienes y servicios, los cuales son regulados por dicha norma.

2.2.2. Resolución Unilateral (por causa de interés público)

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.

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 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. .

Si bien es cierto el ordenamiento jurídico de los contratos de concesión bajo el régimen PIP no admite que la Administración concedente pueda resolver los contratos invocando el interés público, lo sorprendente es que la norma básica de dicho régimen (el TUO) si permite que las partes *pacten* cláusulas que regulen el supuesto indemnizatorio en caso se ejerza la resolución o terminación anticipada del contrato por interés público. Así, el artículo 17° del TUO permite regular el ejercicio de la potestad del concedente de suspender, dejar sin efecto o modificar la concesión, por vía de cláusula contractual. De manera tal que sólo mediando una cláusula expresa en dicho sentido se podría dejar sin efecto la Concesión, con lo cual la resolución unilateral por parte del Concedente en los contratos de concesión bajo el régimen PIP está plenamente acotada al supuesto de dicha norma específica.

(65) COVIELLO, Pedro José Jorge. “El Contrato Administrativo: ¿Lex inter partes o ius variandi?”. En: *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho. No. 66. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011; p. 186.

(66) Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 184-2008-EF y sus normas modificatorias.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

No obstante lo anterior (lo cual nos hace ver que la micrología de las concesiones en nuestro país no está solamente en el marco legal del régimen PIP) el marco jurídico peruano sectorial de algunos contratos públicos de concesión, nos permite apreciar que la potestad exorbitante de resolución unilateral por razón de interés público está contemplada en algunos ordenamientos sectoriales, y con previo pago de indemnización por el daño causado al contratista.

Por ejemplo, el artículo 105 de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley No. 25844), regula este privilegio de declaración de caducidad (rectius: resolución unilateral) de los contratos de concesión en el sector eléctrico fuera de las causales establecidas en el artículo 36° de la misma norma⁽⁶⁷⁾, con la condición de que se pague una indemnización al contado al concesionario⁽⁶⁸⁾. Para dicho efectos, tal como hemos comentado, esta potestad exorbitante deberá ejecutarse tomando en cuenta los límites a los cuales el ordenamiento jurídico positivo la someta, el cual habilita a su utilización en forma expresa en atención al principio de legalidad, con lo cual entenderemos que sólo podrá ser utilizada cuando se prevea legislativamente, y nunca como una potestad implícita o subrepticia como lo entiende

equivocadamente por ejemplo el Tribunal Constitucional en alguna Sentencia aislada (STC Exp. N° 2488-2004-AA/TC).

3. Apreciaciones sobre la existencia y posibilidad de “cláusulas exorbitantes” en el régimen de los contratos públicos de concesión celebrados bajo el régimen de PIP en el Perú

La noción de la “cláusula exorbitante” ha sido acuñada por la teoría del contrato administrativo en términos muy amplios y generales, a partir de la doctrina generada por los *arriets* del Consejo de Estado francés durante los primeros años del siglo XX, con la finalidad de distinguir y determinar la naturaleza jurídica propiamente dicha de los contratos administrativos frente a los contratos privados de la Administración⁽⁶⁹⁾. De ese

(67) El artículo 36 de la Ley de Concesiones Eléctricas, regula las causales expresas de caducidad de las concesiones eléctricas, en los siguientes términos:

Ley de Concesiones Eléctricas. 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 el 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;
- 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.

(68) Ley de Concesiones Eléctricas. Artículo 105.- La caducidad de una concesión, por razones distintas de las señaladas en la presente Ley, deberá ser 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.

(69) En ese aspecto, por todos, cfr. VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo III Contratación Administrativa. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1983; pp. 23-27.



Ramón Huapaya Tapia

modo, a decir de CASSAGNE, “la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público”⁽⁷⁰⁾.

Pues bien, sin perjuicio que la noción de cláusula exorbitante resulta compleja o de difícil determinación, podemos definirlas como aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración pública en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo al concesionario y/o contratista frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público⁽⁷¹⁾.

En esa misma línea, para el maestro CASSAGNE, sobre la base de la doctrina francesa, la definición de cláusula exorbitante tiene dos connotaciones que se encuentran vinculadas entre sí; en primer lugar, se las entiende como aquellas que resultan inusuales e ilícitas en el derecho privado o en la contratación civil o comercial, y en segundo lugar, las que tienen por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales, así se consideraron cláusulas exorbitantes las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de resolución unilateral, rescate, entre otras.

Dicho lo anterior, pareciera que las cláusulas exorbitantes tendrían la misma finalidad que las prerrogativas o potestades de la Administración pública en la ejecución de los contratos administrativos, sin embargo, la necesaria distinción entre ambos preceptos tiene justificación desde la óptica conceptual que parte por distinguir la “cláusula exorbitante” del “régimen exorbitante” conforme lo enseña CASSAGNE.

Al respecto, conforme a lo señalado por dicho autor, el “régimen administrativo” o “exorbitante” se encuentra por encima de la “cláusula exorbitante”, constituyendo un orden

jurídico general, que por lo demás incluye tanto las prerrogativas o potestades públicas (contractuales o no), así como las garantías. En cambio, las cláusulas exorbitantes al provenir de un pacto, de un orden singular, implican la imposición concreta de una determinada conducta u obligación por parte de la Administración sobre el contratista, pero por vía de acuerdo contractual. La misma situación opera *a contrario sensu*, si las prerrogativas y potestades han sido impuestas y aceptadas por una condición predispuesta unilateralmente, no es nada más que un exceso formal, pues si la referida potestad integra el ordenamiento jurídico general, ello será siempre ejercitable, aún si no hubiese pacto expreso o condición general predispuesta. Por ello mismo, no existen las denominadas “cláusulas exorbitantes implícitas” en los contratos administrativos⁽⁷²⁾.

En dicho escenario, como bien hemos señalado en el acápite anterior, no deberían existir mayores dificultades en torno a la identificación de las potestades y prerrogativas y cláusulas exorbitantes, ya que las primeras se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico correspondiente, mientras que la incorporación de las cláusulas exorbitantes dependerá de su pacto expreso en los contratos, máxime si el marco jurídico establece que se pacten o se incorporen de manera explícita en cada uno de los contratos administrativos. Entonces, enfatizamos que el ejercicio y los efectos de las cláusulas exorbitantes y de las prerrogativas y potestades dependerán necesariamente del marco jurídico correspondiente que regula el régimen de contratación administrativa de una determinada materia.

(70) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Óp. cit.; p. 19.

(71) BERCAITZ, Miguel Angel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2da. edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980; p. 209.

(72) CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Óp. cit.; pp. 42 y 43.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

Sin embargo, como ya advertimos anteriormente, *en el marco jurídico de PIP en el Perú, no existen prerrogativas o potestades extracontractuales, virtuales o implícitas (que se sobreentiendan incorporadas en los contratos públicos de concesión por considerarse como “contratos administrativos”), sino que las mismas deberán incorporarse como cláusulas exorbitantes expresas debiendo encontrarse pactadas o incorporadas en los contratos para su ejercicio correspondiente. Esto último será posible únicamente cuando exista base legal (“régimen exorbitante”) que permita su incorporación.*

Conviene citar una norma expresa que prevé la posibilidad de incorporar cláusulas exorbitantes expresas de ejercicio unilateral por parte de la Administración concedente en el caso de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP en el Perú. Nos referimos al caso del artículo 17° del TUO, disposición que establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 17°.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último. (...)” (énfasis es nuestro).

Aún cuando la redacción de la norma no es la más feliz para determinar la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos públicos de concesión, de la lectura de la misma puede colegirse que el supuesto de hecho que ésta regula hace alusión a las prerrogativas o potestades unilaterales de resolución unilateral por oportunidad (“rescate”), suspensión y modificación unilateral o “ius variandi”, las cuales *podrán* ser pactadas en los contratos de concesión suscritos.

Así las cosas, encontramos en la disposición citada, que el Estado concedente, puede suspender, resolver o caducar así como modificar la concesión por causal no establecida expresamente en el TUO, de forma unilateral, sin invocar

mayor razón que el interés público, *siempre y cuando haya pactado dicha cláusula con el concesionario.* De esta manera, serán los mismos contratos de concesión que *podrán* incorporar la causal de resolución unilateral, rescate o la modificación unilateral, cuyos requisitos, alcance y procedimientos deberán encontrarse en sus respectivas cláusulas exorbitantes, las cuales además contemplarán los mecanismos para que concesionario pueda ejercer el derecho al pago de la indemnización que le corresponde en caso el Estado ejerza tales atribuciones.

Esto es así ya que no existe otra consecuencia que compartir lo señalado por el profesor COVIELLO, cuando afirma que *el principio que domina la ejecución del contrato administrativo es el principio de legalidad*, que en sí lleva la referencia y da sentido al ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración Pública en los contratos públicos, de tal manera que las partes contratantes deberán someterse a lo establecido en la regulación del ordenamiento jurídico y, seguidamente, a lo pactado en el contrato⁽⁷³⁾.

Conviene citar al insigne profesor de la UCA, cuando señala que:

“Tal como se aprecia, el principio liminar en la materia contractual es el de la legalidad administrativa, que en sí lleva la referencia y da sentido a los otros dos. En efecto, cumplidas las normas que regulan los contratos públicos para su contratación, así como el Estado se debe someter al ordenamiento, otro tanto ocurre con el contratista. Y, en el supuesto específico del contrato, deben sujetarse al cumplimiento de lo allí acordado. De tal manera, el contrato es la aplicación concreta de todo

(73) COVIELLO, Pedro José Jorge. “El Contrato Administrativo: ¿Lex inter partes o ius variandi?” En: Revista Derecho PUCP, No. 66. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011; pp. 192-194.



Ramón Huapaya Tapia

el ordenamiento iusadministrativo a la relación de ambas partes” (énfasis es nuestro)⁽⁷⁴⁾.

Siendo ello así es claro que las potestades, privilegios o cláusulas exorbitantes sólo tendrán sentido en la contratación pública si es que previamente existe una ley que les de cobertura. De lo contrario, no podrán existir en nuestro ordenamiento, el cual no prevé potestades ni cláusulas exorbitantes implícitas en la ejecución de los contratos públicos, sobre todo en los de concesión.

De la revisión de la norma bajo comentario, resulta muy curioso que en el marco jurídico de los contratos públicos de concesión regulados bajo el régimen PIP en el Perú se pueda admitir la resolución y modificación unilateral del contrato por causa de interés público, sólo si es pactado contractualmente. Es curioso porque tiene que existir un contrato que permita

a la Administración concedente el ejercicio unilateral de una potestad (lo cual ciertamente, no responde a la lógica de las potestades, las cuales son premunidas por el ordenamiento para su ejercicio siempre unilateral por parte de la Administración, aún cuando modernamente se admiten los contratos sobre actos y potestades administrativas⁽⁷⁵⁾). Por consiguiente, será el mismo contrato de concesión el que establecerá la causal de resolución o modificación unilateral pactada al amparo del artículo 17° del TUO, consignándose la respectiva indemnización y las fórmulas alfanuméricas y operaciones económicas y financieras para la liquidación del contrato de concesión⁽⁷⁶⁾. En tal sentido, en nuestro ordenamiento, pueden existir

(74) COVIELLO, Pedro José Jorge: *El Contrato... Óp. cit.*; p. 192.

(75) HUERGO LORA, Alejandro: *Los contratos sobre actos y potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

(76) Por ejemplo, el *Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción del Taller de Mantenimiento mayor para los trenes nuevos y existentes (incluye las vías de acceso al mismo) en el segundo nivel del Patio Taller ubicado en Villa El Salvador, provisión de Material Rodante Adquirido y Explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea N° 1 ("Metro de Lima")*, Villa El Salvador - Av. Grau – San Juan de Lurigancho, establece en la cláusula 15.15 el procedimiento para que el Concedente puede ejecutar la resolución unilateral del referido Contrato de Concesión:

"Facultad del CONCEDENTE de poner término Unilateral al Contrato

15.15. El CONCEDENTE tiene la facultad de poner término unilateral al Contrato, por razones de interés público debidamente fundadas, las cuales deberán ser individualizadas, justificadas y desarrolladas en una comunicación de carácter oficial que realice el CONCEDENTE al CONCESIONARIO con una antelación no inferior a seis (06) meses del plazo previsto para la terminación del mismo. En igual plazo el CONCEDENTE deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos.

La referida comunicación deberá además estar suscrita por el organismo del Estado de la República del Perú competente para atender tal problema de interés público.

15.16. La resolución del Contrato por decisión unilateral del CONCEDENTE originará que el CONCEDENTE pague al CONCESIONARIO un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento que corresponda al momento en que se produzca la Caducidad.

15.17. Sin perjuicio de lo indicado en la Cláusula anterior, la resolución del Contrato por decisión unilateral del CONCEDENTE durante la Etapa de Ejecución de Obras, dará derecho al CONCESIONARIO a recibir las sumas que se determinen a continuación:

(i) El Regulador realizará la valorización de las Obras ejecutadas al momento de producida la Caducidad y entregará un informe al CONCEDENTE respecto a dicha valorización.

(ii) Dicho informe de valorización deberá contar con la aprobación del CONCEDENTE, quien autorizará el pago de la valorización en un plazo máximo de doce (12) meses posteriores de ocurrida la caducidad.

La resolución del Contrato por decisión unilateral del CONCEDENTE durante la Explotación de la Concesión, dará lugar a que el CONCEDENTE pague al CONCESIONARIO el equivalente al Valor Contable Neto del Activo en los términos y condiciones señalado en las Cláusulas 15.25 y siguiente.

En caso que el CONCESIONARIO haya realizado Inversiones Adicionales y ocurra La resolución del Contrato por decisión unilateral del CONCEDENTE, el CONCESIONARIO tendrá derecho a cobrar, adicionalmente, el importe que resulte de aplicar el procedimiento establecido en la Cláusula 6.46."

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

cláusulas exorbitantes de rescate, terminación unilateral del contrato por razón de interés público, *ius variandi* y suspensión del contrato, *sólo si están pactadas contractualmente*.

Por tanto en el régimen jurídico de los contratos de concesión bajo el régimen PIP no existen potestades implícitas, cláusulas exorbitantes implícitas o prerrogativas unilaterales que puedan ejercerse sin pacto contractual de por medio. Por tanto, no compartimos el razonamiento que el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido en el Expediente N° 2488-2004-AA/TC, sentencia que asume que el poder de resolución unilateral sería un poder implícito del Estado que está presente en todo contrato de concesión siempre y cuando se sustente el interés público para ello.

Aunque son argumentos *“obiter dictum”*, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional estaría suponiendo que todos los contratos de concesión pueden ser resueltos invocando o sustentando un interés público cualquiera, lo cual nos puede trasladar a un escenario de “decisionismo” puro, donde en cualquier momento se pueden resolver unilateralmente contratos de concesión, aun sin contar con potestades expresas para ello, lo cual francamente es inaceptable.

Por lo expuesto, somos de la opinión que no se puede desconocer la potestad de resolver unilateralmente un contrato de concesión que tiene el Estado concedente por razones de interés público. Sin embargo, dicho poder únicamente puede ser ejercido de forma válida, siempre y cuando (i) exista una ley que habilite a la Administración concedente de modo expreso para ello y, (ii) se encuentre pactada expresamente en el cuerpo del contrato la cláusula de resolución unilateral⁽⁷⁷⁾. Dicho lo anterior, en el régimen especial de los contratos de concesión bajo el régimen PIP, podrán existir cláusulas exorbitantes que autoricen a la modificación, suspensión o terminación unilateral de tales contratos, sólo cuando ello sea pactado entre el Estado concedente y el concesionario, bajo los alcances del citado artículo 17° del TUO.

4. Los Principios Generales del Derecho y su aplicación en los Contratos Públicos de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura sujetos al régimen PIP en el Perú: Límites a los denominados privilegios de la Administración en la fase de ejecución de los contratos públicos

Hasta aquí, hemos ya señalado que el régimen jurídico *sustantivo* de nuestros contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP no obedece a las características típicas del contrato de concesión predicadas en la dogmática clásica de los contratos administrativos. ¿Pero este alejamiento del contrato administrativo convierte a nuestros contratos públicos en contratos sujetos libremente al derecho civil o al derecho privado?

Creemos que la respuesta es negativa. Creemos que ante la falta de un régimen *sustantivo* propiamente dicho (salvo algunas reglas sustantivas muy puntuales previstas expresamente en el TUO y en la Ley de APP's), es posible proponer la construcción de algunos principios jurídicos de derecho público presentes en la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión.

Ciertamente, aún cuando estamos alejados de la dogmática clásica del contrato administrativo en cuanto a puntos tales como la existencia

(77) HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. “¿Los contratos de concesión de servicios públicos pueden ser resueltos alegando solamente la afectación al interés público?”. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*. Lima: ARA, 2011; pp. 617-619. Asimismo, para mayor detalle sobre el comentario de esta sentencia, puede consultarse el trabajo de MORON URBINA, Juan Carlos. “Redescubriendo una institución escondida. El rescate de las concesiones”. *Teoría de los Servicios Públicos*. Orlando Vignolo (coordinador). Lima: GRIJLEY, 2009; pp. 75-80.



Ramón Huapaya Tapia

de cláusulas exorbitantes implícitas o de potestades administrativas de ejercicio unilateral por parte del Concedente, si creemos que los principios estructurales de la dogmática contractual administrativa son de recibo para la elaboración de esta construcción de principios jurídico-públicos que sustenten la ejecución de los contratos públicos de concesión.

Así como en la fase de preparación y selección de la contratación administrativa existen varios principios jurídicos reconocidos (obligatoriedad de procedimiento de selección, libre competencia, igualdad, transparencia, control, entre otros), también es posible afirmar la existencia de principios jurídico-públicos que rijan la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión.

Creemos que estos principios de ejecución de los contratos de concesión bajo el régimen PIP 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.

Para formular nuestra propuesta de estos principios, es importante en primer lugar, establecer la relevancia de los Principios Generales del Derecho para el régimen de los contratos públicos. Sería útil delimitar e indagar a fondo respecto de las tensiones que existen entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo que ha generado la teoría de los contratos públicos⁽⁷⁸⁾, lo cual quedará pendiente para otra oportunidad.

Es una realidad que los principios generales del Derecho Civil en materia contractual son aplicados frecuentemente en el campo de la contratación pública, al margen de que la propia legislación en materia de contratación estatal nos señale explícitamente la aplicación supletoria del derecho civil en la fase de ejecución de los contratos que suscribe el Estado.

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

propriadamente 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 categorías propias del derecho privado serán aplicados en forma supletoria.*

En ese orden de ideas, como bien ha señalado el profesor DANÓS ORDOÑEZ:

“No cabe duda que jurídicamente todo contrato, sea civil, laboral, público, internacional o agrario, es una fuente de obligaciones, tanto para los particulares como para el Estado y sus dependencias que lo suscriben, y además, ha de tenerse en cuenta que a ello se agrega el carácter de la irrevocabilidad unilateral, por lo que sólo por mutuo disenso se puede dejar sin efecto lo pactado, “implicando ello la regla de la inhabilidad de la voluntad unilateral para poner fin al contrato”. En lo civil y en lo administrativo el Estado como cualquier contratante se encuentra obligado a cumplirlo⁽⁷⁹⁾.”

Tal como ya desarrollamos en líneas anteriores, los contratos públicos se conciben dentro del esquema del denominado “régimen exorbitante” en las cuales la Administración Pública como contratante se sirve de prerrogativas y potestades exorbitantes respecto del Derecho Común. Este régimen exorbitante al derecho privado, como se ha podido apreciar, incide directamente en la fase de ejecución de los contratos y tiene connotación directa en los derechos, deberes y obligaciones de la parte co-contratante. En dicho contexto, resulta inevitablemente un estado de tensión entre “poder”, “privilegios”,

(78) Cfr. GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato. Supremacia do interesse publico “versus” igualdade. Un estudo comparado sobre a exorbitancia no contrato administrativo*. Sao Paulo: Malheiros Editores, 2011.

(79) DANÓS ORDOÑEZ., Jorge. *Óp. cit.*; p. 104.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

“actuaciones unilaterales” ejercitables por la Administración Pública y las garantías contractuales del co-contratante⁽⁸⁰⁾.

En ese sentido, tal como lo ha desarrollado el profesor TAWIL, “existirán las tensiones entre (i) el ejercicio del *ius variandi* vs. el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera; (ii) la prerrogativa de interpretar los contratos vs. los límites que le impone el principio de razonabilidad; (iii) la potestad de revocar un contrato por razones de oportunidad (en el caso del servicio público acentuada con la figura del rescate) vs. el derecho a obtener una compensación por los daños y perjuicios causados (propia del derecho de propiedad); (iv) la potestad de imponer sanciones vs. la garantía del debido proceso adjetivo; etc.”⁽⁸¹⁾.

Dicho lo anterior, consideramos que los Principios Generales del Derecho imponen una limitación del poder que ostenta la Administración Pública como concedente, a efectos de brindar seguridad jurídica, contribuir a la estabilidad contractual y predictibilidad del actuar público⁽⁸²⁾. Por ello, la doctrina⁽⁸³⁾ propone que los mismos se encuentren recogidos expresamente en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de propiciar mayores inversiones, crecimiento económico y sobre todo seguridad jurídica y estabilidad contractual.

En esa línea y para una mayor comprensión metodológica al respecto, siguiendo a CASSAGNE⁽⁸⁴⁾, dentro de la visión de los Principios Generales del Derecho se pueden advertir hasta dos clases muy diferenciadas en cuanto a su jerarquía y relaciones de contacto y transferencia. En la primera de ellas, encontramos a los principios generales fundamentales, insertados en la Constitución que se vinculan o derivan del Estado de Derecho e inspiran a todo el ordenamiento jurídico sin perjuicio de aquellos que no han sido incorporados, en

forma positiva o expresa, a la ley fundamental, con las adaptaciones correspondientes a cada país. En el segundo grupo, encontramos a los principios generales que constituyen la clave de alguna institución o sector del Derecho Administrativo (o “principios sectoriales”), por ejemplo, los principios del dominio público, de la contratación administrativa, del procedimiento administrativo, entre otros.

Como bien señala el referido autor, el segundo grupo, denominado los principios jurídicos institucionales, “constituyen una importantísima fuente en el campo del Derecho Administrativo, donde las relaciones jurídicas no se hayan tan tipificadas ni regladas por la ley como en el Derecho privado, abriendo nuevas perspectivas a la creación jurídica para responder a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de conjunción de los valores superiores con la experiencia. Estos principios, cuando están consagrados en el Derecho positivo, pueden representar una formulación diversa y aun pueden tener prelación respecto a un principio más general del ordenamiento escrito”⁽⁸⁵⁾.

Con todo, este grupo de principios generales del Derecho, está constituido por las propias instituciones administrativas⁽⁸⁶⁾, muchos de ellos no contemplados de manera expresa o escrita en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en algunos casos por la jurisprudencia.

(80) TAWIL, Guido Santiago. “Los principios en el contrato de servicios públicos”. En *Revista de Derecho Administrativo*. No. 08. Lima, 2009; pp. 307 y 308.

(81) *Ibidem.*; p. 309.

(82) Sobre su relevancia y funciones en el derecho administrativo, véase MODERNE, Franck: Principios Generales del Derecho Público. Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Compilación y traducción de Alejandro VERGARA BLANCO. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

(83) CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. *Óp. cit.*; p. 5

(84) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. *Óp. cit.*; pp. 35 y 36.

(85) CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. *Óp. cit.*; p. 36.

(86) Para GONZÁLEZ PÉREZ son denominados como “principios tradicionales” en donde su ámbito de aplicación se reconduce a un sector específico, como es el caso del “Ordenamiento Administrativo”. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Óp. cit.*; pp. 50-52.



Ramón Huapaya Tapia

Eso, como bien afirma CASSAGNE⁽⁸⁷⁾, se integra con dos vertientes no necesariamente opuestas, según que se originen en la naturaleza de las respectivas instituciones o en el establecimiento de principios peculiares que implican una derogación especial de principios más generales del Derecho.

Siendo ello así, y sobre todo en este campo que nos ocupa, nos encontramos frente a auténticos principios generales del Derecho Administrativo, ya que en el sentido de su especialidad y fundamento institucional no permite extenderlos a todas las ramas del Derecho, particularmente al Derecho privado⁽⁸⁸⁾.

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, aplicación y observancia obligatoria de manera convencional como son los principios de legalidad, razonabilidad, confianza legítima, buena fe, interdicción de la arbitrariedad, entre otros.

También existen principios especiales y cuyo ámbito de aplicación se reconducen a una institución específica por la especialidad de la materia, pero de alcance general dentro de ella, como es el caso del principio de continuidad de los servicios públicos, de colaboración y economía, de igualdad (que se incorpora en la contratación administrativa y para la prestación de servicios públicos con distintas particularidades), la lista prosigue, las mismas que las podemos encontrar en las distintas disciplinas o instituciones del Derecho Administrativo como son los casos del Derecho Ambiental, Derecho Tributario, Procedimiento Administrativo y regulación económica (Principios de las tarifas), entre otras.

Al lado de lo anterior, creemos que también resulta importante señalar brevemente las principales funciones de los principios jurídicos, es decir, como bien señala GONZALEZ PEREZ, la “triple dirección” en que se manifiesta la función de los mismos,

las cuales pueden resumirse en fundamento, interpretación e integración del Ordenamiento Jurídico.

a) Fundamento del Ordenamiento Jurídico

Como bien señala GONZALEZ PEREZ, los principios jurídicos no son consecuencia de las disposiciones legales, sino que “*al informar las normas del Ordenamiento, las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital*”⁽⁸⁹⁾.

En nuestro medio, RUBIO CORREA⁽⁹⁰⁾ enseña que los principios generales inspiran al legislador, ya que estos, al momento de elaborar la “ley”, usualmente toman en cuenta para el diseño normativo los principios que consideren más adecuados, y así, los introducen en el sentido de las normas.

En ese sentido, los principios jurídicos sirven de inspiración, contenido y límite al legislador, sin llegar a colisionar el orden de las fuentes normativas, ya que se encuentran muy vinculadas entre sí, manifestando los valores jurídicos – éticos de la comunidad.

b) Función interpretativa

Pues bien, dicha función presupone correctamente el deber de interpretar todas las normas jurídicas, los actos jurídicos y administrativos, así como cada una de las instituciones jurídicas de conformidad a los valores imperantes en la comunidad⁽⁹¹⁾.

Como bien afirma BELADIEZ ROJO:

“la consecuencia práctica que se deriva de atribuir esta fuerza de obligar a la “función interpretativa” es como ya se ha dicho,

(87) CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Óp. cit.: p. 36.

(88) CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Óp. cit.: p. 53.

(89) GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. Óp. cit.; p. 55.

(90) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*. Quinta Reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004; p. 310.

(91) Cfr. BELADIEZ ROJO. Margarita. Óp. cit.; pp. 151 y 152.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

que el intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquel que sea más acorde con los principios generales del Derecho; obligación que si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado. La infracción del deber jurídico de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con los principios generales del Derecho otorga al perjudicado por la incorrecta interpretación un derecho subjetivo reaccional o impugnatorio que le permite recurrir para que se reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según ordena esta fuente del Derecho”.

Siendo más precisos, y partiendo además de una connotación técnica - legislativa con relación a la función interpretativa de los principios jurídicos, RUBIO CORREA afirma que:

“Los principios generales se utilizan en casos de interpretación para llevar a cabo el método sistemático por comparación de otras normas, en la medida que la ratio legis está estrechamente emparentada a los principios; también intervienen en el método sistemático por ubicación de la norma en el sistema, porque a través de él, aclaramos el sentido normativo, entre otros medios, recurriendo a los principios generales del grupo respectivo”⁽⁹²⁾.

c) Función integradora en caso de vacío o insuficiencia de la ley y de la costumbre como fuentes del Derecho

Dicha función sin más constituye el carácter supletorio y común de los principios jurídicos. Como bien señala ESTEVE PARDO, “todos ellos son susceptibles de aplicación en defecto de normas escritas; no todos a la vez, por supuesto, sino aquel principio que por razón de la materia y circunstancias resultase aplicable al caso”⁽⁹³⁾.

De esa manera, los principios jurídicos sirven no solamente para interpretar el clausulado de los contratos de concesión, sino también para cubrir los vacíos que puedan existir, aplicándolos como derecho supletorio al caso concreto. Es claro entonces que ante el defecto del clausulado contractual

o de las normas aplicables, las partes del Contrato podrán invocar la aplicación supletoria de los principios generales de la ejecución del Contrato de Concesión, siempre de una manera ponderada y razonada, y atendiendo a la finalidad del Contrato. Ciertamente, también se podrá recurrir al derecho privado, pero el orden de prelación de las fuentes en el derecho administrativo manda a que los vacíos sean cubiertos primero con los principios públicos, y luego, en caso no existan normas o principios en el orden jurídico-público que sean de aplicación, podrá recurrirse a la aplicación del derecho privado, pero no tanto como derecho supletorio, sino como enseña CASSAGNE por vía de la *analogía*.

Utilidad de la construcción de unos principios generales de la ejecución de los contratos públicos de concesión

De acuerdo a lo expuesto, ¿cuál es la utilidad de proponer la existencia de estos principios de ejecución de los contratos de concesión?. Creemos que dicha utilidad se manifiesta en que tales principios (generales) se aplicarán como garantía al concesionario en sus relaciones contractuales con el Estado y sobre todo, configurarán tanto un camino necesario tanto para la interpretación del clausulado y texto del Contrato de Concesión, así como el límite de ejercicio de las prerrogativas y potestades con las que cuenta el Estado concedente en la ejecución de los contratos públicos de concesión. Así, la formulación de una *propuesta* de entendimiento de tales principios es necesaria, a fin de brindar un plexo jurídico que sustente teóricamente y guíe las reglas que las partes adopten en la ejecución de un contrato público de concesión.

(92) RUBIO CORREA, Marcial. *Óp. cit.*; p. 310. Asimismo, del mismo autor véase: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Primera Reimpresión Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005; pp. 70-101.

(93) ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2da. Edición. Barcelona: Marcial Pons, 2012; p. 88.



Ramón Huapaya Tapia

5. Propuesta de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP

La figura del contrato administrativo (sobre todo el de concesión) y la defensa de su “sustantividad” frente a todos aquellos contratos regulados por el Derecho Civil han sido construidas sobre las bases dogmáticas y principios del servicio público por parte de la doctrina clásica de corte continental iniciada en el siglo XIX y consolidada a mediados del siglo XX, cultivada y desarrollada en Francia y seguida por España, así como los países hispanoamericanos que han importado y recogido en mayor medida sus dogmas en ese aspecto.

Específicamente, los principios jurídicos del servicio público han sido los que contribuyeron a sentar las bases fundamentales de la teoría clásica del contrato administrativo, en orden a perfilar su régimen particular y exorbitante frente aquellos regulados por el Derecho Civil, y sobre todo, determinar los principios jurídicos y las reglas de fondo que, en su extensión, resulten aplicables a la ejecución de todos los contratos calificados como administrativos⁽⁹⁴⁾.

En ese sentido, podemos apreciar que los principios propios del servicio público⁽⁹⁵⁾ campean en la teoría clásica que explica el régimen de ejecución de los contratos administrativos, los

cuales se encuentran modulados y matizados, a efectos de inspirar y sustentar la normativa especial de la materia en un determinado ordenamiento jurídico.

Sin embargo, una teoría moderna del contrato público, aún cuando se desliga de la vieja atadura francesa del concepto amplio del servicio público, actualmente encuentra su fundamento en la función administrativa como causa-fin incorporada a todos los contratos públicos (CASSAGNE), y por tanto, serán los principios jurídicos que gobiernan el ejercicio de la función administrativa los que deberán regir la ejecución del contrato público.

De esta forma, es labor de la doctrina construir principios jurídicos básicos o fundamentos de la fase de ejecución de los contratos administrativos o públicos suscritos en ejercicio de la función administrativa. Si bien es cierto, la doctrina administrativista ha desarrollado ampliamente los principios jurídicos aplicables a la selección de los contratistas⁽⁹⁶⁾, lo mismo no ha sucedido con los principios aplicables a la fase de ejecución de los contratos públicos. Si analizamos la

(94) Toda esta exposición puede verse en JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma., 1950. Especialmente, véanse los tomos IV, V y VI que desarrollan la “teoría general de los Contratos de la Administración”. Una visión moderna del derecho francés y la influencia del criterio del servicio público en la contratación administrativa puede verse en: MORAND DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, y también en MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Días. *Contrato Administrativo*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2012.

(95) *Op. cit.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. 1era. edición. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968; pp. 221-235. Por su parte, DROMI ha señalado que los principios generales que imperan en la ejecución de los contratos administrativos, comunes a todas las clases de contrato que celebre la Administración son los de continuidad y mutabilidad. En: DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992; pp. 392-396.

(96) Sobre los principios aplicables a los procesos de selección del contratista estatal, véase, entre otros: CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. *Op. cit.*; pp. 55-62; COMADIRA, Julio Rodolfo y Héctor Jorge ESCOLA. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012; pp. 804-834; BUJ MONTERO, Mónica. “La licitación pública: Principios generales”. En: FARRANDO, Ismael (h.) - Director: *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002; pp. 79-103; ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Legis, 1999; pp. 152-162; ZUBIAUR, Carlos. “El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías”. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Director): *Derecho Administrativo*. Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998; pp. 993-1009; y, REJTMAN FARAH, Mario. *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010; pp. 35-55 y 93-210.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

teoría jurídica administrativa clásica, veremos que ésta se ha preocupado más por analizar el régimen de la incidencia de los poderes y prerrogativas del Estado en dicha fase así como las consiguientes garantías para los administrados. Sin embargo, poco se ha trabajado una propuesta de principios jurídicos de derecho administrativo que puedan sustantivar la teoría de los contratos públicos y que por tanto, primen sobre la aplicación irreflexiva de los principios y dogmas del derecho civil.

La labor no es baladí, si entendemos como lo dijo el jurista Sebastián MARTIN RETORTILLO, que “A pocas materias se les ha presentado tan aguda y vivamente el problema de su autonomía como al Derecho Administrativo, que en dos frentes ha tenido que librar – y ganar – la batalla de su reconocimiento. Por una parte, en tarea diferenciadora dentro del ámbito general del Derecho Público y del Derecho Constitucional; por otra, del mismo Derecho Civil cuya influencia estructural ha estado tutelar y generosamente presente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del Derecho Administrativo”⁽⁹⁷⁾.

Ciertamente, frente a una aplicación irreflexiva de los principios contractuales civiles a la contratación pública, entendemos y sostenemos que existirá un orden de primacía para la aplicación de las fuentes normativas en los contratos públicos, en los cuales en primer lugar, son de aplicación plena y recibo los principios jurídicos del derecho administrativo, mientras que los principios y normas del derecho serán siempre de aplicación supletoria al fenómeno contractual público. Dicho esto así, la primacía de los principios y reglas jurídicas en la ejecución de los contratos públicos será de los propios del derecho administrativo, mientras que los civiles serán aplicados en forma supletoria. Ciertamente, en caso de vacío, los principios y reglas civiles se tendrán que aplicar de forma analógica, es decir, debidamente modulados y adaptados

al fenómeno público, tal como lo señala de manera precisa el profesor CASSAGNE⁽⁹⁸⁾.

Así, conforme a nuestra propuesta y luego de la larga introducción planteada, consideramos que en la fase de ejecución de los contratos públicos, podremos identificar los siguientes principios jurídico-administrativos:

a) Principio de legalidad

El principio de legalidad constituye uno de los pilares fundamentales en el Estado Social y democrático de Derecho, en el cual las entidades de la Administración Pública y sus funcionarios se encuentran sometidos en plenitud al ordenamiento jurídico, en tal sentido, solo pueden realizar aquellas conductas que se encuentren expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico y están sometidas a cumplir las obligaciones que la ley les impone.

Lo señalado anteriormente implica que la Administración al momento de celebrar y pactar las reglas de ejecución de los contratos públicos no actúa en ejercicio de una pretendida “autonomía de la voluntad”, de la cual evidentemente carece, sino, por el contrario, con plena sujeción al principio de legalidad⁽⁹⁹⁾, debido a que en nuestro ordenamiento legal, la Administración Pública actúa con sometimiento pleno y exclusivo a la Ley y a las facultades que ésta le otorga, conforme a lo señalado en el numeral 1.1 del artículo IV de la Ley del Procedimiento

- (97) MARTIN – RETORTILLO, Sebastián. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*. 2da edición. Madrid: Civitas., 1996; p. 21. Sobre este complejo tema de las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo, también debe verse lo escrito por el profesor chileno Alejandro VERGARA BLANCO. *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010. *In totum*.
- (98) CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ma. edición. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2011; p. 95.
- (99) Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la Contratación Pública”. En: *La Contratación Pública en el horizonte de la integración europea*. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo. INAP. Madrid, 2004; pp.41-59.



Ramón Huapaya Tapia

Administrativo General (LPAG) que regula de manera positiva dicho principio. Esto, a clara diferencia de los particulares, quienes actúan conforme al principio general de libertad, contenido en el literal a) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política de 1993.

Es que la Administración Pública, cuando utiliza el Contrato, no actúa con libertad o autonomía de la voluntad, sino, todo lo contrario, únicamente sujeta al principio de legalidad. La más calificada doctrina de derecho administrativo avala lo señalado en las citas que transcribimos a continuación.

El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, José Luis MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ señala que:

“La contratación pública no es en consecuencia una manifestación de la capacidad jurídico privada de la Administración o de las personas jurídico públicas, sino una de las actuaciones que derivan de su específica capacidad jurídico-pública, por cuanto, como venimos diciendo, se realiza en ejercicio de una potestad pública determinada por el ordenamiento jurídico.

La Administración Pública cuando contrata, no lo hace en ejercicio de una libertad contractual ni es titular de ninguna autonomía de la voluntad propiamente dicha, sino que, como el ejercicio de cualquiera de sus otras potestades públicas, se encuentra positivamente vinculada o sometida al ordenamiento jurídico, en una posición jurídica que es siempre radicalmente distinta a la de los particulares (...)⁽¹⁰⁰⁾.

En la misma línea, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, Gaspar ARIÑO, señala lo siguiente:

“(…) la afirmación de que la Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones

que tenga por conveniente no es admisible en derecho administrativo sin previas matizaciones. *La voluntad de la Administración es, frente a la radical libertad (autonomía de la voluntad) que preside la contratación civil, una voluntad vinculada, de contenido “típico” en muchos casos.* Su fin – la causa del contrato – no puede ser otra que el interés público (...) *Ello no es sino la consecuencia necesaria del principio de legalidad, que preside toda la actividad de la Administración, alterando en el sentido dicho el clásico principio contractual de autonomía de la voluntad*⁽¹⁰¹⁾.

En igual sentido, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña, José Luis MEILÁN GIL, señala:

“Todos los contratos del sector público en una parte y los administrativos en su totalidad están predeterminados normativamente. *El principio de legalidad juega de una manera dominante frente a la autonomía de la voluntad*⁽¹⁰²⁾.

Por tanto, cuando se obliga por medio de contrato la Administración no puede “pactar libremente” ni tiene voluntad contractual, sino que tanto el pacto como el contenido del contrato viene definido por la norma jurídica. Al respecto, José María DE SOLAS RAFECAS señala sobre el particular “*el contenido de los contratos celebrados por la Administración... ha de ajustarse al Ordenamiento jurídico administrativo que tiene el carácter de Derecho*

(100) Cfr. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias”. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Director): Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998; p. 957.

(101) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar: “El contrato administrativo en el derecho español”. En: Revista de Derecho Administrativo y Fiscal. Volumen IX. No. 25-26. Enero - Agosto 1970; p.73.

(102) Cfr. MEILÁN GIL, José Luis: Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos. En: Revista DERECHO PUCP. No. 66. Lima, PUCP, 2011; pp. 231 y 232.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

necesario (de “ius cogens”) o imperativo, salvo que del mismo precepto legal se deduzca lo contrario”⁽¹⁰³⁾.

En dicho sentido, las potestades y prerrogativas de la administración en la ejecución contractual deben regirse específicamente por el bloque de legalidad a la que están sujetas en su incidencia en la relación contractual estatal. Aún cuando se pacten las prerrogativas o potestades, su ejercicio debe estar acorde a la Ley (y demás normas aplicables), al Derecho y a las reglas específicas aplicables a cada contrato (bases, documentos preparatorios, circulares, entre otros).

b) Pacta Sunt Servanda de aplicación razonada y ponderada.

Los contratos de concesión particularmente se rigen por el respeto de la palabra empeñada. Aún cuando reconocemos que en su evolución histórica, los contratos administrativos se han forjado bajo la idea de supremacía y prerrogativas de la Administración para variar o modificar dichos contratos, los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP se rigen por el respeto de la palabra empeñada o el denominado *pacta sunt servanda*, aún cuando también respetando el carácter conmutativo⁽¹⁰⁴⁾ de los contratos públicos. BLANQUER señala al respecto que “...en el ámbito del Derecho Administrativo se aminora la rigidez del *pacta sunt servanda*. La satisfacción del interés general tiene primacía sobre la incondicionada fidelidad a lo pactado, y explica que las normas introduzcan distintas dosis de ductilidad o elasticidad en el puro respeto y estricto cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Por tanto, se trata de analizar la tensión dialéctica entre la justicia y la seguridad jurídica del *pacta sunt servanda*; debe ponderarse la justicia colectiva representada por la satisfacción del interés general, pero también la justicia conmutativa para los intereses individuales de las partes del contrato”⁽¹⁰⁵⁾.

Precisamente, lo que argumenta la doctrina clásica del contrato administrativo es que el *pacta sunt servanda* en éstos contratos aminora frente al *ius variandi*. Sin embargo, en los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP la regla es distinta. Como ya hemos visto, en estos contratos el *ius variandi* está limitado y en principio rige el *pacta sunt servanda*: las partes deben respetar y cumplir el contrato público de concesión de acuerdo a las reglas contenidas en el mismo, a las Bases y documentación previa elaborada bajo el proceso de selección del concesionario.

No obstante ello, es posible modificar de forma paccionada los contratos de concesión, siempre y cuando se respeten los criterios establecidos en el artículo 33° del TUO, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) la naturaleza de la concesión;
- b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
- c) el equilibrio financiero para ambas partes”

Evidentemente, el TUO marca la pauta de una decisión conjunta de las partes para

(103) Cfr. DE SOLAS RAFECAS, José María: Comentario al artículo 4. En: ARIÑO Y ASOCIADOS. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo I. El Sistema Contractual Administrativo. Granada: Editorial Comares, 2002; p. 258.

(104) Sobre dicho carácter, véase: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: “El carácter conmutativo y por regla sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Año 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. Disponible en web: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=issue&op=view&path%5B%5D=279>. Página web consultada el 09 de agosto de 2013.

(105) BLANQUER CRIADO, David. “Pacta sunt servanda”. En: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Director). *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley - Wolters Kluwers, 2010; p. 115.



Ramón Huapaya Tapia

modificar el contrato. Dicho de otro modo, se reconoce el *ius variandi*, pero no como un poder unilateral como lo afirma clásicamente la doctrina que informa la figura de los contratos administrativos de concesión, sino, por el contrario como un poder modificatorio sujeto al acuerdo de partes, es decir, no como una potestad, sino como un derecho subjetivo de ambas partes del contrato de concesión. Sin embargo, la modificación tiene sus límites, fijados precisamente en las pautas señaladas en el referido artículo 33°.

Ahora bien, si bien es cierto, la regla *pacta sunt servanda* rige en los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP, no es menos cierto que también dicho régimen permite la modificación razonable de los contratos, en forma ponderada, siempre y cuando se respete *en lo posible* la naturaleza de la concesión, las condiciones técnicas y económicas convenidas y también el equilibrio económico. Es decir, la modificación convenida en forma razonada y ponderada (tanto del interés público representado por el Concedente como de los intereses privados del concesionario) es posible, con lo cual se atenúa el *pacta sunt servanda*, en los términos señalados por BLANQUER.

Finalmente, no debe dejar de llamar la atención la absurda limitación temporal a la modificación de los contratos de concesión bajo el régimen PIP contenida en el artículo 9.2 del Reglamento de la Ley de APPs, el mismo que dispone lo siguiente:

“9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes”

Se ha señalado que una justificación para esta limitación (la misma que no está fijada en Ley, sino en un mero reglamento), es evitar las denominadas “ofertas temerarias”, que es el caso en el cual un participante en las licitaciones previas a la adjudicación de una concesión brinda una oferta económica especialmente baja para llegar a obtener el contrato, para luego, una vez firmado el mismo, solicitar la modificación de sus condiciones para obtener por vía de renegociación mejores condiciones contractuales. Sin embargo, la solución para este malhadado fenómeno no está en prohibir las adendas o modificaciones contractuales en los tres primeros años de las concesiones, sino, por el contrario, en fijar mejores factores de competencia en la selección de los concesionarios y además, fijar fórmulas de evaluación y de incentivos para que éstos compitan efectivamente y así evitar las propuestas temerarias.

Sin embargo, más allá de dicha torpe justificación⁽¹⁰⁶⁾, lo cierto es que consideramos que dicha restricción es absurda, ya que se niega la posibilidad modificatoria, pero a continuación se permite para subsanar errores materiales, posibilitar el financiamiento del contrato (parte financiera-bancaria) y para “precisar aspectos operativos”, con lo cual, en los hechos, los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP si pueden ser modificados en los tres primeros años siguientes a su suscripción, siempre y cuando las modificaciones propuestas estén dentro de las causales establecidas en el referido artículo 9.2 del Reglamento de la Ley de APPs.

Por tanto, juzgamos irrazonable la restricción, la misma que por ejemplo no contempla supuestos distintos, tales como por ejemplo, la necesidad de modificar los contratos por fuerza mayor en la etapa constructiva de la concesión, o por ejemplo, de modificar los

(106) Que hace recordar una gráfica expresión: “es tan irrazonable como matar moscas a balazos”.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

calendarios de ejecución de la construcción debido a retrasos imputables al propio Estado concedente o sus dependencias. Por ejemplo, la ruta de una concesión de gasoductos que debe ser modificada debido a que la ruta determinada en los estudios técnicos no contempló un movimiento de tierras o un predio ocupado por habitantes, entre un largo etcétera de razones técnicas atendibles, las cuales peor aún, pueden darse en el medio de una fase constructiva.

El error del Reglamento de la Ley de APPs es pensar que restringiendo las causales de modificación se evitarán las propuestas temerarias, pero, efectivamente, terminan generando problemas a una de las etapas más álgidas del contrato de concesión que es la fase constructiva. Por tanto, sería recomendable modificar esta norma, ya que debido a su aplicación actualmente muchos contratos públicos contienen esta irrazonable restricción, la misma que genera varios problemas e inclusive gastos arbitrables al Estado Peruano, por causa de una regulación deficiente y poco clara en esta materia.

Por último, lo que importa finalmente es afirmar que el *pacta sunt servanda* será un principio básico de la ejecución de los contratos públicos de concesión, pero dicho principio debe ser aplicado razonablemente, y asimismo, permitir la elasticidad necesaria para las modificaciones de las concesiones, siempre y cuando medien causas aconsejables y recomendables para satisfacer a la par, tanto el interés público como los intereses de las partes contratantes.

c) Principio de Buena Fe

El principio de Buena Fe se encuentra existente en toda relación jurídica y demanda conductas leales y honestas como garantía de la confianza y seguridad en los negocios, los cuales se extienden imperativamente en materia de contratación estatal, en lo relativo a la fase de ejecución

contractual y, por tanto al cumplimiento de las obligaciones de los contratos públicos de concesión. Asimismo, este Principio General del Derecho a la par informa el ordenamiento jurídico y sirve por lo tanto, para la tarea interpretativa y cumple también una función integradora con las normas positivas⁽¹⁰⁷⁾.

En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio general de buena fe se torna aún más intenso que en las relaciones jurídicas entre los privados, adquiriendo especial relevancia sobre todo en la ejecución contractual, ya que tiene como trasfondo principal la satisfacción del interés público o las necesidades públicas comprometidas⁽¹⁰⁸⁾.

A consecuencia de la situación del contratista como colaborador en la realización de fines de interés público, se le exige a éste el máximo esfuerzo y diligencia en su ejecución ya que las técnicas de apoyo previstas a su favor, tales como la imprevisión, revisión de precios y prórrogas, exigen como contrapartida su puntual y continuado cumplimiento⁽¹⁰⁹⁾, sin embargo, debemos indicar que la aplicación de la buena fe y la máxima diligencia exigida no solo se limita al ámbito de actuación exclusiva de la parte privada en la relación contractual, sino que se extiende necesariamente también al propio Estado o Administración Pública concedente, cuya interacción con su contraparte privada derivada de los efectos propios de la relación contractual, inciden directamente en el cauce de la ejecución del contrato, para lo cual se le exige también

(107) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Óp. cit.; p. 99. Cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; pp. 46-51. Asimismo, recomendamos la lectura para ahondar con el tema: LEON HILARIO, Leysser. *La Buena Fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*. En: Themis. Segunda época. No. 49. Lima, 2004; pp. 127-152.

(108) Para un mayor alcance y desarrollo del Principio General de Buena Fe en el Derecho Administrativo y sus distintas manifestaciones que ello implica en dicho ámbito, véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1999.

(109) ARIÑO, Gaspar. *Teoría del equivalente...* Óp. cit.; p. 233.



Ramón Huapaya Tapia

la mayor diligencia en torno a sus deberes y obligaciones pactadas, así como en el uso de sus atribuciones, facultades y prerrogativas de poder público a lo largo de toda su duración.

En esa línea, SAINZ MORENO ha señalado válidamente que:

“La posición preeminente de la Administración es una posición de servicio a la comunidad. Siendo esto así, el lugar que la Administración ocupa no solo no excluye la aplicación del principio de la buena fe sino que exige su máxima vigencia. Es legítimo que el ciudadano confíe en la Administración y que la Administración confíe en el ciudadano”⁽¹¹⁰⁾. De la misma manera, GONZALEZ PEREZ ha dicho que, “La aplicación del principio no puede ser más general. Todas las personas -y también la Administración pública- deben comportarse de buena fe en sus relaciones, en todas sus relaciones y en todas las fases de la vida de las relaciones: nacimiento, desenvolvimiento y extinción”⁽¹¹¹⁾.

Entonces, la buena fe del administrado frente a la Administración:

“consiste en la legítima confianza de que ésta no va ejercitar sus derechos y prerrogativas más allá del límite trazado por las exigencias del interés general -no del interés de la Administración como tal, ni tampoco del mero interés en la legalidad- y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico. La posición institucional de la Administración hace legítima la confianza del ciudadano en que su honesta relación con la Administración no solo le va ocasionar daño innecesario no injustificado sino va a recibir de la Administración la “ayuda, enseñanza, y explicación” que evitan ese daño”. Por otro lado, la buena fe de la Administración frente al ciudadano, “consiste en la legítima confianza de que éste no solo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración (...), sino que

tampoco va a “utilizar” a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano (...)”⁽¹¹²⁾.

Entonces, válidamente podemos aplicar lo prescrito en el artículo 1362 del Código Civil peruano que establece que, “*los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”, norma que es de aplicación genérica a todo tipo de contrato, sea público o privado, una verdadera norma general del ordenamiento jurídico contractual. En ese sentido, la Buena Fe, tal como hemos expuesto responde a una corriente según la cual se convierten en verdaderas normas legales que connotan principios éticos de conducta⁽¹¹³⁾.

En ese sentido, podemos adelantar desde ya que toda solicitud de renegociación o modificación y suspensión del contrato, la interpretación del contrato, el análisis o supervisión del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales, las condiciones para el restablecimiento del equilibrio económico – financiero, entre otras, deberán ser analizadas en el marco de la buena fe y la común intención de las partes, a efectos de lograr la satisfacción del interés colectivo. De la misma manera, el Estado o la Administración Pública al momento de ejecutar las cláusulas exorbitantes no deberán romper o quebrantar las expectativas legítimas de su colaborador privado imponiéndoles cargas,

(110) SAINZ MORENO, Fernando. “Buena fe en las relaciones de la administración con los administrados”. En: *Revista de Administración Pública*. No. 89, mayo-agosto 1979. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1979; p. 311.

(111) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Óp. cit.*; pp. 117 y 118.

(112) *Ibidem*. De la misma manera, en torno a la Buena Fe del Administración frente al administrado, GONZALEZ PEREZ ha señalado que conllevará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados. En: GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Óp. cit.*; pp. 91 y 92.

(113) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Óp. cit.*; p. 21.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

trabas u obligaciones que van más allá de la confianza legítima que el mismo sostuvo al contratar⁽¹¹⁴⁾.

d) Principio de Razonabilidad

El Principio de Razonabilidad encuentra sus bases dogmáticas en el Derecho Administrativo Económico, el cual constituye uno de los principios jurídicos del Poder de Policía (como técnica de intervención Pública) limitando los actos de poder de la Administración en las interacciones con los administrados.

Este principio, muestra un imperativo de primer orden en toda limitación administrativa es que ésta debe ser razonable. Razonabilidad como expresión de “debido proceso sustantivo”⁽¹¹⁵⁾. La razonabilidad tiene dos componentes⁽¹¹⁶⁾: 1) Proporcionalidad: que exige una adecuación cuantitativa entre la finalidad perseguida por la limitación y las facultades que a tal efecto se le confieran a la Administración, de modo que queda vedado de conferir a aquélla poderes materialmente innecesarios para lograr los fines que se propone. 2) *Favor libertatis*: Las limitaciones a las libertades individuales deben exigir el mínimo de sacrificio con el máximo de los resultados.

En efecto, debemos indicar que el principio de razonabilidad encuentra su correlación con el Principio de Legalidad, en la medida que toda intervención del Estado o la Administración Pública que lesione, modifique la esfera de los administrados no solo requiere de una base legal, sino que el contenido material de las normas interventoras sean afectados lo menos posible. En ese sentido, podemos afirmar que la intromisión estatal es constitucional, es decir, legítima en tanto sea indispensable para una razonable y proporcional protección del interés público comprometido.

Aunado a ello, el Principio de Razonabilidad obedece a que las leyes y normas del ordenamiento jurídico, incluso los actos administrativos, requieren para su validez haber sido promulgados por órganos competentes, mediando el debido procedimiento y ser contrapuestos con los principios y derechos

fundamentales plasmados en la Constitución, tanto en los criterios formal y material, como la seguridad, protección a la libertad de empresa (seguridades y libertades), etc. En ese sentido, el Principio de Razonabilidad procura que las normas jurídicas y su respectiva aplicación por parte de los funcionarios públicos no sean irracionales ni arbitrarias, sino que los medios empleados posean una relación concreta con su finalidad (vale decir, que toda actuación limitativa sea proporcionada).

En ese orden de ideas, en materia de contratación pública el Principio de Razonabilidad encuentra su vertiente y campo de acción principal en la adecuación al ejercicio de las potestades y prerrogativas que se encuentren establecidos en el ordenamiento jurídico, que guardan caracteres de “poder” y actuaciones unilaterales en detrimento de las obligaciones, deberes y derechos de la parte co-contratante. En ese sentido, (cuando sea legalmente posible) el ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración concedente deben encontrarse debidamente fundadas y configuradas bajo el principio general de la razonabilidad, con lo cual el motivo o la causa que inspire su aplicación encuentre como núcleo de argumentación el interés público protegido, pero aplicado *razonablemente*, toda vez que dicho acto de aplicación siempre comportará una limitación o detrimento de los derechos del co-contratante.

De otro lado, corresponde también un importante campo de aplicación para el principio de razonabilidad en el ámbito de

(114) Cfr. CHIBAN, Nora. “Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos”. En: *Cuestiones de Contratos Administrativo. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones RaP, 2007; pp. 539-546. Especialmente, pp. 545 y 546.

(115) Sobre el tema, vale la referencia al clásico trabajo de LINARES, Juan Francisco: *Razonabilidad de las leyes*. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. 2da. edición actualizada. 3era reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2010.

(116) CANDIA, Fabián Omar. “Régimen Jurídico de la Actividad de Policía”. En: *AAVV. Policía, Fomento y Servicios Públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho*. Ediciones RAP. 2da. Edición Buenos Aires, 2005; pp. 123-148.



Ramón Huapaya Tapia

la denominada “potestad sancionadora contractual” de la Administración Pública⁽¹¹⁷⁾. Si bien es cierto, esta potestad “sancionadora” (que para algunos abarca tanto el régimen de sanciones rescisorias del derecho contractual y también las penalidades pecuniarias, lo cual está sujeto a discusión, ya que en algunos casos dicha potestad estará regulada contractualmente y en otros casos surgirá del ordenamiento jurídico, con lo cual se regirá por los principios propios del derecho administrativo sancionador unilateral) estará presente en la gran mayoría de contratos públicos, su ejercicio debe responder siempre al principio de razonabilidad como fundamento último de su aplicación. Por tanto, no será razonable la imposición de penas contractuales o de sanciones rescisorias o de caducidad de los contratos públicos si es que no se observa la razonabilidad en la adopción de la referida decisión por parte de la Administración concedente.

En tal sentido, el principio de razonabilidad extiende y justifica la legitimidad de la actuación administrativa mediante el justo, adecuado y razonable ejercicio de las potestades regidas por el ordenamiento jurídico, plasmando en dicha ejecución los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que sustentan el ejercicio razonado y justificado de dichos poderes.

e) Principio de Continuidad de la Ejecución

La doctrina ha considerado al Principio de Continuidad de la Ejecución que se traduce o plasma como prerrogativa o potestad pública de la Administración contratante, su fundamento o base de este precepto se encuentra en función al interés público que reviste la contratación estatal. *Por consiguiente, “esta prerrogativa de continuidad es justificada en la superioridad del fin público del contrato y en la subordinación jurídica del cocontratante a ese fin”*⁽¹¹⁸⁾.

En tal sentido se desprende de dicha premisa la exigencia al co-contratante en preservar y mantener la continuación de la ejecución del contrato, incluso si se presentase dificultades

o inconvenientes que puedan mermar la continuidad. Este es el rasgo fundamental que singulariza este principio, toda vez que “*cualquier excepción a ello será interpretada en forma absolutamente restrictiva*”⁽¹¹⁹⁾.

En líneas generales, MARTINEZ señala que la doctrina sostiene los siguientes fundamentos del Principio de Continuidad: 1) el cumplimiento y satisfacción del interés público, 2) la subordinación jurídica en que se encuentra el cocontratante frente a la Administración y 3) el rol de colaborador que asume el contratista particular en este tipo de contrataciones. Sobre el último fundamento, con relación al rol de colaborador que asume el contratista particular, se ha señalado que éste “debe aportar en todo momento su esfuerzo para que se alcance la finalidad del contrato, alcanzando su objeto, y participando del interés que tiene la Administración en asegurar sus actividades, la prestación de los servicios y los intereses generales que están comprometidos”⁽¹²⁰⁾.

Sin embargo, resaltan las críticas a este principio en la medida que el mismo no es considerado un principio de la contratación pública que se traduce en una prerrogativa. En tal sentido, MARTINEZ concluye manifestándose en contra de este principio, en la medida que no está convencido de que realmente exista tal potestad o prerrogativa de continuidad en los contratos administrativos. De esta manera, señala:

“que el particular sea considerado un colaborador de la Administración general del interés público no la hace sin más el

(117) Sobre el tema, FARRANDO (h.), Ismael: “Sanciones Contractuales”. En: FARRANDO (h.), Ismael (Director): *Contratos Administrativos. Óp. cit.*; pp. 567-585, y, ESCOBAR GIL, Rodrigo: *Teoría General... Óp. cit.*; pp. 345-396.

(118) PEREZ HUALDE, Fernando. *Contratos administrativos: Versión crítica. Óp. cit.*; pp.447 y 448.

(119) *Ibidem.*; p. 448.

(120) MARTINEZ, Armando Héctor. *¿Continuidad o suspensión de la ejecución? Contratos Administrativos*. En: Ismael Farrando (h) (Director). Buenos Aires: Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2002; pp. 460-470. Sin embargo, el referido autor, concluye con su trabajo que no se encuentra convencido de que exista tal prerrogativa. Así, concluye que la responsabilidad por la satisfacción del interés público en el marco del contrato administrativo de que se trate, fundamento que se esgrime a favor de la aplicación del principio de continuidad, no es responsabilidad del contratista particular sino exclusivamente del Estado.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

responsable, no siquiera corresponsable. El particular colabora con la Administración movido por su propio interés y en la medida en que se encuentra obligado por contrato. Por ello, si el particular cumple con el tiempo y forma con la prestación convenida y, no obstante, no se satisface el interés público comprometido, la responsabilidad recaerá sin más en la Administración. No deben confundirse los roles no las funciones de las partes de un contrato administrativo⁽¹²¹⁾.

Sin embargo, el profesor ESCOLA en líneas generales en relación a la aplicación del referido principio en la contratación estatal, ha señalado ya algún tiempo que:

“Si el contrato administrativo se celebró en mira a la satisfacción de un interés público, es natural que ese interés público deba ser alcanzado, sin que haya causa alguna que permita interrumpir las prestaciones convenidas, con lo que el principio de continuidad en la ejecución aparece como de validez casi absoluta, pues solo cede en aquellos casos en que el cumplimiento del contrato se ha hecho imposible, o razonablemente imposible, como ocurre en los casos de fuerza mayor o cuando el justo equilibrio de la relación económica-financiera se ha quebrado en forma muy grave e irreversible”⁽¹²²⁾.

En tal sentido, el principio de continuidad exige que el concesionario preste el servicio, salvo cuando dicha prestación se convierte en irrazonable o perjudicial en extremo para el propio concesionario. En atención a ello, cuando el concesionario-contratante interrumpe o suspende la ejecución de sus prestaciones afectando el principio de continuidad (siempre y cuando tenga la justificación correspondiente para ello) la Administración concedente deberá tomar las acciones o medidas necesarias contractuales para que no se encuentre afectado el interés público comprometido en el contrato. Sin embargo, debemos advertir que en caso de amenaza de afectación a la continuidad de la ejecución de los contratos, las partes (tanto Concedente como concesionario) deberán agotar los mecanismos contractuales y convencionales a fin de revertir la situación y volver al normal desenvolvimiento del objeto contractual, mediante la negociación de adendas o mediante la renegociación del contrato público.

(121) *Ibidem.*; 469.

(122) ESCOLA. Héctor Jorge. *El Interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989; p.169.

(123) Cfr. MARTINEZ, Armando: *¿Continuidad...? Óp. cit.*; pp. 461-471

Lo cierto es que, al margen de que exista o no una contraposición de intereses correspondientes a ambas partes, lo que no se puede discutir es la afectación al interés público que podría verse afectado por el rompimiento de la continuidad de la prestación objeto del Contrato público de concesión, con lo cual consideramos que un principio que rige la ejecución de estos contratos será el de continuidad ya citado, el cual sin embargo cederá cuando el concesionario se encuentre en una situación en la cual razonablemente no pueda cumplir con sus obligaciones debido a inacción o falta de colaboración del Estado, o, como lo señala ESCOLA, en *“aquellos casos en que el cumplimiento del contrato se ha hecho imposible, o razonablemente imposible, como ocurre en los casos de fuerza mayor o cuando el justo equilibrio de la relación económica-financiera se ha quebrado en forma muy grave e irreversible”*.

f) Principio de aplicación razonada de la “Exceptio non adimpleti contractus”

Este principio correspondiente al Derecho Civil, tiene como rasgo elemental que en todo contrato conmutativo y de prestaciones recíprocas, las obligaciones correspondientes a cada de las partes son correlativas de las que han sido atribuidas a la otra parte, en la medida que cualquiera de ellas no puede exigir el cumplimiento de las que correspondan a su contratante, sin que haya cumplido primero la que le corresponda.

En la doctrina administrativa⁽¹²³⁾ se ha debatido la aplicación de la excepción de contrato incumplido en la contratación pública, específicamente si el co-contratante debe o no soportar la mora de la Administración Pública concedente y continuar con la prestación a su cargo o suspenderlo.



Ramón Huapaya Tapia

En efecto, hay autores como ESCOLA, que en principio, niegan la posibilidad de invocar dicho principio frente a la Administración Pública contratante o concedente, *“la no aplicabilidad de dicha exceptio a los contratos administrativos se basa en la consideración de que, siendo concertados los contratos administrativos para alcanzar la satisfacción de un interés público, el cocontratante particular no puede oponer su interés privado para dejar de cumplir, lisa y simplemente, aquello que el interés público requiere o exige, por el mero incumplimiento en que haya incurrido la administración”*⁽¹²⁴⁾.

Por otro lado, la postura de CASSAGNE, apoyado por las citas a MARIENHOFF en relación a la regla de la buena fe en los contratos, admite la invocación del referido principio, alegando que *“La procedencia de citada exceptio constituye regla general y se sustenta en un principio de justicia sobre este principio, en el principio de buena fe que exige como se ha dicho, no solo que los contratos deben celebrarse con arreglo a dicho principio y para ser cumplidos, sino que también han de interpretarse y ejecutarse de buena fe, conforme a lo que las partes entendieron o pudieron entender actuando con cuidado y previsión”*⁽¹²⁵⁾.

Por lo tanto, somos de la opinión que la invocación del principio bajo comentario es viable, toda vez que en un régimen de seguridad jurídica y habiéndose diversificado los riesgos contractuales, no es admisible que los contratistas o concesionarios tengan que soportar la mora o el incumplimiento de la Administración Pública contratante. Asimismo, partiendo de las ideas del profesor CASSAGNE, tanto el contratista, concesionario y la propia Administración Pública, antes de la perfección del contrato conocen los términos, obligaciones y deberes del contrato, plasmados en las bases o pliegos generales de contratación. De la misma manera, antes de que se efectúe el procedimiento de adjudicación, la Administración Pública conoce perfectamente cuál es el presupuesto asignado (por ejemplo para el caso de los cofinanciamientos) y los límites a la contratación.

No obstante ello, se ha afirmado una restricción a la invocación de dicho principio en los contratos de concesión de servicios públicos, puesto que, como indica ESCOLA, el interés público que trasciende lo pactado en el contrato coloca en primacía el cumplimiento de la finalidad pública inmediata cuando

ésta finalidad se encuentra directamente vinculada a la prestación de un servicio público. Sin embargo, como el propio autor lo señala (en la cita colocada líneas atrás), si se puede invocar válidamente la *exceptio* cuando *el cumplimiento del contrato se ha hecho imposible, o razonablemente imposible, como ocurre en los casos de fuerza mayor o cuando el justo equilibrio de la relación económica-financiera se ha quebrado en forma muy grave e irreversible*. Agregamos nosotros que la *exceptio* también puede ser invocada cuando medie incumplimiento grave de las obligaciones del Estado con el concesionario, incumplimiento que también puede dar lugar a la resolución de los contratos por incumplimiento del Concedente.

Al respecto, consideramos que para todos los casos en la contratación pública (y particularmente en el supuesto de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP), en el caso que se llegase a invoque el principio, la aplicación de esta excepción deberá guardar razonabilidad y proporcionalidad con el incumplimiento del Concedente.

g) Principio de Mutabilidad

Tal como ya se expuso en los acápites anteriores, tradicionalmente se ha señalado que el Principio de Mutabilidad consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública contratante en modificar, en forma unilateral, los términos del contrato ya celebrado, afectando su cumplimiento y, variando las prestaciones y obligaciones debidas por el co-contratante⁽¹²⁶⁾. Clásicamente ha sido considerada potestad o prerrogativa exorbitante del derecho privado y, por regla general, será aplicable al contrato público en cuanto tenga sustento en el sistema normativo correspondiente. Sin embargo, como ya hemos visto, en el caso de los contratos

(124) ESCOLA. *Óp. cit.*; p. 178.

(125) CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. *Óp. cit.*; pp. 35 y 36.

(126) ESCOLA. *Óp. cit.*; pp. 171 y 172.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

públicos de concesión sujetos al régimen PIP rige una mutabilidad limitada, sujeta al acuerdo de partes conforme al artículo 33° del TUO y las disposiciones temporales contenidas en el artículo 9.2 del Reglamento de la Ley de APPs.

En esencia, si el contrato de concesión ha sido celebrado para concurrir a la obtención del interés público, es natural que su para que si ello se requiera la mutabilidad de las prestaciones originariamente pactadas, esa mutabilidad es admisible y procedente, pues lo contrario implicaría mantener un contrato que ya no sirve al interés público y por la tanto carece de razón de ser.

Adicionalmente, nosotros creemos que la mutabilidad debe ser entendida de una forma complementaria. Ciertamente, consideramos que más allá de consideraciones jurídicas, todo contrato de concesión implica un proyecto de largo plazo, que contiene una ecuación económica que hace viable la cuantiosa inversión que generalmente está a cargo del concesionario. Por ello, este contrato es básicamente un instrumento de asignación y mitigación de riesgos para viabilizar la ejecución de compromisos de largo plazo como lo son la construcción de infraestructura para la prestación de un servicio público o la construcción, mejora o reparación de una obra pública de infraestructura.

Ahora bien, en una lógica de intercambio y colaboración contractual, si bien es cierto las concesiones otorgadas bajo el régimen PIP peruano son esencialmente estables y vienen predefinidas por las variables técnicas y económicas fijadas en las bases y documentación emitida por el concedente en forma previa a la suscripción del contrato, no cabe duda que el proyecto o programa en que consiste el Contrato público de concesión puede mutar o variar durante su ejecución. Nos explicamos. En muchos casos a veces es necesario diferir o variar las condiciones o plazo de ejecución de ciertas prestaciones acordadas en los contratos de concesión, sea porque ya no son rentables o útiles, o por circunstancias técnicas o económicas, acordadas por las partes. Es en dicho sentido que debe entenderse la mutabilidad o flexibilidad del contrato público de concesión, en la medida que este último es un acuerdo de colaboración para el cumplimiento de los fines públicos que son la prestación de un servicio

público o la ejecución de una obra pública de infraestructura. Por tanto, si en el camino de ejecución del contrato se hace necesario modificarlo o variarlo, el Contrato Público debe regirse por esta regla de la mutabilidad, pero siempre respetando y teniendo en consideración que en nuestro ordenamiento la mutabilidad no puede ser invocada en forma unilateral por el Estado, sino que debe ser ejercida en forma paccionada y sobre todo, transparente. Justamente, esta es la intención de las reglas establecidas en el artículo 33° del TUO, cuando regulan y permiten la modificación por conveniencia de las partes de los contratos públicos de concesión, en la línea de lo ya expuesto líneas arriba. Sin embargo, como también ya hemos explicado anteriormente, existe una irracional limitación temporal a la modificación de los Contratos de Concesión bajo el régimen PIP merced al artículo 9.2 del Reglamento de la Ley de APPs.

h) Principio de Mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero

Se parte de la premisa en que una vez que los contratos públicos quedan perfeccionados existe una adecuada equivalencia económica entre las prestaciones que el contratante particular se ha comprometido en satisfacer y por el precio o retribución que el Estado, actuando mediante Concedente o Contratante, se compromete a realizar.

En los contratos de larga duración, como los contratos públicos de concesión, la relación jurídica puede ser afectada por diversas situaciones que ocasionen un desequilibrio económico financiero del contrato en detrimento de las partes. Efectivamente, el desequilibrio económico puede originarse por las siguientes causales⁽¹²⁷⁾: (i) *Ius variandi*

(127) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. 1era. edición. Madrid: Institutos de Estudios Administrativos, 1968; pp. 3-12. Cfr. Del mismo autor, "El equilibrio financiero del contrato administrativo". En: Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación Pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; pp. 725-746. También véase RODRIGUEZ, Libardo: *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Segunda edición. Prólogo de Juan Carlos CASSAGNE. Bogotá: Editorial Temis, 2012.



Ramón Huapaya Tapia

por parte del Estado, (ii) Hecho del príncipe o de tercero, (iii) Variación de costos que pueden originar la modificación de la onerosidad de las prestaciones, (iv) Aplicación de la Teoría de la Imprevisión y (v) Fuerza Mayor, la cual constituyen alteraciones provocadas por circunstancias ajenas a las partes y que resulten extraordinarias, imprevistas, o sobrevinientes que tornen excesivamente en onerosas las prestaciones.

Aunado a ello, la doctrina señala que el mantenimiento del equilibrio económico financiero, típica institución de la contratación administrativa, a lo largo de la fase de ejecución contractual, constituyen para ambas partes de la relación un derecho subjetivo que debe ser reconocido debido a que integra su derecho de propiedad en el sentido constitucional del término⁽¹²⁸⁾.

Tal como ya ha sido adelantado, ejercicio que le corresponde a las partes para restablecer o mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, se podrán realizar mediante compensaciones a los desequilibrios que puedan generarse, o efectuando los reajustes (revisión o reajustes de precios) que sean necesarios para evitar resultados indebidos o ganancias improcedentes. A estas medidas se les denomina “instrumentos contractuales” para hacer efectivo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero, mediante la estipulación de diversas cláusulas que tienen por finalidad neutralizar o mitigar los efectos de los hechos o circunstancias que puedan alterar las condiciones inicialmente pactadas y afectar la economía del contrato⁽¹²⁹⁾.

No obstante ello debemos precisar que los “instrumentos contractuales” para mantener o restablecer el equilibrio económico financiero en los contratos públicos, dependerán del clausulado correspondiente y del ordenamiento jurídico correspondiente.

En ese sentido, en el derecho peruano los instrumentos de restablecimiento del equilibrio económico revisten un

carácter peculiar, toda vez que dentro de las cláusulas que regulan el régimen del equilibrio económico financiero en los contratos públicos de concesión es donde encontraremos la regulación de las causales que pueden ocasionar la ruptura del principio del equilibrio económico financiero de los contratos de concesión, así como los procedimientos, criterios de evaluación y medidas para reestablecerlo⁽¹³⁰⁾.

En dicha línea, el régimen legal de PIP en concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el Perú, no desarrolla los alcances del Principio del Equilibrio Económico Financiero, pero sí señala en el artículo 33 del TUO que, cuando resultara conveniente modificar la concesión, las partes deberán respetar, entre otros factores, el *equilibrio económico* para ambas partes. Esta norma, refleja entonces que de manera implícita, existe la preocupación que subyace al régimen jurídico de los contratos de concesión PIP que permite afirmar que el principio general del equilibrio económico-financiero rige en todos estos contratos de concesión, principio generalizado además por la práctica administrativa consistente de las concesiones licitadas por PROINVERSION y los demás OPIPs (Organismos Promotores de la Inversión Privada).

Asimismo, conviene prestar atención a que el Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, aprobado por Decreto Supremo No. 146-2008-EF, ha establecido como única causal de ruptura del Equilibrio Económico Financiero a los cambios en las leyes⁽¹³¹⁾, en

(128) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Lizardo. *El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. 1era. edición. Bogotá: Editorial Temis, 2009; pp. 26 -32.

(129) *Ibidem.*; pp. 181.

(130) CORNEJO, René. “Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público”. En: Themis. Segunda época. No. 52. Lima, 2006; pp. 226 y 227.

Cfr. RUIZ DIAZ, Gonzalo y GARCIA GODOS, Christy. “Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales”. En. Themis. Segunda época. No. 52. Lima, 2006; pp. 250-253.

(131) Obviamente dicha norma aplicará únicamente para contratos celebrados luego de la vigencia de la misma, y no afecta la validez de cláusulas más amplias de equilibrio económico-financiero presentes en contratos celebrados antes de su vigencia.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

la medida que esta situación tengan incidencia directa con los aspectos económicos y financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista privado o concesionario⁽¹³²⁾.

En ese sentido, al menos en lo que respecta a la normativa de APP's en el Perú, se ha limitado erróneamente las condiciones generales para la procedencia de la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero y, por ende, su restablecimiento, contexto en cual consideramos que dicha limitación genera incertidumbre a los inversionistas privados.

Sin embargo, esperemos que las cláusulas específicas de los contratos públicos de concesión que se establezcan por acuerdo entre partes para compensar los desequilibrios o alteraciones del contrato de concesión en el derecho peruano, reconozcan efectivamente que una determinada alteración (que va más allá del mero cambio de normas) en las condiciones en que se pactaron las obligaciones contractuales le generan mayores costos que no está en el deber jurídico de soportar y por lo tanto deben ser compensados⁽¹³³⁾. Asimismo, aún cuando la norma contenida en el Reglamento de la Ley de APPs acote el alcance de los contratos de concesión suscritos a partir de su vigencia, concordamos con LINARES JARA cuando señala, refiriéndose a la falta de regulación normativa del principio de equilibrio económico-financiero, que *“es posible su utilización vía el principio de respeto a la propiedad y el antes acotado de igualdad ante las cargas*

públicas, principio este último que –aunque indirectamente- se encuentra reconocido en la Constitución”⁽¹³⁴⁾.

i) Principio del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la contratación pública

El sistema de contratación pública, y en particular los contratos de concesión sujetos al régimen PIP aceptan al arbitraje como regla general para la solución de controversias que surgen de la ejecución de los contratos e inclusive constituye mecanismo de garantía para los inversionistas en virtud a lo prescrito en los artículos 62 y 63 de la Constitución Política del Perú.

No obstante ello, reconocemos que en este punto existen diferencias y discusiones dogmáticas e relación a los alcances del arbitraje en la contratación pública, fenómeno caracterizado por el régimen exorbitante y por la presencia de prerrogativas y potestades de la Administración Pública contratante⁽¹³⁵⁾.

Ahora bien, diríamos que todos los contratos públicos de Concesión sujetos al régimen PIP en el derecho peruano tienen la obligatoriedad

(132) Artículo 10.- Cláusulas arbitrales
(...)

10.3 De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

(133) RODRIGUEZ, Lizardo. *Óp. cit.*; pp. 210-223. Del mismo autor, cfr. “El Equilibrio Económico en los contratos Administrativos”. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. No. 66. Fondo Editorial PUPC. Lima, 2011; pp. 78 y 79.

(134) LINARES JARA, Mario. El Contrato Administrativo en el Perú. En: Revista de Derecho Administrativo N 01, Lima, 2006; p. 299. Del mismo autor, Cfr. El Contrato Estatal. Lima: Grigley, 2001; pp. 179 - 200.

(135) Cfr. LINARES JARA, Mario: El Contrato... *Ídem*.

BACA ONETO. *Óp. cit.*; pp. 682 y 683.

SANZ RUBIALES, Iñigo. “Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en el Derecho Peruano”. Texto correspondiente a la exposición del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima, Jurista, 2004; pp. 658 y siguientes.

BULLARD, Alfredo. “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”. En: Juan Carlos Cassagne e Ysem Rivero (directores). *La contratación Pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; pp. 1193-1142.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA: ¿Arbitraje y regulación de Servicios Públicos? El caso de OSITRAN. Palestra Editores – Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2011.



Ramón Huapaya Tapia

de incluir la Cláusula Arbitral por mandato legal. Por tanto, este campo resulta terreno fértil para el análisis dado el imparable avance del empleo de la técnica arbitral en la contratación administrativa a nivel global, como lo acreditan informados trabajos sobre la materia⁽¹³⁶⁾.

Lo que no podemos negar es que en nuestro país, el arbitraje está generalizado como el mecanismo jurídico-procesal para la solución de conflictos derivados de los contratos públicos. Esto supone una gran diferencia frente a otros países de nuestro entorno, los cuales carecen de una legislación pro arbitral en materia de contratos públicos, e inclusive reniegan de la idea del arbitraje en materia de Derecho Administrativo.

Sin embargo, a partir de la Constitución de 1993 (artículos 62 y 63) se acepta la factibilidad constitucional de someter a arbitraje los conflictos derivados de la relación contractual celebrada entre el Estado y sus contratistas, de acuerdo a lo que señale la Ley.

Ahora bien, esta previsión constitucional ha generado que prácticamente en todos los ordenamientos sectoriales se aplique la fórmula arbitral como mecanismo de solución de controversias en los conflictos derivados de los contratos (así por ejemplo, en los contratos de concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura sujetos al régimen PIP, concesiones sectoriales de servicios públicos, en los contratos de asociación público-privada, contratos de privatización, contratos de estabilidad jurídica y contratos ley, contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros).

En principio, hay dos vectores de análisis en esta tesitura. El primero, es el de la utilización del arbitraje, un mecanismo de solución de controversias tradicionalmente privado, en la solución de conflictos que implican actividad administrativa⁽¹³⁷⁾, y segundo, el alcance de las competencias de los árbitros, sujetos privados, para modificar decisiones tomadas por la Administración Pública en materia de ejecución de contratos públicos o administrativos.

En cuanto a lo primero, el empleo de una fórmula tradicionalmente privada ha supuesto una manifiesta

innovación peruana frente a otros países que han optado por resolver sus conflictos contractuales públicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, el empleo del arbitraje genera problemas de resistencia en cuanto a la utilización de dicho medio de solución de controversias que es tradicionalmente desregulado, sujeto a la voluntad de las partes, antiformalista, y usualmente confidencial, para la solución de conflictos de derecho público. Por ejemplo, aspectos como los vinculados a la falta de formalidades pre-establecidas para los procedimientos, la libre elección y regulación por las partes de etapas y plazos procesales, la redacción de las cláusulas arbitrales, los procedimientos a seguir en defecto de la voluntad de las partes, entre otros aspectos, han llevado a que en algunos casos nuestra legislación haya llegado al extremo de regular con normas jurídico-públicas dichos aspectos del arbitraje como ocurre en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Precisamente, este tipo de regulaciones dan cuenta de lo impropio que puede ser pretender normar una especie de híbrido denominado arbitraje “administrativo”, en donde se pierden las ventajas del recurso al arbitraje privado debido a la intromisión excesiva de organismos públicos en la regulación del arbitraje. En esta línea, se van desdibujando las ventajas del arbitraje como medio de solución de controversias debido a la mayor cantidad de formalidades que se vienen imponiendo en su utilización, así como al cúmulo de responsabilidades que actualmente se vienen colocando en cabeza de los árbitros, lo cual genera una serie de inconvenientes para la eficacia del empleo de este mecanismo que no conecta adecuadamente con el

(136) Cfr. QUIÑONES ALAYZA, María Teresa: Arbitraje, *Ius imperium* y Contratos de Concesión. En: Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: Ediciones La Ley, 2011; pp. 741-755 y la completa bibliografía que se cita en dicho trabajo.

(137) Sobre el tema del arbitraje en español, puede verse la monumental obra de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: Arbitraje. 3era. edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011.

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
A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

derecho público, o que en todo caso, debe ser regulado por éste apreciando sus ventajas y beneficios derivados de su naturaleza flexible y autorregulada⁽¹³⁸⁾.

Por otro lado, en cuanto a lo segundo, han surgido una serie de cuestionamientos relacionados con las competencias de los árbitros para pronunciarse respecto de la validez del ejercicio de potestades públicas dictadas en ejecución de contratos públicos. En particular, en los contratos de concesión de servicios públicos y de obras de infraestructuras bajo las modalidades de asociaciones público-privadas (regulados por el TUO, el RTUO y el Decreto Legislativo 1012 y su Reglamento) donde se ha establecido (en el artículo 10 del Reglamento de la Ley de APPs, ciertamente en forma ilegal⁽¹³⁹⁾, puesto que dicha norma desnaturaliza lo previsto en el artículo 9.6 de la Ley de APPs, el mismo que establece la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de APP, sin mayores restricciones) una infeliz limitación a la función arbitral en materia de tales contratos públicos mediante la introducción de cláusulas arbitrales donde se señala que “Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. En tal sentido, se entiende que *no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa*”.

Parece claro que con este tipo de normas, lo que se viene propiciando es que los árbitros no puedan pronunciarse respecto de la validez de actos administrativos (dictados en ejecución de un contrato público) lo cual necesariamente genera una serie de contradicciones respecto a la utilidad de tener una cláusula arbitral (con su consiguiente *vis atractiva*) para la solución de los conflictos derivados de la ejecución de tales contratos públicos. Principalmente porque la redacción del artículo 10° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público-Privadas en nuestro país, limita innecesariamente el ámbito del arbitraje, ya que en realidad en nuestro

ordenamiento no está prohibido que los árbitros se pronuncien sobre la validez de los actos administrativos, sino que únicamente se prohíbe que se inmiscuyan en el ejercicio de funciones que involucren el ejercicio de potestades administrativas ablatorias tales como sanciones administrativas o de ejercicio del poder de policía administrativo en los contratos de concesión, las cuales son típicamente indelegables al sector privado y donde los árbitros, al no estar investidos de funciones públicas no pueden entrar a revisar.

Sin embargo, y pese al torpe planteamiento del Reglamento de la Ley de APPs (el cual evidencia un desconocimiento profundo del arbitraje y sus desarrollos más recientes en el derecho administrativo), es innegable que cuando un conflicto tiene que ver con actos administrativos vinculados a la validez, eficacia, ejecución o interpretación del contrato público de concesión, tales como la ejecución de penalidades, interpretación del contrato, fijación de tarifas u otros actos vinculados a la ejecución contractual (prórrogas de prestaciones o plazos contractuales) es claro que los árbitros tendrán plena competencia para pronunciarse sobre decisiones contractuales de la Administración Pública, aún cuando sean emitidas bajo la forma de actos administrativos. Hay que recordar adicionalmente que en el derecho comparado del arbitraje actualmente ha quedado desfasado aquel viejo criterio que señalaba que “hay cuestiones no disponibles”, sino que, por el contrario, donde la Ley lo permita, será posible el arbitraje público. Y precisamente, el artículo 9.6 de la Ley de APPs permite específicamente el arbitraje

(138) Recientes estudios afirman lo señalado. Véase: GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Madrid: Aranzadi – Thomson Reuters, 2011, y, DÍAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del Arbitraje*. Con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo. Madrid: Aranzadi - Thomson Reuters., 2011.

(139) Sobre el tema, vale la referencia a MANAYALLE, Alejandro: *El arbitraje en las concesiones: ¿un mecanismo sin contenido?* En: *Revista de Economía y Derecho*. Volume III. No. 12. Lima: UPC – Sociedad de Economía y Derecho Primavera 2006; pp. 69-80.



Ramón Huapaya Tapia

como mecanismo necesario para la solución de controversia (nótese de toda controversia) que exista entre las partes del Contrato de Concesión, pese a lo que señale el ilegal e irrito artículo 10 del Reglamento de la Ley de APP's.

Así las cosas, y pese a los bemoles anotados, el arbitraje ha tomado un impulso espectacular en nuestro derecho de la contratación pública, pero permanece en debate su alcance y ámbito objetivo para la solución de conflictos derivados de contratos públicos de concesión y APP's. De la misma manera, existen voces que pretenden la regulación de un "arbitraje administrativo", las cuales juzgamos equivocadas, en la medida que consideramos que pretender forzar la intervención administrativa por medio de una regulación jurídico-pública (que es esencialmente formalista y que manifiesta un "horror al vacío" regulatorio) por sobre una materia como el arbitraje que por esencia es autorregulada y flexible, sería claramente un despropósito.

A manera de conclusión:

El fenómeno del contrato público es esencial dentro de una construcción moderna del derecho administrativo. A diferencia de instituciones algo más consolidadas como el acto y el reglamento, la teoría general de los contratos del Estado o públicos todavía está en proceso lento de depuración y construcción. En dicho empeño han contribuido las doctrinas de los diferentes países del ordenamiento jurídico continental, destacando los aportes de las doctrinas francesa y española, la cual ha enraizado en nuestros ordenamientos latinoamericanos, sobre todo en Argentina, Colombia, Chile y otros países. Si bien es cierto ya hay avances muy depurados en lo que respecta a la aplicación del procedimiento de selección de contratista estatal, creemos que todavía faltan más aportes en lo que respecta a la determinación y configuración de un régimen sustantivo administrativo para la ejecución del contrato administrativo o público, el cual deberá construirse con materiales propios del Derecho público.

Nuestra experiencia en materia de contratos públicos nos indica que la recepción de la teoría del contrato administrativo (y su dogmática e instituciones) en nuestro país no ha sido tan clara, ya que nuestro ordenamiento y práctica legal no distinguen entre contratos administrativos y privados de la Administración. Ello nos lleva a optar, como lo hace nuestro

maestro el profesor Jorge DANÓS, por la construcción de una teoría unitaria del contrato estatal o contrato público.

Ahora bien, en los contratos públicos la fase de preparación y adjudicación de los Contratos será administrativa, toda vez que se sustenta en la teoría del procedimiento de selección del contratista estatal. Pero una vez firmado el contrato público, sostenemos que en su fase de ejecución, tendremos una aplicación preferente de los principios del derecho público y supletoriamente de los principios del derecho civil.

Ahora bien, esto supone aceptar que existirá un régimen contractual especial de derecho administrativo, el mismo que confiere ciertos privilegios y potestades a la Administración Pública, los cuales para su ejercicio deberán tener base normativa o estar pactados contractualmente. La Administración concedente no podrá actuar con prerrogativas o cláusulas "implícitas" ya que la sujeción al principio de legalidad se lo impedirá siempre.

De tal suerte que en la ejecución de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP regirán los principios de legalidad, buena fe, razonabilidad, continuidad de la ejecución, mutabilidad o flexibilidad, mantenimiento del equilibrio económico-financiero y del arbitraje como medio de solución de controversias. Este será el régimen jurídico administrativo de los principios que informarán la ejecución de los contratos públicos. Junto a esta construcción teórica no podrá perderse de vista que en contrapeso a los principios de ejecución de los contratos públicos, la Administración está obligada a respetar los derechos fundamentales de libertad de empresa, iniciativa privada y libertad de contratación y propiedad los cuales se encuentran reconocidos en la libertad del contratista público en la gestión y conducción del negocio⁽¹⁴⁰⁾, lo cual incluye, pero no se

(140) Cfr. SACRISTÁN, Estela B.: *La libertad de industria del concesionario o licenciataria*. En: CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (Directores): *La Contratación Pública*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007; pp. 453-477.

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

A proposal of legal principles applied to the performance phase of concession contracts for public utilities and public infrastructure works

limita, a la administración y conservación de los Bienes de la Concesión, a la libertad de escoger el financiamiento correspondiente para la Concesión, los derechos de ceder la concesión, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el contrato, las Bases del Concurso o Licitación y las leyes aplicables.

En tal sentido, en principio, el concesionario es el titular y responsable de los resultados económicos y de los riesgos relacionados a las decisiones que tome respecto a la explotación de un servicio público u obra pública de infraestructura encomendada, así como respecto del marco normativo específico que regula la actividad económica y lo estipulado en el Contrato. Sin embargo, no debe perderse de vista que en los últimos tiempos se ha desarrollado enormemente en nuestro país las denominadas *concesiones cofinanciadas* donde al menos el riesgo del financiamiento es compartido entre el Estado y el concesionario, circunstancia que debe ser apreciada a efectos de interpretar y ejecutar los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP.

De esta forma, los principios de ejecución de los contratos públicos deben ser construidos usando materiales jurídico-públicos, para así significar un régimen equilibrado, tanto de principios públicos y privados, como de potestades de la Administración concedente y correlativos derechos de los administrados.

Lamentablemente, en el derecho peruano no existe jurisprudencia alguna o precedente vinculante en el que se recoja una postura o posición respecto de la forma o contenido del ejercicio de tales potestades públicas de la Administración para satisfacer las finalidades públicas por las cuales contrata. Sin embargo, hay que recordar que las potestades o prerrogativas de la Administración contratante

(cuando existan o estén contemplados en el ordenamiento jurídico contractual público) no constituyen poderes arbitrarios en su esencia, sino su ejercicio está ligado indisolublemente al respeto del principio de razonabilidad, por lo que deberán ejecutarse dentro de los límites de a los derechos fundamentales, conforme a lo prescrito en la ley y tomando en cuenta para ello los principios constitucionales y su relación directa con los derechos constitucionales que conforman el Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales fundamentan toda actuación administrativa con injerencia en su vinculación con los particulares.

En tal sentido, el conjunto de prerrogativas y potestades públicas en la contratación estatal (cuando existan en las normas o estén pactados entre las partes de un contrato público de concesión) sirven como instrumento de garantía para asegurar la consecución de los fines propios del objeto contractual y satisfacer el interés general encomendado al concesionario de algún servicio público u obra pública de infraestructura, siempre respetando el equilibrio de las prestaciones y sobre todo los derechos fundamentales y ciertamente, los contractuales, de los contratistas del Estado. Ciertamente, también hay que tener en cuenta que las prerrogativas o potestades del Estado en los contratos públicos de concesión suscritos bajo el régimen PIP están muy limitadas y su ejercicio unilateral está proscrito.

En el derecho peruano algunos principios de ejecución de los contratos públicos no están reconocidos expresamente en el ordenamiento peruano (es decir, no están recogidos en normas positivas), por lo que es una tarea importante primero, construirlos en base a la práctica administrativa y a los valores que rigen un sistema de derecho administrativo de equilibrio entre el interés público y los intereses privados y, en segundo lugar, encontrar una combinación armoniosa de los mismos en aras de satisfacer el interés público en general y de las partes contratantes. Dicho equilibrio aunque difícil, no es imposible, y debe orientar como norte permanente la marcha de los contratos públicos de concesión como negocios jurídicos de colaboración permanente en la satisfacción del interés público representado por la Administración y de los intereses privados legítimos de los concesionarios de los servicios públicos y obras públicas de infraestructura, bajo una lógica de trato justo e igualitario (y de buena fe) que respete precisamente el carácter conmutativo y sinalagmático de esta clase de contratos públicos. 