

Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión

Roberto Vélez Salinas*

SUMILLA

El presente artículo explica la necesidad de entender el sistema de concesiones como una forma de desarrollo de infraestructura pensada principalmente en beneficio del usuario y la ciudadanía, a través de la mejora en la calidad y niveles del servicio público; asimismo, de la función de opinión del regulador y si esta constituye, en todos los casos, una decisión administrativa. Se matiza sobre algunos cuestionamientos a la norma propia de las Asociaciones Público Privadas que limitan la actuación de los organismos reguladores, proponiendo, a su vez, una reforma para desarrollar dicha legislación.

I. Antecedentes

El objeto principal del sistema de concesión o de la Asociación Público Privada (APP), no radica en que la construcción y afines eleven sus cifras porcentuales de riqueza, ni que su incremento gradual le sirva al Estado como sustento estadístico para acreditar oficialmente el progresivo desarrollo del país con cifras macroeconómicas que proyecten una mayor riqueza, mejora en los índices de competitividad, del comercio o de las exportaciones. Tampoco debe ser visto como una oportunidad, en la necesidad de búsqueda de mayores recursos, para incrementar los ingresos por retribución en favor del Estado o del presupuesto del Sector Transporte, con el fin de destinarlos para sufragar las metas o los programas políticos planteados desde la competencia del Poder Ejecutivo de turno.

Si bien todo lo anterior resulta muy significativo, no se puede soslayar que la verdadera importancia u objeto fundamental del sistema de APP reside en la eficiente dotación del Servicio Público necesario

en favor del ciudadano de a pie, así como también del usuario intermedio. En este último caso, la adecuada supervisión de infraestructuras constituye la finalidad misma de un organismo regulador, que se encuentra facultado por la Ley a garantizar o establecer, según sea el caso, los estándares programados referidos a la calidad en el servicio, fijando las tarifas más adecuadas y dotando con el acceso a las facilidades esenciales comprendidas en la infraestructura monopólica de uso público, en favor de cualquier potencial usuario que estuviere legalmente capacitado.

En otras palabras, y de manera genérica, un Organismo Regulador¹ se encuentra capacitado para regular o supervisar, en general, el comportamiento de los mercados económicos, normar las actividades de las entidades prestadoras y sus procedimientos, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales sobre las actividades supervisadas, imponer sanciones por los incumplimientos, solucionar las controversias y reclamos, interpretar los contratos de concesión y

* Gerente de la Asesoría Legal de OSITRAN. Abogado titulado por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho Civil y Comercial y estudios de extensión universitaria en regulación de infraestructura de transporte. Además ha sido asesor en la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

¹ Ese estado de cosas ha sufrido un cambio radical a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones de éste regidas por el Derecho Administrativo. En este contexto aparecen, en forma contemporánea a la privatización de la gestión de los servicios públicos, los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional, en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. PALESTRA EDITORES SAC, 2010, p.355.

opinar sobre los mismos. Un ejemplo podría ser el caso de renegociaciones contractuales (adendas) o de últimas versiones de proyectos de contratos de concesión y sus modificaciones.

En este caso, el Organismo Regulador vela, empleando un criterio netamente técnico y objetivo, por que todos los actores involucrados cumplan su función estratégica sin interferencias ni aprovechamientos, declarando con anticipación cualquier manifestación de rompimiento o trasgresión de la naturaleza de la concesión, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y el equilibrio financiero para ambas partes. A su vez, debe advertir acerca de posibles duplicidades normativas de naturaleza legal o contractual que pudieran proyectarse por las entidades competentes, a efectos de enmendar las trabas detectadas en el sistema y así no obstruir con excesiva burocracia el correcto desarrollo o la ampliación del servicio de la infraestructura de uso público concesionada o en vías de concesionar.

El objetivo del sistema de las concesiones, entonces, debe encontrarse en el impulso común de los sectores público y privado para lograr que un mayor número de ciudadanos accedan y satisfagan sus necesidades como usuarios de la infraestructura de transporte de uso y de servicios públicos, dentro del menor costo razonable posible, el mismo que deberá ser debidamente distribuido entre las partes suscribientes de un contrato de concesión (es decir, la empresa o sociedad concesionaria y el Estado de la República del Perú, representado por el ente concedente del sector respectivo de la infraestructura materia de la concesión). En ello debe radicar la principal razón

para el fortalecimiento y modernización legal del sistema de concesiones en el Perú, el mismo que debe ser liderado por el Ministerio de Economía y Finanzas, en adelante MEF, de manera técnica y sin fines políticos ni cortoplacistas.

Ahora bien, cabe destacar que la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos resulta ser de interés nacional, de acuerdo con el sistema jurídico vigente².

Del mismo modo, se encuentra establecido en la norma que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión³.

Dentro de las distintas modalidades de promoción de la inversión privada, se encuentran los contratos de participación, tales como la venta de activos, la asociación en participación, los contratos de gerencia, el *joint venture*, el *outsourcing* y la concesión⁴. La concesión se encuentra contenida en los contratos administrativos, definidos como instrumentos legales a través de los cuales el Estado (concedente) transfiere a favor de una empresa privada (sociedad concesionaria) la administración, mantenimiento, construcción o explotación de determinados bienes. Una característica central de este tipo de esquemas es la ausencia de la prestación de servicios de infraestructura. Para suplir dicha ausencia de competencia en el mercado, se promueve una competencia *ex ante* (por el mercado) entre distintas empresas. Ello se representa en las adjudicaciones, que pueden realizarse a través de concurso público, licitación pública o iniciativas

² Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba 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.

“Artículo 1°.- Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

³ Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba 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.

“Artículo 2°.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión”.

⁴ Decreto Supremo N° 060-96-PCM, que promulga el Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

“Artículo 3°.- Entiéndase por Concesión al 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 PROINVERSIÓN, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;

b) El mantenimiento de la obra; y,

c) El pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos”.

privadas, las que a su vez pueden clasificarse, en autosostenibles o cofinanciadas⁵.

Resulta, por lo tanto, de vital importancia otorgarle el rol que le corresponde a este mecanismo de desarrollo, debiendo perfeccionarse la normativa existente, hecho que ha ido ocurriendo, pero de una manera más bien tímida, entre marchas y contramarchas, con lo cual todavía no ha logrado consolidarse ni obtener un consenso mayoritario en la población, así como tampoco se ha logrado plasmar en todos los niveles de gobierno una preferencia por la modalidad de APP por sobre el concepto tradicional de la obra pública. Actualmente, incluso surgen voces que pretenden nuevamente convertir al Estado en empresario, contraviniendo su rol subsidiario, señalado expresamente en el artículo 60° de la Constitución Política.

Lo anterior significa un total desconocimiento respecto del sistema de concesiones. No se trata de deshacer lo ya avanzado, se trata de mejorar la normativa existente para hacer más eficiente el sistema. Por ejemplo, hasta la fecha la legislación no ha implantado un procedimiento eficiente para maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio, así como tampoco para la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos. En algunos casos, se tiene duplicidad de actividades o funciones otorgadas por Ley a dos o más instituciones públicas. Estas fallas de diseño en los contratos de concesión llevan a encarecer los servicios sin que el usuario vea una mejora con respecto al estado anterior al otorgamiento de la concesión. Se trata de trabas burocráticas que limitan una pronta ejecución de obras, dilatando el despliegue acelerado de las inversiones. Todo esto acarrea el riesgo de generar desconfianza entre la población en materia de APP, lo cual no contribuye al desarrollo del sistema.

Siguiendo a VASALLO MAGRO y de IZQUIERDO⁶, el aumento progresivo del gasto público y del déficit público ha llevado a una "(...) crisis del modelo tradicional presupuestario, que no podía

dar respuesta a las necesidades de inversión, ha dado lugar a un replanteamiento del papel que debe asumir el sector público. Su objetivo no debe ser realizar una serie de obras o prestar una serie de servicios directamente sino garantizar que dichas obras y servicios sean prestados a los ciudadanos en las mejores condiciones posibles. Es decir, que la administración pública evolucione de ser un proveedor directo a ser un comprador y regulador de servicios".

Debe resaltarse que, a diferencia de la obra pública, el sistema de concesiones, cuenta con los siguientes beneficios:

- Los Contratos de Concesión⁷ o APPs se han constituido en un importante mecanismo de inversión privada, contribuyendo al aumento del comercio y de la productividad del país, reduciendo los costos de producción y con una mayor cobertura y calidad en el servicio, además de significar un ahorro considerable en el tiempo de viaje y en el de las transacciones de mercancías en las infraestructuras concesionadas.
- Se han integrado zonas de difícil acceso hacia los principales centros económicos y se han modernizado los servicios que reciben los usuarios.
- Ha significado una oportunidad de mejorar el nivel de ingresos de las poblaciones históricamente relegadas; asimismo, ha contribuido en generación de micro empresas, conformadas por comunidades de la zona de influencia de la concesión (artesanía, textiles, turismo, gastronomía, etc.).
- Su ejecución o construcción conlleva luego la explotación de la obra y la prestación del servicio u operación del servicio, lo cual garantiza la calidad de la infraestructura, su adecuado mantenimiento o conservación, así como el de los servicios complementarios implementados por todo el plazo de duración de la concesión.
- El inversionista privado asume los riesgos del diseño y de la construcción de las obras,

⁵ Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1012, 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. Las Asociaciones Público Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera: A. Autosostenibles: aquellas que satisfagan las siguientes condiciones: i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, (...). ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, (...). B. Cofinanciadas: aquellas que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

⁶ VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Bogotá: CAF (Vice Presidencia de Infraestructura), 2010, p.77

⁷ Tomar en cuenta que, en materia de concesiones, la propiedad de la infraestructura en todo momento de aplicación del Contrato le sigue perteneciendo al Estado (Concedente), por lo que su ejecución, así como cualquier modificación o ampliación de la obra y estudios del proyecto, debe ser aprobada por el propio Estado (Concedente). Al concesionario se le otorga oficialmente un título para la administración, ejecución y explotación de dicha infraestructura por un largo periodo de tiempo.

es decir, los costos adicionales, retrasos, incumplimientos de estándares establecidos, efectos económicos externos (tipo de cambio, aumento del precio del petróleo y de los materiales de construcción), así como de su financiamiento, riesgo de la variabilidad de la demanda o riesgo de disponibilidad de los servicios.

- Contribuye con la meta de lograr el equilibrio fiscal ya que, a diferencia de empresas estatales deficitarias, se tienen ingresos públicos en favor del fisco derivados de la concesión y de la recaudación de tributos.
- Existencia de una colaboración mutua entre el inversionista privado y el Estado, estableciéndose entre ambas partes una adecuada y equilibrada distribución de riesgos respecto del éxito de determinado proyecto u obra de infraestructura de servicio público. Asimismo, mayor eficiencia⁸ y oportunidad del sector privado en la toma de decisiones.

Finalmente, con la intervención de los organismos reguladores en la administración de las concesiones y de las APPs, se busca eliminar la presión política en la toma de decisiones sobre los precios de los servicios públicos.

Además debe tenerse en cuenta que el rol y competencia de los organismos reguladores debe desarrollarse dentro de una relación equitativa y proporcionada entre: 1) los consumidores: adecuada supervisión del contrato para garantizar servicios de calidad y seguridad a tarifas eficientes; 2) los inversionistas: adecuada asignación de riesgos para garantizar el retorno de las inversiones; y, 3) el Estado: con el fin de observar que se cumpla con garantizar la provisión de la infraestructura.

II. La función de expedición de la opinión técnica

La facultad de OSITRAN de emitir una opinión dada su competencia técnica especializada, se encuentra descrita como una de sus funciones

principales⁹, de acuerdo con su Ley de creación. Toda opinión se encuentra siempre plasmada en los informes administrativos que la propia administración de cada organismo regulador tiene a bien expedir. Dicha opinión, en determinadas circunstancias, es elevada y puesta a disposición de la alta dirección del organismo, sirviendo de sustento para su evaluación, consideración y adopción final a cargo del Directorio, viéndose reflejada en el acta de la sesión respectiva que adopta el correspondiente Consejo Directivo.

La facultad de emitir una opinión de la que goza el organismo regulador –en el caso de OSITRAN establecida en el artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público– constituye una función inherente a su cargo, y debe ser ejercida como un derecho a favor del administrado, pero cumpliendo con los condicionantes obligatorios de admisibilidad y procedencia, los cuales se encuentran específicamente detallados en los reglamentos normativos con el fin de no desvirtuar sus efectos reales.

El artículo 171° de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), señala como una presunción de la calidad de los informes administrativos que estos pueden ser obligatorios o facultativos, y vinculantes o no vinculantes. Igualmente, señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de Ley. Es así que será el respectivo contrato de concesión o la norma de forma expresa, según sea el caso, lo que determinará si la correspondiente opinión técnica del regulador es favorable o vinculante.

Por el contrario, en el supuesto que la norma o el contrato guarden silencio y en aplicación de la presunción referida, se tratará de una opinión facultativa y no vinculante.

La facultad de emitir opinión de OSITRAN puede originarse en una obligación dispuesta por la

⁸ “El concepto de eficiencia tiene varias acepciones. La literatura económica distingue entre eficiencia asignativa y eficiencia técnica. La eficiencia asignativa se refiere a los precios que hacen que el bienestar social sea máximo. La eficiencia técnica se logra cuando, para un determinado nivel de calidad, se produce al menor costo posible que permite la combinación de los factores de producción.” VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael; Op. Cit, p. 107.

⁹ Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

“Artículo 7°.- Funciones

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo requiera”.

propia Ley, o también, en lo regulado en los propios contratos de concesión. Esto no quiere decir que deban necesariamente ser excluyentes, pues tanto en la Ley como en los contratos de concesión la correspondiente opinión puede encontrarse igualmente regulada, sirviendo en estos casos, la disposición contractual, como una norma complementaria adicional, cuyo procedimiento regulado se estima necesario desarrollar para la correcta aplicación de la función legal para el caso específico.

En el caso de la Opinión Técnica del Regulador originada según lo dispuesto por la propia Ley, se cuenta generalmente con: a) la opinión previa a la suscripción de las modificaciones contractuales o adendas; b) la opinión para las iniciativas privadas; c) la opinión en la última versión de proyectos de contratos de concesión o para las modificaciones a dichos proyectos; d) la opinión para la interpretación de los títulos o contrato de concesión; y, e) así como, la opinión técnica del regulador para los proyectos de Leyes específicos vinculados a concesiones en transportes que remite el Congreso de la República, situación que no reviste mayor comentario.

Dentro de las diversas opiniones originadas según lo dispuesto en los propios contratos de concesión, se encuentran las que deberá emitir el Organismo Regulador como consecuencia de determinada solicitud de presentación, sea para la modificación de cualquier requisito u obligación establecida, cuya autorización pudiera generar algún supuesto provecho o ventaja respecto de condiciones originalmente pactadas en el contrato; sea que deban cumplirse para gatillar a su favor el otorgamiento de algún supuesto derecho o beneficio económico condicionado; es decir, como una opinión técnica o dictamen previo del regulador, facilitando así al concedente la labor de aprobación de cualquier cuestión incidental surgida del propio Contrato. De este modo, para que el concedente dé su aprobación final (respecto del acreedor permitido del concesionario, de su endeudamiento garantizado permitido o, de la modificación y variación en el porcentaje del grupo accionario del concesionario), el Regulador deberá expedir siempre una opinión previa, la misma que podrá ser, según sea el caso establecido expresamente dentro de cada contrato, una opinión técnica vinculante o favorable, o una opinión técnica no vinculante o facultativa, para los casos operativos menos relevantes. Esto cobra especial importancia en el caso de empresas

internacionales de gran renombre y experiencia, especializadas en la operación de determinadas concesiones aeroportuarias o portuarias, que ingresan como accionistas.

Resulta importante mencionar que las opiniones técnicas no pueden ser materia de impugnación alguna por parte del administrado directamente perjudicado con la opinión del regulador, ya que al tratarse solo de opiniones técnicas no resultan siendo decisiones de la administración. Es así que el Regulador cumple con una función técnica de apoyo a la decisión final de aprobación, contribuyendo con brindar al concedente los argumentos técnicos de sustento necesarios para evitar cualquier toma de decisión desproporcionada, que incluso pudiera afectar el equilibrio contractual originalmente dispuesto entre las partes, al momento de quedar contenida la decisión final en el acto administrativo que tenga a bien producir el propio concedente, en su calidad de parte.

Al respecto, CASSAGNE¹⁰ manifiesta que

“(...) el acto administrativo constituye una declaración habida cuenta que exterioriza un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que traducen una actividad física de la Administración.

Dentro del concepto de declaración se comprenden tanto las típicas declaraciones de voluntad, como las de conocimiento y de opinión o juicio. De modo, pues, que técnicamente constituyen declaraciones los actos que trasuntan una actividad de conocimiento y atestación, tal como acontece cuando la Administración procede a registrar hechos o actos a los que le otorga autenticidad (v. gr., inscripción de derechos reales, certificado de defunción) como cuando certifica hechos sobre los cuales toma conocimiento (v. gr., certificado del cual surge la inhibición de bienes de una persona) o bien, en aquellos en que emite una opinión o un juicio (v. gr., expedición de un certificado de buena conducta)”.

Las opiniones que expiden los Organismos Reguladores, cuyas funciones se originen a través de un mandato legal o contractual, no podrían ser consideradas como actos administrativos declarativos. Esto se debe a que, al final de su actuación, no resuelven una solicitud o incidente, constituyendo únicamente su opinión o juicio,

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. PALESTRA EDITORES SAC, 2010, p.123.

lo que podría calificarse como un dictamen previo a la decisión final que deberá adoptar luego el concedente, aprobando u observando cualquier solicitud, lo cual se realiza a través de un verdadero acto administrativo, el mismo que pone fin al procedimiento. Una excepción a lo mencionado anteriormente radica en la función de interpretación contractual de índole administrativa que ostentan los organismos reguladores, la cual se realiza sobre los títulos o contratos de concesión en curso. En estos casos, la opinión de OSITRAN sí constituye una decisión final de la administración y podría luego resultar siendo impugnada judicialmente en la vía administrativa¹¹ por parte de los administrados que no estuvieren de acuerdo con dicha interpretación¹².

Situaciones en las que el organismo regulador ejerce la función de expedición de opinión

- Renegociaciones contractuales

Refiriéndonos exclusivamente a los más destacados casos de opinión del Regulador surgidos por mandato de una disposición legal. En primer lugar, nos referiremos a las opiniones técnicas que debe expedir el consejo directivo de cada Organismo Regulador, de forma previa, respecto a la suscripción de cualquier modificación contractual o adenda a los contratos de concesión, por parte del Estado (concedente) y el inversionista (concesionario).

En las renegociaciones entre ambas partes, el usuario no se encuentra representado directamente, por lo que el rol de OSITRAN debe centrarse también en velar por sus derechos originarios, así como vigilar que los índices de calidad pactados del servicio público no se vean menoscabados, sino que sean mantenidos o incluso mejorados, pero nunca reducidos.

En este aspecto, coincidimos con DROMI en que¹³, *“Estos contratos de transformación son la herramienta jurídica de la “reforma del Estado”, que permiten el tránsito de la “economía de Estado” a*

la “economía de mercado”. Casos concretos son la “concesión” de obras públicas y de servicios públicos y las licencias y autorizaciones con forma de acto administrativo bilateral. A estos contratos podemos llamarlos con propiedad “contratos de Administración” o “de Estado”, a diferencia de los otros que son “de la” o “con la” Administración. Ahora bien, todos son contratos públicos”.

Siguiendo con DROMI, *“(…), el contrato administrativo, como negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados”¹⁴.*

Respecto de las modificaciones a estos contratos, DROMI manifiesta igualmente que: *“(…) Los principios de “autonomía” de la voluntad y de la “igualdad” jurídica de las partes, tienen otra forma de manifestarse en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración está investida de prerrogativas en cuanto a la interpretación y modificación del contrato, a efectos de mantener siempre vigente y actualizada la prestación pública necesitada”¹⁵.*

Lo mencionado anteriormente es, en teoría, el precedente de toda actuación pública. Sin embargo, en ocasiones la teoría puede verse rebasada por determinada coyuntura política o económica del país, en el afán de incrementar y desarrollar la inversión privada, ante la búsqueda de cerrar la brecha de infraestructura, intentándose flexibilizar excesivamente, al momento de la renegociación contractual, los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación.

Al respecto, seguimos a VASALLO MAGRO e IZQUIERDO: *“Es posible, entonces, hacer una distinción entre tres tipos de renegociaciones en contratos incompletos: renegociaciones pareto óptimas, renegociaciones eficientes pero no*

¹¹ Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012.
“Artículo 10°.-

Cláusulas arbitrales: 10.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP conforme a lo establecido en el numeral 9.6 del artículo 9° de la Ley, se regirán por las siguientes disposiciones: a. 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. (...)”.

¹² Sobre el presente tema, se recomienda revisar el artículo: *“Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio”.* En: Revista ADVOCATUS N° 24, p.457.

¹³ DROMI, Roberto. Renegociación y Reconversión de los contratos Públicos. Editorial: Ciudad Argentina. 1998, p. 36

¹⁴ DROMI, Roberto. Op. cit. p. 8.

¹⁵ Op. cit. p. 17.

pareto óptimas y renegociaciones ineficientes. Las renegociaciones pareto óptimas son las que dan lugar a un incremento del bienestar social de todos los agentes afectados por la infraestructura. Éste sería el caso de que el concesionario descubriera que una variante a la propuesta es más barata para él y reduce el tiempo de los usuarios. Las renegociaciones pareto óptimas deben llevarse siempre a cabo, ya que dan lugar a un incremento del bienestar social global y de cada uno de los agentes implicados.

En el caso de las renegociaciones eficientes pero no pareto óptimas, la renegociación dará lugar a un incremento del bienestar global, pero a costa de que alguno de los agentes salga perdiendo. Las renegociaciones ineficientes son las que se producen cuando hay una pérdida social respecto a la situación inicial. Por lo general, se dan cuando un consorcio lleva cabo una oferta agresiva e irreal en la licitación con la esperanza de renegociar el contrato más adelante¹⁶.

De lo anterior, se desprende la importancia de que los organismos reguladores ejerzan sus competencias funcionales de una manera autónoma, sin presiones políticas ni empresariales, contando con los recursos necesarios para la contratación de personal idóneo, con perfil técnico elevado y capacitación permanente, dotándolos de una personalidad administrativa que lidere, con carácter técnico, cualquier proceso regulatorio y/o sectorial.

En lo referente a las opiniones técnicas previas a cualquier modificación contractual, la función de opinión de OSITRAN se encuentra regulada tanto en su propia Ley de creación, como en las respectivas cláusulas de revisión y modificación contractual que incorpora cada uno de los correspondientes contratos de concesión¹⁷.

La norma pertinente en materia de APP¹⁸ señala ciertos requisitos que deberán cumplirse necesariamente para proceder a la tramitación de una modificación contractual. Esto con el fin de evitar un excesivo número de renegociaciones, lo cual constituye un problema vigente propio del sistema de las concesiones a nivel internacional. A continuación se señalan dichos requisitos:

- Deberán haber transcurrido cuando menos tres años desde la fecha de suscripción del contrato de concesión. Se establecen excepciones: corrección de errores materiales, requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa del cierre financiero, aspectos operativos para una mejor ejecución del contrato, así como para el adelanto del programa de inversión con cargo a la retribución prevista en el contrato y que dicha modificación no implique un cambio en la naturaleza del contrato.
- El requerimiento de emisión de opinión del regulador deberá ser efectuado por el propio concedente.
- El sector, a través del concedente, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a renegociar un contrato, en caso la propuesta: i) Desvirtúe el objeto del proyecto original, o ii) Involucre un monto adicional que supere el 15% del costo total del proyecto de la APP.

Finalmente, cabe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1012 establece un plazo excesivamente corto de diez días hábiles, dada la enorme magnitud de los hechos que pueden implicar una renegociación, dentro del cual el organismo regulador deberá expedir su opinión, bajo apercibimiento de tenerse favorable la solicitud de negociación

¹⁶ Mejor conocidas como las renegociaciones oportunistas, son renegociaciones ineficientes motivadas, en la mayoría de los casos, por ofertas demasiado optimistas en un principio, llevadas a cabo sobre la base de la esperanza de renegociar en el futuro. VASALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael; Op. Cit, pp. 180 y 181.

¹⁷ En este aspecto, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y sus modificatorias, 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, Artículo 25°.-

La concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económicamente más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, entre otros, teniendo en consideración: a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso; b) El plazo de otorgamiento de la concesión; c) La oferta financiera; d) Los ingresos garantizados por el Estado; e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación; f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso; y, g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

El organismo regulador correspondiente velará que se cumplan los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación, formulada de conformidad con los incisos a que se refiere este artículo, los que se incorporarán en el contrato de concesión.

¹⁸ Artículo 9° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus modificatorias. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

- Iniciativas privadas

En el marco de las nuevas relaciones entre la sociedad civil y el Estado, las diferentes legislaciones han reconocido a la sociedad civil la facultad para que, a través de una iniciativa privada, se permita la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura o en la explotación de un Servicio Público definido, siempre y cuando el desarrollo de los mismos sea declarado de interés público¹⁹.

Lo destacable de la figura de la iniciativa privada es que el impulso privado es admitido en la fase de planificación de los proyectos públicos. De este modo, la participación privada adopta un papel trascendente ya no solo en la gestión de servicios o dotación de infraestructura pública, sino en la propia definición de las decisiones de dar prioridad a la agenda pública. En este sentido, las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión pública²⁰.

La facultad de presentar iniciativas privadas la tienen tanto las personas jurídicas como los consorcios de personas jurídicas o de personas naturales con personas jurídicas, sean nacionales o extranjeros.

La iniciativa privada constituye un modo inverso a los mecanismos tradicionales de promoción de las obras públicas. Tradicionalmente, el Estado invierte en identificar las necesidades, elaborar estudios, estructurar procesos y hasta identificar los recursos.

En la actualidad, con este moderno mecanismo, el inversionista resulta quien identifica el recurso del Estado, realiza los estudios preliminares y estructura el proyecto, el cual es presentado a la autoridad gubernamental respectiva.

Por su parte, el trámite está a cargo del correspondiente Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), a nivel de los diferentes niveles de gobierno.

En el caso del Gobierno Nacional: PROINVERSIÓN, para los proyectos que se le asignen en función a su relevancia nacional. Asimismo, los Ministerios, a través de los Comités de Inversión que se conformen.

En el caso de los niveles de Gobierno Regional y Local, las facultades del OPIP se ejercen en forma directa a través del órgano del Gobierno Regional o Local designado para tales efectos. El máximo órgano del OPIP es el respectivo Consejo Regional o Municipal.

- Declaratoria de interés público

La aprobación de la declaratoria de interés se realizará mediante el acuerdo del máximo órgano del OPIP. La declaratoria de interés se publicará en el diario oficial "El Peruano", por una sola vez, en un diario de circulación nacional, por una sola vez, y en la propia web del OPIP.

La finalidad de la publicación reside en que los eventuales terceros interesados puedan presentar sus expresiones de interés respecto de la ejecución del mismo proyecto u otro que, a criterio del OPIP, resulte alternativo. El OPIP estará facultado a realizar las actividades de promoción que estime convenientes y que a su juicio fomenten la concurrencia de los terceros interesados.

Como consecuencia de esta declaratoria de interés público, se les concede a los terceros interesados noventa días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación de la declaratoria de

¹⁹ A las iniciativas privadas se les aplica fundamentalmente el siguiente marco normativo: Decreto Legislativo N° 1012, 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 y modificatorias; su Reglamento, Decreto Supremo N° 146-2008-EF y modificatorias; el Decreto Legislativo N° 674, que aprueba la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado y de forma supletoria también la Ley N° 28059, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

²⁰ Decreto Supremo N° 102-2007-EF: Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Artículo 2°.-

Definiciones: 2.1. Definase como Proyecto de Inversión Pública a toda intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar, o recuperar la capacidad productora o de provisión de bienes o servicios; cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y éstos sean independientes de los de otros proyectos.

2.2. No son Proyecto de Inversión Pública las intervenciones que constituyan gastos de operación y mantenimiento. Asimismo, tampoco constituye Proyecto de Inversión Pública aquella reposición de activos que: (i) se realice en el marco de las inversiones programadas de un proyecto declarado viable; (ii) esté asociada a la operatividad de las instalaciones físicas para el funcionamiento de la entidad; o (iii) no implique ampliación de capacidad para la provisión de servicios.

2.3. Para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, considérese Recursos Públicos a todos los recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las Entidades del Sector Público. Los recursos financieros comprenden todas las fuentes de financiamiento.

2.4. Para efectos del Sistema Nacional de Inversión Pública, el Programa de Inversión es un conjunto de Proyectos de Inversión Pública y/o Conglomerados que se complementan y tienen un objetivo común.

interés, para presentar sus expresiones de interés respecto de la ejecución del mismo proyecto de inversión u otro alternativo.

Con respecto al trámite de las iniciativas privadas, podemos mencionar que la falta de pronunciamiento no genera ningún derecho al proponente, por tanto no resulta posible al peticionante la aplicación a su favor de silencios administrativos. Tampoco le corresponde posibilidad alguna de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial, pues las iniciativas privadas tienen el carácter de petición de gracia.

Finalmente, la propia norma original de la APP establecía que las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, estableciéndose expresamente que las mismas no podrán demandar garantías financieras y se sujetarán a lo establecido para las autosostenibles. Esta situación luego se derogó tácitamente con la expedición de la Ley N° 29771²¹, mediante la cual y por Ley del Congreso de la República se viene estableciendo que las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios públicos. Eliminándose con ello la prohibición originaria que establecía que las iniciativas privadas no podrán demandar garantías financieras. Por lo que, en la fecha, procede la aplicación de las iniciativas privadas, tanto para concesiones autosostenibles como para cofinanciadas.

La intervención del organismo regulador se presentaría en los casos en que la iniciativa privada presentada ante PROINVERSIÓN, se financie con tarifas de servicio público. La opinión deberá ser emitida en un plazo no mayor de veinte días hábiles, bajo apercibimiento de entenderse como favorable.

- **Proyectos finales de contratos de concesión**

Al respecto, la Ley marco de las APPs para la provisión de infraestructura y servicios públicos establece que el diseño final del contrato de APP, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho

plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del organismo regulador correspondiente, a través de su Consejo Directivo, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

El informe previo de la Contraloría General de la República respecto de la versión final del contrato de Asociación Público Privada solo podrá versar sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del artículo 22° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

Los informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.

En lo que respecta a los plazos, así como al carácter de las opiniones del regulador, la norma aplicable establece que los contratos establecerán un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidas por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas y el informe previo de la Contraloría General de la República, se referirán exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Del mismo modo, la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 del artículo 9° de la Ley, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.

Sobre este aspecto, cabe resaltar que se restringe vía Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, Decreto Legislativo N° 1012, la actuación y funciones de los organismos reguladores otorgadas tanto vía Ley N° 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, como vía sus respectivas leyes de creación. En dicha Ley así como en sus Leyes de creación, se señalan una serie de competencias adicionales que exceden a los temas tarifarios, de facilidades esenciales y de calidad de servicio. Por lo que, las limitaciones a la actuación de los organismos reguladores a través del mencionado Decreto Supremo N° 146-2008-EF, deviene en inconstitucional.

²¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 27 de junio de 2011.

III. La función de OSITRAN de interpretar los contratos de concesión

En este caso, al igual que en los casos específicos mencionados anteriormente, la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, ha sido otorgada por el imperio de la Ley y de forma exclusiva en favor del regulador, correspondiendo su pronunciamiento al propio Consejo Directivo.

Ahora bien, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión.

De acuerdo con los referidos Lineamientos, los cuales recogieron expresamente los criterios y métodos de interpretación establecidos en el Código Civil Peruano, el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Asimismo, pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión: el concesionario, el concedente y los terceros legítimamente interesados.

El procedimiento de interpretación deberá ser tramitado como un procedimiento trilateral, por lo tanto no resulta de aplicación el plazo de treinta días para la resolución del procedimiento administrativo (artículos 142°, 219° e inciso 1 del artículo 221° de la LPAG).

Cuando se inicia el procedimiento de interpretación de oficio, las partes y terceros interesados, deberán presentar su escrito de contestación dentro de los 15 días posteriores a la notificación del inicio de procedimiento de oficio, vencido dicho plazo OSITRAN declarará en rebeldía a la parte que no hubiere presentado su contestación (artículo 223° de la LPAG).

Si la administración lo considera pertinente, se podrá permitir la entrega de la contestación luego de vencido el plazo antes indicado. Del mismo modo, las partes podrán emitir réplicas, alegando violaciones a la legislación; respecto de dichas réplicas se podrán presentar respuestas (inciso 4 del artículo 223° de la LPAG). Sin perjuicio de ello,

conforme a lo dispuesto por el artículo 224°, las réplicas a las contestaciones no están permitidas, siendo que los nuevos problemas incluidos en la contestación de las partes y terceros interesados serán considerados como materia controvertida. Solo por acuerdo unánime de las partes, el regulador podrá prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas, pudiendo realizarse incluso informe oral ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

RUBIO CORREA²² señala que el problema de la interpretación jurídica²³ aparece:

“(...) cuando el qué quiere decir la norma jurídica aplicable, no queda suficientemente claro a partir de la aplicación de las fuentes y del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Este problema de interpretación puede surgir del texto mismo (es oscuro en sí) o de su aplicabilidad al caso concreto (el texto normativo es claro, pero no se puede saber con claridad su significado a partir de los matices fácticos del caso al que se quiere aplicarla).”

“En cualquier situación, la teoría de interpretación está destinada a desentrañar el qué quiere decir la norma jurídica.”

La principal diferencia entre interpretación y modificación del contrato de concesión radica en que para la primera, los efectos de la interpretación se retrotraen hasta el momento inicial de la suscripción de contrato, mientras que para la modificación contractual, los efectos recién se constituyen a partir de la firma de la modificación contractual o adenda respectiva.

Finalmente, en caso de impugnación de la decisión de interpretación del regulador, se deberá seguir el trámite dispuesto por el artículo 227° de la LPAG.

IV. Conclusiones

- La función de Opinión Técnica del Regulador tiene su origen en una disposición legal o en un contrato de concesión. Las funciones de opinión originadas en una interpretación o modificación contractual han sido otorgadas por imperio de la Ley de manera exclusiva en favor del regulador.

²² RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009. p. 248.

²³ Si bien existen diferencias entre la interpretación del contrato e interpretación de la Ley, la cita permite aclarar qué se entiende por interpretación.

- La Opinión Técnica del Regulador al no ser una decisión administrativa, no es materia de impugnación, salvo para el caso de las interpretaciones de los títulos o contratos de concesión, en cuyo caso, las únicas vías de impugnación válidamente procedentes son la reconsideración administrativa ante su consejo directivo, así como la jurisdiccional, a través del correspondiente proceso contencioso administrativo.
- La Opinión Técnica del Regulador, se encuentra sujeta tanto a los criterios y métodos establecidos en el Código Civil Peruano, como a los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en las normas procedimentales.
- Se hace necesaria una reforma urgente, con rango de Ley, de la legislación aplicable en materia de APPs, para efectos de perfeccionar el sistema que viene siendo aplicado hasta la fecha de manera auspiciosa.
- En dicha reforma ineludible, deben eliminarse las disposiciones normativas que limiten las funciones de los Organismos Reguladores y que dificultan el propio desarrollo del sistema de concesiones, así como la calidad del servicio de la infraestructura de uso público en beneficio del propio usuario y ciudadanía.