

Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal

Willy Pedreschi Garcés*

La concesión ya no debe ser entendida como un simple título habilitante para la gestión en los servicios públicos. En la actualidad, resulta necesario entenderla como un mecanismo jurídico promotor para la participación de la inversión privada en proyectos públicos que consolidan el desarrollo económico y social de nuestro país.

En el presente artículo, el autor nos invita a conocer las diversas clasificaciones que existen en la doctrina y legislación nacional, sin dejar de exponer cuáles son los móviles de esta nueva concepción de la institución dejando el debate académico abierto.

INTRODUCCIÓN

El Estado, en cualquiera de sus niveles de gobierno, tiene una serie de alternativas para enfrentar los costos que implica el desarrollo de infraestructura, dentro de las que se encuentran la captación de financiamiento para la inversión pública mediante endeudamiento, el incremento del ahorro público y la reasignación del gasto público así como un mayor aprovechamiento de las inversiones mediante una planificación cuidadosa con mejores proyectos de evaluación e implementación de proyectos.

A diferencia del esquema clásico de privatización (que principalmente comportaba la transferencia de activos estatales al sector privado conforme a los mecanismos previstos en el Decreto Legislativo N° 674 y su Reglamento), el mismo que fue predominante en nuestro medio hasta inicios de la presente década, en la actualidad se advierte una tendencia mayor hacia los modelos en los que el Estado no se desprende de sus activos, lo que determina que subsista la vigencia, entre otros, de los esquemas de concesiones, en los cuales el Estado confiere al particular la explotación de una obra de infraestructura pública y/o la prestación de un servicio público, pero mantiene la titularidad estatal sobre el bien o la actividad.

Con carácter preliminar, cabe señalar que, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento actualmente vigente, la concesión constituye uno de los mecanismos previstos para que el Estado, a través de sus diversos niveles, promueva la participación de la inversión del sector privado, con la finalidad de la ejecución de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Conforme se verá posteriormente, dicha vigencia se mantiene dentro del esquema de fomento de las Asociaciones Público Privadas, introducido por el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas (en adelante, Ley Marco de APP), y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, el mismo que se extiende a todos los niveles de gobierno (nacional, regional y local).

En tal sentido, el objeto del presente trabajo consiste en presentar un muy somero esbozo introductorio de algunos aspectos relevantes relacionados con la implementación de mecanismo de la concesión, específicamente en lo referido a las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo competencia de los gobiernos locales, principalmente en aquello vinculado con su ámbito material de competencias y la implementación de los procesos de promoción de la inversión privada¹.

* Abogado Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Administrativo y Regulatorio. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

¹ Consideramos necesario señalar que en el presente artículo nos concentramos en las competencias asignadas a los Gobiernos Locales en general, no siendo materia del mismo aquellas competencias especiales asignadas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en virtud del régimen especial reconocido por el artículo 198° de la Constitución Política y que ha sido detallado en las respectivas Leyes de desarrollo constitucional.

«La concesión constituye uno de los mecanismos previstos para que el Estado, a través de sus diversos niveles, promueva la participación de la inversión del sector privado, con la finalidad de la ejecución de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos»

tanto las llamadas concesiones constitutivas como las concesiones translativas³.

b) Una acepción restringida, en virtud de la cual debe entenderse la concesión, en sentido estricto, como el acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia de un ente público; o bien el acto o contrato administrativo que transfiere al particular derechos o atribuciones propias de la Administración Pública. Esta concepción sólo comprende a las concesiones translativas, y es aquella a la cual nos adscribimos en el presente trabajo.

I. DEFINICION Y ELEMENTOS DE LA CONCESIÓN EN GENERAL. A PROPÓSITO DEL RÉGIMEN ACTUALMENTE VIGENTE

Con carácter preliminar al tratamiento del régimen aplicable a las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de ámbito local, se ha considerado pertinente señalar los aspectos generales relacionados con la definición y los elementos que integran la concesión en general como mecanismo de promoción de la inversión privada. Sobre el particular, cabe tener presente lo que se detalla a continuación:

1. Conforme a lo previsto por la doctrina, se contemplan dos acepciones básicas de la concesión administrativa²:

a) Una acepción amplia, en virtud de la cual la concesión es calificada como el acto o contrato administrativo que crea o constituye, a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo o que le transfiere un derecho o atribución que es propio de la Administración Pública y del que el particular carecía absolutamente. Esta definición comprende

2. Las principales características de la concesión administrativa en general, pueden reseñarse de acuerdo a lo siguiente⁴:

i) La Concesión es o nace de un Acto Administrativo.- La Concesión tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración la cual, mediante una manifestación de voluntad, exteriorizada a través de un acto de autoridad y, en ejercicio de su potestad administrativa, decide transferir a particulares la satisfacción de una determinada necesidad colectiva, ya sea por medio de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra pública⁵.

ii) La causa de la Concesión consiste en la existencia de un Interés Público, de carácter predominantemente económico.- Aún cuando la actividad delegada por la Administración al particular a través de la concesión tenga un contenido evidentemente patrimonial (de ahí la posibilidad de su explotación económica por el concesionario), no se puede equiparar la misma a únicamente a un negocio de carácter privado o a una mera empresa industrial. La concesión reviste un doble carácter⁶:

2 VARGAS FRITZ, José. Concesión de Obras Públicas. Santiago: La Ley, 1997, p. 22. En sentido similar, DANOS, Jorge y otros. Promoción de la Inversión Privada en Materia de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos a Través de las Concesiones. En: Revista Advocatus, Segunda Temporada, Año II, 2000, p. 57-59.

3 De acuerdo a lo señalado por el autor, las Concesiones Constitutivas se caracterizan por el hecho que la capacidad o el derecho atribuido al beneficiario (concesionario) es "creado", es decir que se conforma a favor del particular, sin que ello importe una transferencia o delegación de derechos o poderes propios de la Administración, manifestándose el poder de ésta precisamente en la creación del derecho. Frente a ello, en el caso de las Concesiones Translativas, se transfieren derechos o poderes propios de la Administración a los particulares, produciéndose una verdadera relación de sucesión entre el cedente y el cesionario, toda vez que la adquisición de los derechos de éste proviene de una pérdida o limitación de los de aquella, siendo que las principales características de este tipo de concesión son las siguientes: i) La Administración se desprende de un determinado poder o esfera de atribuciones que les es propia, el cual es adquirido por el particular; ii) La Administración se reserva algunos de los derechos o ventajas sobre la cosa, poder o competencia. Dentro de la categoría de las Concesiones Translativas quedan comprendidas la Concesión de Obras Públicas de Infraestructura, la Concesión de Servicios Públicos y la Concesión de Bienes Demaniales (bienes de dominio público) (VARGAS FRITZ, José, op. cit., p. 91-94).

4 Ibid., p. 23-31.

5 VARGAS FRITZ, José, op. cit., p. 23-24. Confirmando dicha característica, los literales a) y c) del Reglamento del TUO, de normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (en adelante TUO de concesiones) aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establecen, como atribuciones de los Sectores y/u Organismos del Estado, las siguientes: 1) Suscribir el Contrato de Concesión; 2) Otorgar las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para el desarrollo de las obras o la prestación de los servicios.

6 Loc. cit.

Una actividad de interés público, cuya gestión ha de realizarse buscando el predominio del interés general. Esta es la causa fundamental de la concesión.

Una empresa o negocio, que entraña la compensación económica al concesionario por las cargas onerosas que la concesión le impone.

Esta característica determina que en la concesión prevalezca el interés colectivo sobre el particular.

iii) La Concesión pertenece al grupo de actos jurídicos que amplían la esfera de los particulares.- La concesión implica una transferencia al particular de facultades o potestades propias de la Administración, a efectos de realizar directamente determinada actividad de interés público, lo cual implica ciertamente un aumento del ámbito de competencia de los entes privados. Sin embargo, el derecho del concesionario comprende sólo las facultades necesarias para la ejecución y/o explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la Administración las facultades de control y supervisión, toda vez que la transferencia o delegación en que consiste la concesión, no comporta una renuncia a sus competencias propias y exclusivas. De esta situación, se deriva el hecho de que la facultad transferida al particular mediante la concesión sea temporal y revocable.

iv) En la Concesión prevalece el Interés Público.- Los fines que el Estado se propone cuando concede el ejercicio de una actividad de interés público a una persona privada son los mismos que persigue cuando asume la gestión directamente. En ambos casos, la actividad es sustraída del juego del mercado y se le asigna un régimen en el cual la finalidad pública de interés general prevalece sobre los de especulación privada o de utilidad individual.

v) La Administración conserva una serie de potestades o derechos en relación con el objeto de la Concesión y el Concesionario.- Esta situación es consecuencia del hecho que en la Concesión prime el interés colectivo sobre el interés del particular concesionario, y se fundamenta en la obligación que tiene el Estado de velar por la adecuada satisfacción del bien común. Por lo tanto, el desarrollo por el concesionario de la actividad para la cual el Estado le ha delegado competencia, está sujeto al ejercicio de una serie de facultades que, sobre la materia, conserva la Administración, las mismas que son las siguientes:

a) Facultad de Supervisión y Control.- Implica velar por el correcto desempeño de la gestión por el concesionario. La Administración ejerce esta facultad a través de sus facultades de policía, de seguridad y de salubridad pública, entre otras⁷.

b) Facultad de Regulación.- Corresponde a la Administración establecer el marco normativo dentro del cual el concesionario desarrollará su gestión incluyendo entre otras, la potestad de modificar unilateralmente las condiciones de la concesión. No obstante, estas modificaciones deben ser concordadas con el concesionario⁸.

c) Facultad Sancionadora.- La Administración podrá eventualmente, hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las mismas⁹.

d) Facultad de autorizar al concesionario la transferencia de su concesión, la constitución de hipoteca sobre ésta y la constitución de garantías sobre sus ingresos¹⁰

e) Facultad de Reversión y Sustitución.- La Administración puede, sólo en circunstancias excepcionales, temporalmente y cuando el interés general así lo requiera, tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión¹¹.

7 El literal b) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones, establece, como atribución de los sectores y/u organismos del Estado, la siguiente: "fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobro de tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestados".

8 El artículo 33° del TUO de Concesiones, y el literal f) del artículo 30° de su Reglamento establecen, como una de las atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado, la posibilidad, cuando ello resulte conveniente, de modificar la concesión. No obstante, ambas disposiciones coinciden en señalar que tal proceder deberá realizarse mediando previo acuerdo con el concesionario y respetando, en lo posible: 1) la naturaleza de la concesión; 2) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; 3) el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

9 Literal a) del artículo 32° del TUO de Concesiones, y literal g) del artículo 30° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

10 Literal e) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

11 A este respecto, los literales b) y c) del artículo 32° del TUO de Concesiones, y los literales h) e i) del artículo 30° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establecen las siguientes atribuciones de los sectores y/u organismos del

- vi) La Concesión es temporal.- Siendo la Concesión un derecho de carácter temporal el término de la misma está condicionado al cumplimiento de un determinado plazo. En principio, la duración de la concesión debe establecerse por un periodo lo suficientemente razonable. En nuestro ordenamiento, el plazo máximo de vigencia para el otorgamiento de las concesiones en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en general, el artículo 16° del 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 por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (en adelante, TUO de Concesiones) establece que el mismo no podrá exceder de 60 años, y que deberá computarse a partir de la fecha de celebración del respectivo contrato de concesión.
- vii) La Concesión es Precaria.- Los derechos que confiere la concesión al particular, además de ser temporales, están sujetos a desaparecer en momento indeterminado por decisión de la Administración, ya sea que la misma se deba a causales imputables al concesionario, o por razones de conveniencia u oportunidad¹².
- viii) La Concesión es "intuitu personae".- La concesión, por regla general, se otorga teniendo en cuenta la persona del concesionario, a través de un procedimiento de selección de propuestas (procedimiento de Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales), el cual asegura la existencia de una adecuada competencia de ofertas técnicas y económicas entre todos los interesados que cumplan los requisitos técnicos y legales. Por ello, el concesionario no podrá transferir a otro particular los derechos que el corresponden sin que exista una previa autorización expedida por la Administración concedente¹³.
3. Con carácter general, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, literal b) de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (en adelante, LMPID), la concesión es considerada como una de las modalidades de contratos de participación de la inversión privada a través de los cuales se formaliza dicha inversión en proyectos públicos. Ahora bien, en concordancia con lo señalado anteriormente, el literal b) del artículo 10° del Reglamento de la LMPID aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, define la concesión como:
- "El acto administrativo por el cual el Estado, a través de cualesquiera de sus niveles de gobierno otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado".
- La definición mencionada con anterioridad recoge a su vez lo establecido previamente por la normativa nacional en materia de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. En efecto, como parte de las normas en materia de promoción de la inversión privada (a las que se refiere el artículo 4°, literal e) del Reglamento de la LMPID aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM), el artículo 3° del TUO de Concesiones, aprobado, señala a su vez lo siguiente:
- "Entiéndase por Concesión el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la explotación de determinadas obras públicas de infraestructura de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI¹⁴, por un plazo establecido".
- En forma complementaria a lo señalado, el artículo 12° del Reglamento de la LMPID, señala que, a través de los contratos de concesión, los

Estado: "h) declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando concorra alguna de las causales establecidas en la ley y en las bases; i) asumir la responsabilidad de la operación de la obra pública de infraestructura y/o del servicio público, durante la suspensión de la concesión o después de la caducidad de la misma".

- 12 VARGAS FRITZ, José. Op. cit., p. 29. Las causales de terminación de la Concesión, distintas del vencimiento del plazo por el cual se otorga la mismas, y contempladas en el artículo 39° del TUO de concesiones y la Segunda Disposición Complementaria del Reglamento, como causales de caducidad de las concesiones, son las siguientes: a) incumplimiento de las obligaciones del concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad del contrato correspondiente; b) Acuerdo entre el Estado y el concesionario; c) destrucción total de la obra; d) quiebra del concesionario; e) otras causales que se estipulen en el contrato.
- 13 Ibid., p. 30-31. La posibilidad para el concesionario de poder transferir la concesión a otro particular, previa autorización de la Administración Pública, está contemplada en el literal e) del artículo 30° del Reglamento del TUO de concesiones.
- 14 Actualmente, Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION), en virtud de lo establecido por el Decreto Supremo N° 027-2002-PCM. Si bien las disposiciones contenidas en el TUO de Concesiones y su Reglamento aparecen dirigidas al Organismo de Promoción de la Inversión Privada de ámbito nacional (PROINVERSION), las mismas deben ser interpretadas en conjunción con lo establecido por la Segunda Disposición Final del TUO de concesiones (que atribuye a las municipalidades el ejercicio de competencias en materia de entrega en concesión de obras públicas de infraestructura de servicios públicos de ámbito local previstas para PROINVERSION en dicho dispositivo). La aplicación de las disposiciones contenidas en el TUO de Concesiones y su Reglamento en calidad de normas de alcance nacional y obligatorias para los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local) ha sido ratificada tanto por la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (en adelante LMPID) y su Reglamento, así como por el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociación Público Privadas (en adelante Ley Marco de las APP) y su Reglamento principalmente referido a la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada.

diversos niveles de gobierno (nacional, regional o local) otorgan a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, la ejecución y/o explotación de obras públicas de infraestructura y la prestación de servicios públicos¹⁵.

Las disposiciones citadas con anterioridad, califican como normas de alcance nacional y aplicables a todos los niveles de gobierno (nacional, regional y local), cuyo contenido permite evidenciar la unidad de criterios empleados por el ordenamiento, para la definición de los elementos constitutivos de la concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

Como puede apreciarse, la concepción adoptada por nuestro ordenamiento respecto de la concesión coincide en su mayor parte con la adoptada por la doctrina, si bien es cierto que los dispositivos de alcance nacional específicamente referidos a los mecanismos de promoción de la inversión privada, circunscriben a la concesión como dirigida exclusivamente a la ejecución de las obras públicas de infraestructura y la realización de actividades presenciales calificadas como servicios públicos.

4. En lo específicamente referido a la provisión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, en nuestro ordenamiento el mecanismo de concesión puede revestir las siguientes modalidades, recogidas con carácter general en el artículo 14° del TUO de concesiones:

a) Concesión a Título Oneroso

A través de dicha modalidad, el Estado impone al concesionario en contraprestación por la cesión de la ejecución del servicio público o explotación de la obra pública de infraestructura, una determinada contribución en dinero, o el otorgamiento de un porcentaje (participación) sobre sus beneficios a favor del Estado.

b) Concesión a Título Gratuito

El otorgamiento, por parte del Estado, de la ejecución o explotación de la obra pública de infraestructura o prestación del servicio público no está sujeto, por parte del concesionario de la misma, a ninguna contribución específica ni al otorgamiento de ninguna participación sobre los beneficios obtenidos a favor del Estado.

c) Concesión Cofinanciada por el Estado

En aquellos proyectos autosostenibles, es decir, en los casos que la explotación de la infraestructura producirá ingresos suficientes para pagar la inversión realizada más una inversión razonable, se considera que el Estado no debería ocupar sus escasos recursos si el proyecto puede ser desarrollado con recursos privados, por lo que puede optarse por la promoción de la inversión privada a través de una concesión en la cual la inversión realizada por el particular, los costos vinculados a la operación y mantenimiento así como el margen de utilidad razonable, sean cubiertos por la sola explotación de la obra pública de infraestructura o la prestación del servicio. Sin embargo, en el caso de proyectos de baja o nula rentabilidad, se considera que la suma de todos los beneficios y eficiencias que introducirá al proyecto la participación de constructores, operadores y financistas privados es mayor al costo de implementar este modelo (incluyendo la propia rentabilidad reconocida al privado)¹⁶.

Una de las alternativas que se pueden evaluar para efectos de establecer -en el diseño de las concesiones a ser otorgadas por los gobiernos locales- consiste en la determinación de los alcances de la modalidad calificada como "concesiones cofinanciadas", previstas con carácter general en el artículo 14°, literal c) del TUO de Concesiones. En virtud de lo previsto por el citado dispositivo, el Estado se encarga del planeamiento (o subvención) parcial de los costos que demandará al concesionario la ejecución y/o explotación de la obra pública de infraestructura, así como la prestación del servicio público y/o la ejecución de las obras de infraestructura complementarias al mismo (los que constituyen objetos de la concesión). El cofinanciamiento de la concesión de una obra pública de infraestructura y/o de la prestación de servicios públicos podrá realizarse por cualquiera de las siguientes modalidades:

– Mediante una entrega inicial, durante la etapa de construcción ya sea de la obra pública de infraestructura objeto del contrato o de las obras de infraestructura

15 "Artículo 12°.- Participación de la inversión privada a través de concesiones

La referencia a la modalidad de concesión contemplada en el artículo 6° literal b) de la Ley, comprende todos aquellos actos administrativos en virtud de los cuales los diversos niveles de gobierno, dentro del ámbito de sus competencias previamente determinadas por el ordenamiento, otorgan a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y/o explotación de servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. En consecuencia, dicho mecanismo se ejecutará de conformidad con el procedimiento de Licitación Pública Especial y/o Concurso de Proyectos Integrales, para efectos de lo cual resultarán de aplicación las Normas Vigentes en Materia de Promoción de la Inversión Privada. (...)".

16 ZAPATA ORE, Gracy y CAMPOS MEDINA, Alexander. El Nuevo Rol del Estado para Reducir la Brecha en la Infraestructura Pública: A Propósito de las Concesiones Cofinanciadas. En: Revista de Derecho Administrativo – Círculo de Derecho Administrativo, Año III, N° 4, Enero 2008, p. 219.

requeridas para la prestación del servicio público. Entendemos que dicha entrega, además de inicial, es por única vez.

- Mediante entregas parciales durante la etapa de la explotación de la obra pública de infraestructura o la ejecución de la actividad prestacional calificada como servicio público. La periodicidad de dichas entregas parciales se determinará en cada contrato específico.

Las entregas efectuadas por el Estado bajo cualquiera de las modalidades contempladas anteriormente (en cuya ejecución consiste el cofinanciamiento estatal de la concesión) pueden ser reintegrables o no.

Dicha modalidad de concesión permite estimular la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos consideradas de cierta importancia por el Estado, pero cuyos costos de ejecución para el particular concesionario sean elevados (pudiendo inclusive quedar fuera de su posibilidad de cobertura) y cuya explotación no redima de los mismos en forma razonable y suficiente al inversionista privado.

Lo señalado en las disposiciones previstas en el TUO de Concesiones y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, específicamente referido a las concesiones bajo modalidad de cofinanciamiento debe ser entendido en concordancia con lo previsto en los artículos 2° y 3° del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, que aprobó normas complementarias vinculadas a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del Estado.

En virtud del artículo 2° del citado dispositivo se prevé la posibilidad que el concesionario perciba como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir, entre otros, en un cofinanciamiento, el mismo que implica un pago total o parcial a cargo del concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las inversiones y/o la operación y mantenimiento, y que puede ser entregado en un única suma, o mediante una suma única entregada periódicamente.

Si bien el precepto citado con anterioridad se entendería aplicable únicamente a las concesiones de servicios públicos, cabe señalar que en el artículo 3° del mencionado Decreto Supremo N° 108-2006-PCM, se ha previsto con carácter general que, en el caso de las concesiones cofinanciadas por el Estado, los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de los gastos de operación y mantenimiento efectuado y, por lo tanto, la retribución económica del servicio público o de la actividad a través de la cual se manifieste la explotación de la obra, en los que haya incurrido el concesionario.

d. Concesión Mixta

Esta modalidad se presenta cuando, en el diseño de una concesión, concurren más de una de las modalidades señaladas con anterioridad.

Ahora bien, la estructuración de un proceso de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura o de servicios públicos a través de alguna de las modalidades de concesión señaladas líneas arriba deberá sujetarse a una evaluación, tomando en consideración los siguientes criterios (establecidos en el artículo 15° del TUO de Concesiones):

- a) La necesidad de ejecución de la obra y/o de la prestación del servicio;
- b) La rentabilidad que pueda producir la explotación de la obra y/o la prestación del servicio;
- c) La amortización de los costos que demanden las actividades mencionadas;
- d) La amortización de los gastos de conservación y de explotación que demanden¹⁷.

En forma complementaria a todo lo señalado con anterioridad, y en lo específicamente relacionado con la posición correspondiente a la concesión como mecanismo de promoción de la inversión privada, consideramos pertinente efectuar un breve repaso sobre la relación existente entre la concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y el régimen actualmente vigente en materia de Asociaciones Público Privadas establecido principalmente por el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público Privadas (en

17 Sobre el particular, resulta pertinente advertir que los criterios establecidos en el artículo 15° del TUO de Concesiones, no obstante referirse en apariencia con marcada inclinación a los supuestos de concesiones de obras públicas de infraestructura, pueden ser empleados a su vez respecto de las concesiones de servicios públicos, toda vez que dicha actividad tiene como fundamento, entre otros, la existencia de una infraestructura destinada a dicha actividad, la misma que puede calificar como obra pública. En tal sentido, los criterios establecidos en el artículo 15° del TUO de Concesiones son extensivos a los dos tipos de concesión comprendidos dentro de los alcances del citado dispositivo.

adelante, Ley Marco de APP) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF. Sobre el particular, se ha considerado pertinente lo que se detalla a continuación:

1. Con carácter general, se entiende que el término “Asociación Público Privada” (en adelante, APP) hace alusión a un espectro muy amplio de relaciones de cooperación entre el sector público y el privado en beneficio mutuo, en las cuales los riesgos de un proyecto se distribuyen de manera eficiente entre dichos sectores con la finalidad de alcanzar un resultado público deseado vinculado al desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos¹⁸. Frente a ello, un concepto más restringido es aquel en virtud del cual el modelo de APP se distingue de los modelos tradicionales de propiedad estatal y de privatización al combinar elementos propios de cada uno de ellos, asociando capitales privados y públicos, y distribuyendo los riesgos del proyecto entre ambas partes¹⁹.

Los acuerdos en virtud de los cuales se constituyen APP, en general, detentan las siguientes características²⁰:

- a) Establecimiento de una relación entere el sector privado y el sector público, prevista, en principio, para perdurar en el tiempo. Aun en los casos de APP con carácter temporal, la vinculación se establece con un plazo de duración extenso.
- b) El sector público pone a disposición del sector privado terrenos o infraestructura pública, con o sin un pago a cambio, por lo general por todo el plazo del contrato. Frente a ello, el sector privado se obliga a ampliar o a rehabilitar infraestructura existente o (de ser el caso)

a construir infraestructura nueva y a brindar servicios con dicha infraestructura (usualmente con restricciones vinculadas a los estándares de operación y las tarifas aplicables).

- c) El sector público especifica el nivel de servicios que deberá brindar el sector privado, incluyendo características de desempeño cualitativo y cuantitativo. Para estos efectos, el sector público define los servicios que requiere a lo largo del plazo de duración de la APP, haciendo referencia a un resultado deseado de producción y a desempeños específicos, sin establecer en detalle los medios para lograr tales resultados.
- d) La distribución de responsabilidades y de riesgos se establece de manera colaborativa, pues existe un interés mutuo y un compromiso unívoco del sector público con el privado hacia el éxito del proyecto.
- e) El sector público no efectúa pagos durante la etapa de construcción (los riesgos por mayores costos, demoras y similares son asumidos por el contratista), sino una vez que la infraestructura se encuentra operativa.
- f) El sector privado transfiere la infraestructura objeto de explotación al sector privado, con o sin una obligación de pago a cambio, al final del contrato.
- g) Cada uno de los participantes brinda valor a la asociación. Uno de los objetivos de las APP es obtener “Valor por Dinero” y, para ello, cada socio transfiere dinero, propiedad, autoridad, reputación o cualquier otro tipo de aporte requerido para el éxito del objetivo planteado. Esta última característica de las

18 RONCEROS, Miguel Angel. Concesiones Cofinanciadas y PPPS. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 52, 2006, p. 233. Para el autor, dicho concepto de APP resulta excesivamente amplio, pudiendo incluirse dentro del mismo desde privatizaciones en sentido estricto (transferencia de propiedad de acciones y activos del Estado a favor del sector privado), hasta mecanismos tales como contratos BOT, arrendamientos, joint ventures, concesiones puras, contratos de gerencia, entre otros. Otra clasificación similar de las formas de manifestación de APP es la establecida por J. Luis Guasch, dentro de la cual destacan: i) Oferta y operación pública; ii) Outsourcing; iii) Acuerdos de capacitación y performance; iv) Contratos de Gestión; v) Leasing; vi) Contratos de franquicias; vii) Concesiones; viii) Contratos BOOT (Construir-Operar-Transferir); ix) Contratos BOO (Construir-Adquirir-Operar), x) Desposesión mediante licencia; xi) Desposesión por venta, xii) Oferta y operación privada (GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*. World Bank Institute, April 2004, p. 24, citado por MARTIN, Richard. *El Servicio de Limpieza Pública a cargo de las Municipalidades y las Dificultades Existentes para el Cobro Individualizado del Servicio*. En: *Revista de Derecho Administrativo – Círculo de Derecho Administrativo*. Año I, N° 2, Diciembre de 2006, p. 105).

19 Loc. cit. Para Enrique Felices, por APP en sentido estricto se entiende únicamente a ciertas clases de proyectos de infraestructura que cuentan con cofinanciamiento público y privado, mientras que en una acepción más amplia comprende modalidades de inversión que se extienden desde la privatización hasta el modelo tradicional de Project Finance (FELICES, Enrique. *Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance*. En: *Thémis*, N° 50, 2005, p. 140.

20 *Ibíd.*, p. 234.

21 En un sentido estricto, se entiende por respaldo público a la estructuración de medidas especiales de índole financiera o económica, que el Estado adopta para mejorar las condiciones de ejecución de un determinado proyecto, o para facilitar la asunción por parte del privado de ciertos riesgos que en condiciones normales no tomaría. El otorgamiento de respaldo público puede sustentarse en lo siguiente: i) Existencia de riesgos políticos no asegurables que legitiman al Estado a asumir compromisos que los mitiguen; ii) Necesidad de que ciertos servicios sean prestados a un valor socialmente aceptable, lo que comporta que el Estado asuma el impacto financiero de ofrecer tarifas por debajo de su costo; iii) En muchos casos, resulta más eficiente que el Estado asuma determinados riesgos. Algunas de las principales formas de respaldo público que pueden ser utilizadas son las siguientes:
Préstamos otorgados por el Estado a favor del concesionario, pero en mejores condiciones que las del mercado.
Otorgamiento, por el Estado, de garantías de reembolso, respecto de los préstamos que tome la sociedad que desarrolla el proyecto.

APP es la que, en diversas ocasiones, deriva en el otorgamiento de respaldo público²¹ para el desarrollo de proyectos tales como las concesiones cofinanciadas.

2. En nuestro ordenamiento actualmente vigente, la definición de la APP se encuentra prevista en el artículo 3°, primer párrafo de Ley Marco de APP, que las concibe como *“modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar. Mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos”*. Dicha definición es complementada con lo señalado en el segundo párrafo del citado artículo, que establece los principales sujetos intervinientes en la misma, es decir, de un lado, el Estado (a través de cualquiera de las entidades integrantes del sector público no financiero y con independencia del nivel de gobierno nacional, regional o local).
3. Conforme puede advertirse de la definición señalada con anterioridad, la categoría correspondiente las APP inciden directamente en el ámbito material previsto para las concesiones reguladas bajo el TUO de Concesiones y su Reglamento. Asimismo, la entrada en vigencia de la Ley Marco de APP y su Reglamento no ha supuesto una derogatoria de los aspectos esenciales del régimen general aplicables a las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (con excepción de las modificaciones introducidas en el tratamiento correspondiente a las instancias de decisión y el procedimiento para la evaluación de las iniciativas privadas), por cuanto inclusive el artículo 9°, numeral 9.7 de la Ley Marco de APP reconoce expresamente la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en el TUO de Concesiones, como parte del marco institucional para la provisión de infraestructura y servicios públicos.

En tal sentido, atendiendo a lo señalado con anterioridad, y tomando como referencia las concepciones establecidas con relación al mecanismo de concesión en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, resulta factible considerar que la misma (bajo cualquiera de sus modalidades previstas en el ordenamiento) se encuentra incorporada

en nuestro ordenamiento como una de las modalidades de implementación de las APP, la misma que constituye una categoría de mayor amplitud y que abarca todas las modalidades mediante las cuales el Estado desarrolla obras públicas de infraestructura y gestiona la prestación de servicios públicos con el concurso de la inversión proveniente del sector privado, siendo por tanto en esencia compatible su permanencia en el sistema actualmente vigente²².

II. ATRIBUCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA A LOS GOBIERNOS LOCALES PARA LA ENTREGA EN CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ÁMBITO LOCAL

Para efectos de determinar los alcances de la competencia atribuida con carácter general a los gobiernos locales, en aquello específicamente referido al otorgamiento en concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, cabe tener presente lo que se detalla a continuación:

1. La Constitución Política no contiene disposiciones expresas que, con carácter general, establezcan la potestad del Estado para otorgar en concesión obras públicas de infraestructura y las actividades que califican como servicios públicos, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno. Sin embargo, en forma indirecta, puede sostenerse que el texto constitucional contempla la previsión de ciertas bases para la implementación de dicho mecanismo específico de promoción de la inversión privada, conforme se desprende de lo que se menciona a continuación:
 - En primer lugar, el artículo 58° de la Constitución señala que el Estado, en cualquiera de sus niveles (nacional, regional o local), cumple una función orientadora del desarrollo.

«La concesión es considerada como una de las modalidades de contratos de participación de la inversión privada a través de los cuales se formaliza dicha inversión en proyectos públicos»

Participación en el capital social de la sociedad que desarrolle el proyecto.

Subvenciones estatales, a través de las cuales la sociedad del proyecto recibe parte o toda su retribución directamente del Estado. Esta fórmula es usada principalmente para proyectos de alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, con la finalidad de lograr objetivos gubernamentales determinados. Sin embargo, dicha fórmula no es excluyente respecto de proyectos que sí tienen una rentabilidad financiera razonable, ya que en éstos se pueden utilizar las subvenciones estatales con la finalidad de mitigar riesgos de demanda o similares. En tal sentido, dentro de dicha categoría se encontrarían los mecanismos contractuales que tienen por finalidad que el Estado asuma la obligación de complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del mismo desciende por debajo de ciertos niveles mínimos. (RONCEROS, Miguel Angel, op.cit., p. 235-236).

22 En sentido similar, ZAPATA ORÉ, Gracy y Alexander CAMPOS MEDINA, op. cit., p. 222 y 223.

llo del país, actuando principalmente –entre otros- en las áreas correspondientes a los servicios públicos e infraestructura. Sobre el particular, es cierto que el dispositivo citado no precisa los mecanismos en virtud de los cuales el Estado deberá cumplir con dicha función orientadora (no precisándose a su vez la incidencia de la inversión privada en dicho aspecto); sin embargo, resulta factible sostener que dentro de dicha función se encuentra comprendida la previsión de las condiciones para el fomento de la inversión privada en dichos ámbitos, parte de lo cual lo constituye la implementación de mecanismos como las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. En efecto, una de las consecuencias del hecho que el vigente modelo constitucional confiera en forma expresa al Estado un rol subsidiario en la intervención en la economía, es precisamente el hecho que el mismo tienda a incentivar la inversión privada en la materia y garantizar su adecuado desenvolvimiento²³; lo que, en lo específicamente referido a los servicios públicos esenciales y la infraestructura física del país comprende la implementación de los mecanismos adecuados para su desenvolvimiento, inclusive en aquellos sectores en los que subsiste la titularidad estatal, a través de mecanismos que permitan su participación, como es el caso de la concesión.

La única mención expresa a las concesiones de servicios públicos se encuentra recogida en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, pero específicamente en cuanto a calificarlas como uno de los ámbitos a los cuales le otorga prioridad, específicamente para la promulgación de leyes de desarrollo constitucional circunscritas a los procedimientos y mecanismos de eliminación progresiva de monopolios legales que se hubieran constituido en virtud del otorgamiento de tales derechos a particulares. Sin embargo, consideramos que dicha mención (complementada con lo señalado con anterioridad respecto de los alcances del artículo 58° del texto constitucional) permite considerar indirectamente la existencia de una atribución del Estado para el fomento del otorgamiento de concesiones que tengan

por objeto la participación de la inversión privada en materia de prestación de servicios públicos, precisamente como uno de los mecanismos que pueden ser empleados para efectos de la eliminación progresiva de los monopolios existentes en dichas actividades y la consecuente introducción de la competencia en las mismas.

- Asimismo, somos de la opinión que es posible sostener que la segunda parte del artículo 73° de la Constitución contiene una habilitación que permite la previsión de este mecanismo de promoción de la inversión privada, al señalar que “Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares, conforme a ley, para su aprovechamiento económico”. En efecto, si bien la norma citada hace referencia únicamente a los bienes de uso público, la misma se encuentra relacionada con elementos que integran en parte el concepto de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, en la medida que ambas modalidades de concesión descansan, en todo o en parte, en el aprovechamiento de bienes de uso público²⁴.

De otro lado, en lo específicamente referido a los servicios públicos y las obras públicas de infraestructura de ámbito local, se advierte que el texto actualmente vigente del artículo 195° de la Constitución Política ha previsto (en sus incisos 5 y 8) que las Municipalidades, entre otros, son competentes para:

- Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad²⁵. El detalle de las actividades que califican como servicios públicos locales deberá ser precisado por la Ley Orgánica de Municipales y/o disposiciones especiales con rango de Ley que se dicten en la materia, sin perjuicio de lo cual se advierte que dicho precepto (en concordancia con lo previsto en el artículo 58° de la Constitución Política) establece la titularidad de los Gobiernos Locales sobre determinadas actividades calificadas como servicios públicos²⁶, las mismas cuyo contenido será precisado por las leyes de desarrollo constitucional..
- Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda,

23 En sentido similar: SANTISTEVAN, Jorge. Estado Orientador y Promotor. En: AA.VV. La Constitución Comentada. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005-2006, p. 802; y DANÓS, Jorge. El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana. En: Revista *Thémis*, N° 55, Febrero 2008, p. 258.

24 En el caso específico de los gobiernos locales, en el artículo 56°, inciso 1 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM), se hace referencia a la existencia de bienes inmuebles de uso público destinados a la prestación de servicios públicos locales.

25 Disposición similar se encuentra recogida en el artículo 42°, literal c) de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

26 En sentido similar, CASTRO-POZO, Hildebrando. Fines y Atribuciones de los Gobiernos Locales. En: AA.VV. La Constitución Comentada. T. II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005-2006, p. 1006.

saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. El mencionado precepto establece con carácter general determinados ámbitos de actividad a cargo de los gobiernos locales, respecto de los cuales se podrá eventualmente evaluar la implementación de obras públicas de infraestructura pasibles de ser ejecutadas y explotadas en virtud del mecanismo de la concesión, ya sea que se trate de una concesión de obras públicas de infraestructura o de una concesión de servicios públicos²⁷.

2. Si bien no contiene disposiciones específicas en materia de mecanismos de promoción de la inversión privada (específicamente, en lo referido al mecanismo de la concesión) en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a ser implementados por los gobiernos locales, resulta necesario tener presente que el artículo 42° de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización, al referirse en general a las competencias municipales de carácter exclusivo²⁸, contempla como tales, entre otras, a las siguientes: i) Administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local (inciso c); ii) Ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local (inciso f).
3. La LMPID contiene en su artículo 1° una atribución general de competencias, entre otros, a los gobiernos locales, en materia de promoción de la inversión descentralizada, disposición que corresponde ser complementada con lo que se desprende de lo establecido en el artículo 6° del citada Ley, en virtud del cual la inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, categoría dentro de la cual se encuentra comprendida la concesión, que a su vez –conforme al ordenamiento actualmente vigente– se considera como una de las modalidades de implementación de las APP.

Ahora bien, para efectos de la implementación de la promoción de la inversión privada (que, entre otros, puede comprender la adopción del mecanismo de la concesión), el artículo 5° de la LMPID asigna a los gobiernos locales, en con-

cordancia con lo establecido en la materia por la Ley Orgánica de Municipalidades vigente, el ejercicio de determinadas funciones específicas, dentro de las cuales consideramos que merecen destacarse las siguientes:

- i) Definir, aprobar y ejecutar en su Plan de Desarrollo Concertado las prioridades, vocaciones productivas y lineamientos estratégicos para la potenciación y mejor desempeño de la economía local.
 - ii) Supervisar en su ámbito el cumplimiento de las políticas y estrategias de promoción de la inversión privada.
 - iii) Concertar con el sector privado la orientación de la inversión pública necesaria para la promoción de la inversión privada.
4. En materia de gestión municipal, la actualmente vigente Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM) contiene diversas disposiciones vinculadas específicamente a la implementación de mecanismos de promoción de la inversión privada por parte de los gobiernos locales, incluyendo aquellas expresamente referidas al mecanismo de concesión en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de ámbito local²⁹.

En efecto, la previsión general de la posibilidad del otorgamiento en concesión, al sector privado, de las obras públicas de infraestructura y de los servicios públicos de ámbito local, se encuentra recogida en el artículo 33° de la LOM, cuyo primer párrafo establece lo siguiente: “Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la ejecución de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley”.

Sobre el particular, consideramos necesario tener presente que las disposiciones contenidas en la LOM son concordantes con la restricción general establecida para el ámbito de aplicación de dicho mecanismo de promoción de la inversión privada tanto en la LPMID, el TUO de Concesiones, la Ley Marco de APP y sus respectivos Reglamentos, es decir, la aplicación de dicho mecanismo exclusivamente a las obras públicas de infraestructura y a los servicios públicos, con la sola precisión que en el presente caso se entenderá referida a aquellas de ámbito local.

27 Sobre el particular, resulta relevante tener presente que (conforme se verá en secciones posteriores) varias de las actividades descritas con carácter general en el inciso 8 del artículo 195° de la Constitución Política son calificadas a su vez como servicios públicos locales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 73°, inciso 2 de la LOM.

28 De acuerdo a lo establecido por el artículo 13°, numeral 13.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, las competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno (nacional, regional, local), conforme a la Constitución y a la Ley.

29 En la presente sección nos limitaremos a mencionar las atribuciones generales de competencia a los gobiernos locales, vinculadas con la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La atribución de competencias específicas en la materia será detallada con posterioridad.

«La titularidad estatal del servicio público no implica una exclusividad estatal en la ejecución de la prestación en que constituye dicho servicio, la misma que puede ser delegada a entes particulares, sin que ello implique que el Estado pierda la titularidad sobre el servicio público»

5. Lo señalado con anterioridad por la LOM y la LMPID, debe entenderse complementado a su vez con lo establecido en la Segunda Disposición Final del TUO de Concesiones, en virtud de la cual (y en concordancia con los artículos 5°, primer párrafo y 6°, numerales 1 a 4), los gobiernos locales detentan el ejercicio de competencia para promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos, a través del mecanismo de la concesión, correspondiéndoles, en líneas generales, el ejercicio de las siguientes funciones:

- a) Establecer, en base a los estudios técnico – económico y/o definitivos, cuando corresponda, las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que serán entregados en concesión al sector privado. Dicha facultad comprende a su vez determinar la modalidad a través de la cual se entregará en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura local y servicios públicos locales.
- b) Aprobar, previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la entrega en concesión de una o varias obras públicas de infraestructura local o de servicios públicos.
- c) Analizar, evaluar y aprobar las propuestas que le sometan los Comités Especiales, buscando asegurar la consistencia del proceso de promoción de la inversión privada.
- d) Celebrar todo tipo de convenios, contratos y acuerdos con instituciones nacionales o extranjeras, relacionadas con los procesos de promoción de la inversión privada para la entrega en concesión de obras públicas

de infraestructura y de servicios públicos de ámbito local.

III. ÁMBITO MATERIAL DE LA COMPETENCIA DE LOS GOBIERNOS LOCALES; CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA LOCAL Y CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Una vez que ha sido determinado con carácter general el sustento de la competencia de los Gobiernos Locales (de ámbito provincial y distrital), para la implementación de las concesiones, como uno de los mecanismos de promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura local y de servicios públicos locales, corresponde establecer someramente el ámbito material respecto del cual es ejercida la misma, es decir, una aproximación a los elementos que califican a las concesiones de obras públicas de infraestructura local y a las concesiones de servicios públicos locales. Sobre el particular, consideramos que resulta pertinente detenernos en lo que se detalla a continuación:

III.1 Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura Local

1. De acuerdo a lo establecido por la doctrina, en general, el contrato de concesión de obra pública (concesión de obra pública de infraestructura en nuestro ordenamiento) implica la atribución al concesionario de la utilización privativa del dominio público como algo inherente a la concesión, respecto del bien inmueble (la obra pública) que él mismo crea o a cuyo cuidado se encomienda para su explotación³⁰. La concesión de obra engloba la de gestión y conservación del dominio público en condiciones adecuadas para el cumplimiento de sus fines.

Con carácter preliminar al análisis de los elementos que se desprenden de la definición señalada con anterioridad, corresponde partir del presupuesto principal de este tipo de concesión, es decir, la obra pública. En ese sentido, la obra pública materia del contrato de concesión puede ser concebida como un inmueble que se somete al régimen jurídico específico de los bienes de dominio público (bienes demaniales), el mismo que comprende las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y que aseguran la integridad de la obra. La obra es pública cuando, hallándose destinada a un fin público, a un fin de interés general, el sujeto que decide que debe ser ejecutada es una entidad perteneciente a la Administración Pública, con base a las competencias que en la materia le han sido atribuidas por el ordenamiento³¹.

30 SANZ, Francisco. El Concepto de Contrato de Concesión de Obra Pública. AA.VV. Comentarios a la Nueva Ley 13/2003, de 23 de Mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Madrid: Thomson -Civitas, 2003, p. 87-88.

31 MENENDEZ, Pablo y Rafael FERNANDEZ. Análisis Histórico-Jurídico de la Concesión de Obra Pública. En: AA.VV. Comentarios

Atendiendo a lo señalado con anterioridad, la obra pública se constituye en un soporte instrumental para la ejecución de actividades o de diversos servicios de interés público, es decir, desde el servicio público entendido en el sentido tradicional hasta servicios económicos de interés general³². Es por ello que, aún en el caso de las concesiones de servicios públicos, la actividad principal objeto de las mismas se sustenta en una infraestructura de la cual forman parte obras públicas.

Finalmente, corresponde tener presente –y de cara al mecanismo de la concesión– que para efectos de la calificación de una obra como pública, es irrelevante la cualidad pública o privada del sujeto encargado de la ejecución material o directa, pues la Administración Pública mantiene la titularidad sobre la misma, al tiempo que retiene poderes que puede ejercitar en cualquier momento, ya sea en su ejecución o explotación³³.

2. Atendiendo a lo señalado con anterioridad, cabe tener presente que, si bien las disposiciones generales aplicables en materia de promoción de la inversión privada en materia de concesiones de obras públicas de infraestructura tratan el objeto del contrato de concesión (específicamente en lo referido a las actividades que lo definen), las mismas no contienen a su vez una concepción general de lo que se entiende por obra pública de infraestructura.

Asimismo, en el caso específico de los gobiernos locales, conviene precisar que si bien la LOM, en su artículo 33°, contempla expresamente la posibilidad que las obras públicas de infraestructura sean otorgadas en concesión al sector privado, el citado dispositivo tampoco contempla una definición específica que permita determinar los alcances de lo que se entiende por obras públicas de infraestructura de ámbito local.

En tal sentido, somos de la opinión que la fijación de algunas de las obras públicas de

infraestructura local que pueden calificar para materia de dicho tipo de concesiones, sólo se pueden derivar indirectamente del contenido de diversos preceptos dispersos en la LOM, y siempre que los mismos –conforme se apreciará posteriormente– no se encuentren directamente asociados a la infraestructura prevista para la prestación de servicios públicos locales (constituyendo, por tanto elementos integrantes de la concesión de servicios públicos locales) definidos en el artículo 73° del citado dispositivo.

3. Las notas características de la concesión de obras públicas de infraestructura son las siguientes³⁴:

- a) Bilateralidad (Contrato Sinalagmático).– En la Concesión de Obra Pública, los sujetos intervinientes son los siguientes: 1) Administración Pública (ente estatal o entidad pública descentralizada); 2) Concesionario (particular, ya sea persona natural o persona jurídica). Ambos están sujetos al cumplimiento de prestaciones recíprocas: la Administración está obligada a ceder al concesionario el derecho de cobrar por el uso o aprovechamiento de la obra pública, y el concesionario está obligado a ejecutar la obra pública.

- b) Formalidad.– La Concesión de Obra Pública requiere, para su perfeccionamiento, no sólo del consentimiento de los sujetos de la relación, sino también que se suscriba el instrumento pertinente.

- c) Carácter Intuitu Personae.– El Contrato de Concesión de Obra Pública se celebra con el particular que ha sido seleccionado como concesionario, de acuerdo a un procedimiento técnico-administrativo y de acuerdo al sistema de evaluación de las ofertas presentadas. De ahí que el concesionario no pueda ceder el contrato o sus derechos sin la autorización de la Administración³⁵.

a la Nueva Ley 13/2003, de 23 de Mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 42-43. En sentido, amplio, la obra pública también es concebida como un bien inmueble vinculado al interés público, creado por la actuación del contratista que realiza el proyecto promovido y aprobado por la Administración Pública y que explota económicamente, o sólo esto último (SANZ, Francisco, op. cit., p. 93). Otra forma de conceptualización de la obra pública es la que formula Roberto Dromi, sobre la base de tres aspectos: i) Objetivo, en virtud del cual quedan comprendidos dentro de dicho concepto todos los bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales, incluyendo los actos y operaciones relacionadas con el bien principal; ii) Subjetivo, en virtud del cual la titularidad de la obra pública es detenida por el Estado, en cualquiera de sus niveles; iii) Finalista, en virtud del cual la obra pública es considerada como tal cuando está destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo. Los aspectos señalados motivan al autor a definir a la obra pública como el bien (cosas muebles o inmuebles, así como objetos materiales) que pertenece a una entidad pública, y que tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. T. I. Lima: Gaceta Jurídica – Ciudad Argentina, 2005, p. 681-682).

32 SANZ, Francisco, op. cit., p. 94.

33 Loc. Cit.

34 Al respecto, cabe tener presente que en la presente sección nos ceñiremos preferentemente a las concepciones esbozadas en: DROMI, Roberto, op. cit., p. 641-646.. En el mismo sentido: VARGAS FRITZ, José, op. cit., p. 121-125.

35 Este carácter está recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 34° del TUO de Concesiones.

- d) Se formaliza en un Contrato de Adhesión.- Los términos del Contrato de Concesión de Obra Pública están, en principio, previamente definidos en las bases de la Licitación, incluyendo las consultas a las mismas y las eventuales modificaciones que se susciten como consecuencia de las primeras. Sin embargo, lo señalado tampoco obsta a la posibilidad que (dentro de lo establecido en el respectivo contrato y los parámetros establecidos por el ordenamiento) durante su ejecución el contenido de dicho instrumento pueda ser modificado, siempre que con ello no se altere la equivalencia con la situación existente al momento de la suscripción del contrato³⁶.
- e) Ejecución Diferida o de Tracto Sucesivo.- Las prestaciones de las partes no se ejecutan en un solo instante, sino que se prolongan en el tiempo, durante el plazo de duración de la concesión.
- f) Aleatoriedad.- La Concesión de Obra Pública prevé la posibilidad para el concesionario de explotar la obra pública y cobrar las tarifas y peajes por el uso de la misma -beneficios que no sólo constituyen la retribución al concesionario por la actividad de prestación, sino también y fundamentalmente el precio de la obra-, tales beneficios dependen de hechos, en cierto sentido, inciertos: el mayor o menor uso de la obra concedida que determinará los ingresos a percibirse durante el plazo de la concesión. Este riesgo trae como consecuencia el encarecimiento y el aumento de dificultad de financiación para el concesionario³⁷.
3. Con base a las previsiones contenidas en los artículos 13°, 35°, 36° y 37° del TUO de Concesiones y los artículos 3° y 30° de su Reglamento, pueden establecerse los siguientes elementos introducidos en la materia por nuestro ordenamiento:
- a) De acuerdo a lo previsto por la normativa, la ejecución de una obra pública de infraestructura es definida como aquella actividad consistente, en forma individual o conjunta, en la construcción, reparación o conservación de una obra de infraestructura de uso público determinada;
- b) Además de la ejecución de la obra pública de infraestructura, la concesión implica la existencia de un derecho de titularidad del concesionario a la explotación económica de la misma, situación que comprende lo siguiente: (i) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue ejecutada la obra; (ii) El mantenimiento de la obra en óptimas condiciones de uso; y, (iii) El cobro de tarifas u otros conceptos pactados en el contrato de concesión, que pagarán los usuarios por los servicios básicos y complementarios recibidos.
- En el marco de la ejecución de un contrato de concesión de obra pública de infraestructura, el derecho de explotación conferido al concesionario se configura como un mecanismo para la recuperación de la inversión realizada por el particular; explotación que supone, fundamentalmente, la prestación del servicio vinculado a la obra de infraestructura ejecutada por el concesionario, así como el cobro a los usuarios de esta última de la tarifa correspondiente, como contraprestación y/o retribución por la efectiva utilización de la referida obra y/o de los servicios prestados por el concesionario vinculados a ella.
- Ahora bien, para que la construcción, reparación o conservación de una obra pública sea llevada a cabo a través del esquema de la concesión, se requiere que la misma pueda ser susceptible de explotación económica, pues sólo en dicho supuesto podrá retribuirse el concesionario, recuperar y ver retribuida la inversión en su construcción y recuperar los gastos de explotación o sólo estos últimos. En ese sentido, la obra pública es susceptible de explotación económica cuando, ya sea el usuario (es decir, los ciudadanos) o la Administración, retribuyen al concesionario la inversión realizada mediante el pago de precios o tarifas³⁸.
- En efecto, por lo general, en el contrato de concesión la transferencia de riesgos al contratista no se limita a la fase de ejecución, sino, y sobre todo, a la fase de la explotación destinada a cubrir los ingresos que compensen la inversión realizada y proporcionen el beneficio correspondiente.

36 Artículo 15° del Reglamento del TUO de Concesiones. La previsión de la posibilidad de modificación de los contratos de concesión, también puede desprenderse a su vez de lo establecido con carácter general en el artículo 9°, numeral 9.5 de la Ley Marco de APP y el artículo 9° de su Reglamento.

37 FANELLI, Guillermo. La Concesión de Obra Pública. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1989, p. 24. De acuerdo con lo mencionado por el citado autor, el riesgo que acompaña a la Concesión de obra pública puede eliminarse o reducirse: i) Cuando el cálculo respecto a la cantidad de usuarios es brindado por el concedente; ii) Cuando existe un número cierto y predeterminado de usuarios, o cuando menos, un promedio razonable de los mismos.

38 SANZ, Francisco, op. cit., p. 94.

- c) El concesionario debe encontrarse en capacidad material y jurídica de explotar la obra pública, lo cual comprende, entre otros, la posibilidad de prestar el servicio básico para el cual fue ejecutada la obra pública, así como el cobro directo de una tarifa a los sujetos que resulten pasibles de ser calificados como usuarios de la misma.

cos es: “el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente⁴⁰”.

III.2 Concesión de Servicios Públicos Locales

1. Las disposiciones aplicables con carácter general en materia de promoción de la inversión privada a través del mecanismo de la concesión, no han previsto una definición específica de la concesión de servicios públicos. En tal sentido, consideramos pertinente el recurso a lo establecido por la doctrina en la materia. Sobre el particular, Miguel Marienhoff define al contrato de concesión de servicios públicos como aquel instrumento a través del cual:

“El Estado encomienda a una persona –individual o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada concesionario, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez³⁹”.

En el mismo sentido se pronuncia Jorge Sarmiento García, para quien la concesión de servicios públi-

2. Uno de los elementos principales elementos que forman parte de la definición de concesión de servicios públicos, y en relación con su objeto, es precisamente el concepto de servicio público. Este puede ser concebido, en principio, como toda acción o prestación realizada por la Administración Pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de las necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía⁴¹. Asimismo, como concepto tradicional, el servicio público en sentido estricto puede ser definido como “aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social⁴²”. Las notas características de esta concepción tradicional⁴³ de servicio público son las siguientes:

- a) *Actividad Indispensable para la vida social.*- El servicio público está referido a actividades que encuentran su razón de ser en la vida colectiva. No está referido a las actividades necesarias para la existencia misma del Estado como sociedad política (como son

39 MARIENHOFF, Miguel; citado por PEREZ HUALDE, Alejandro. *El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 13.

40 SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 83.

41 BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. P. 463, citado por MARTIN, Richard, op. cit., p. 113.

42 ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara Editores – Ariño y Asociados, 2004, p. 564. Sobre el particular, cabe tener presente que nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 034-2004-PI/TC (fundamento jurídico 40) desarrolló una definición tradicional del servicio público, declarando lo siguiente: “es importante tener en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estas son: a) su naturaleza esencial para la comunidad; b) la necesaria continuidad de su prestación; c) su naturaleza regular, es decir, que se debe mantener un estándar mínimo de calidad; d) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad”. Para Jorge Danós, en la Constitución Política los servicios públicos refieren a actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad o que se expresen únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de su prestación por parte de operadores privados o, en su defecto, por el Estado directamente (DANÓS, Jorge. *El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana*. En: *Revista Thémis*, N° 55, Febrero 2008, p. 258).

43 Si bien en nuestro ordenamiento actualmente vigente se apreciaría la noción tradicional del servicio público, consideramos pertinente advertir en forma muy somera que, a nivel de la Unión Europea se ha producido una reconversión del concepto de servicio público en el denominado “servicio de interés general” o “servicio universal”, el mismo que puede ser definido como aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios de mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general, por lo que deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia, y que en razón de ello están sometidos a obligaciones de servicio público, tales como: la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar (sobre el particular, ZEGARRA, Diego. *El Servicio Público*. Fundamentos. Lima: Palestra, 2005, p. 232). Para Gaspar Ariño, constituyen notas características de dicho concepto de servicio universal o de interés general, las siguientes: i) Se trata de un conjunto definido de prestaciones que se consideran esenciales; ii) Implican una accesibilidad a todos los usuarios, con independencia de su localización; iii) El acceso a dichos servicios se verificará a través de un precio razonable (ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 640-641).

las actividades de soberanía, administración de justicia, entre otros), ni de necesidades privadas que son generales, sino de actividades indispensables para la vida de la sociedad⁴⁴.

- b) *Titularidad Estatal de la actividad calificada como Servicio Público.*- La titularidad estatal de la actividad calificada legislativamente como servicio público, implica que el Estado se constituye en garante y responsable de la misma, en atención a que se orienta a la obtención de fines sociales considerados primordiales por el Estado.

La titularidad estatal del servicio público no implica una exclusividad estatal en la ejecución de la prestación en que constituye dicho servicio, la misma que puede ser delegada a entes particulares, sin que ello implique que el Estado pierda la titularidad sobre el servicio público.

La asunción de dichas actividades por la Administración, en calidad de servicio público puede verificarse por una doble vía: i) por una declaración formal de titularidad de la misma (*publicatio* en sentido estricto), que supone la reserva previa de un sector y la necesidad de concesión para su desarrollo por el privado; ii) por una intensa reglamentación de la misma que configure y obligue a desarrollar la actividad bajo unos modelos predeterminados (*publicatio* en sentido lato), que permite el desarrollo de la actividad sin concesión, pero sometida a autorización reglamentada⁴⁵.

- c) *Función Legitimadora del Servicio Público.*- La concepción del servicio público como instrumento idóneo para garantizar ciertas exigencias sociales apunta a la necesidad actual de propugnar un retorno del Estado hacia el individuo, hacia la protección de sus derechos civiles, y a la necesidad de revalorizar la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder⁴⁶.

El deber de prestación de los servicios públicos asume una configuración como deber jurídico por parte del prestador (si es ente privado por concesión u otro título otorgado por el Estado) y del Estado, en tanto legitima-

dor del ejercicio del poder, y como derecho por parte del usuario.

- d) *Necesidad de la Continuidad y la Regularidad del Servicio.*- La categorización de una actividad como servicio público supone la existencia de los caracteres de continuidad y regularidad, y de una relación especial que asegure su vigencia, tanto respecto a la actividad en sí y a los bienes afectados como a los prestadores del servicio⁴⁷.

La continuidad y la regularidad del servicio público se fundamenta en tres exigencias básicas: la necesidad social, la armonía social y la existencia estatal misma⁴⁸. Si un servicio se crea para satisfacer una necesidad social insatisfecha la consecuencia es que esa actividad pública nace para cubrirla de un modo suficiente y adecuado. La continuidad y la regularidad mantienen la armonía de la sociedad, en la medida que aseguran la plena satisfacción de necesidades existentes, a la vez que legitima la actividad estatal.

- e) *Los Servicios Públicos se regulan por Normas de Derecho Público.*- El interés público a satisfacer por medio del servicio público justifica que el régimen jurídico del mismo sea predominantemente de Derecho Público, esto es, que trascienda del Derecho Privado⁴⁹. Ello comporta la existencia de un régimen jurídico de protección especial de su prestación, el mismo que comporta la atribución de inmunidades y prerrogativas especiales, tanto de la Administración en relación con los titulares de la gestión, como del servicio frente a terceros⁵⁰.
- f) *Actividad de Prestación Material.*- La actividad calificada como servicio público debe consistir en prestaciones materiales en especie.
- g) *Debe perseguir finalidades de utilidad general al público.*- Todo servicio público debe consistir en una prestación dirigida al público. De esta característica se deriva un derecho abstracto del público usuario a la prestación del servicio⁵¹.

3. Desde un punto de vista doctrinario, en lo específicamente referido a las características de la concesión de servicios públicos, cabe tener

44 ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 568.

45 ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 566.

46 THURY, Valentín, Fundamentos y Límites de la Potestad Sancionadora de los entes reguladores de Servicios Públicos. E: Revista Argentina de Administración Pública, N° 207, 1995, p. 45.

47 En sentido, similar, ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 568.

48 MARTÍNEZ, Antonio. El Buen Funcionamiento de los Servicios Públicos. Madrid: Tecnos, 1990, p. 27-29.

49 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 5ª. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 411.

50 ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 568.

51 ARIÑO, Gaspar, op. cit., p. 569.

presente que (salvo aquello expresamente relacionado con su objeto), éstas son similares a las de la concesión de obras públicas de infraestructura. En efecto, para Dolores Rufián, la diferencia entre la concesión de obras públicas y la de servicios públicos radicaría principalmente en que un particular realiza la explotación del mismo por cuenta y nombre de la Administración, mientras que en la concesión de obra pública lo esencial es la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un procedimiento o mecanismo para remunerar al particular que se encarga de construirla, remodelarla o mantenerla⁵².

Por lo tanto, en concordancia con las disposiciones vigentes previstas en nuestro ordenamiento, es posible determinar la existencia de los siguientes elementos principales que, en general, caracterizan a la concesión administrativa de servicios públicos:

- a) En tanto que acto que implica ampliar la esfera de facultades de los administrados, la concesión de servicios públicos implica trasladar a un particular la competencia para la ejecución de una actividad calificada previamente por el ordenamiento como servicio público, la misma cuya titularidad corresponde a la Administración Pública en un determinado nivel de gobierno (nacional, regional o local).
- b) En virtud del otorgamiento de la concesión, se confiere al administrado exclusivamente la competencia para la realización de las actividades que son propias de un servicio público, sin que por ello se produzca el traslado de su titularidad, la misma que continúa residiendo en el respectivo nivel estatal de gobierno⁵³. Este elemento se encuentra relacionado con el que se menciona a continuación.
- c) La competencia para realizar actividades que integran el contenido de un determinado servicio público es otorgada necesariamente con carácter temporal, y por un plazo determinado, vencido el cual la competencia para la realización directa de las actividades que integran el servicio público retorna al nivel de gobierno (nacional, regional o local)

respectivo, por cuanto el mismo, no se ha desprendido, en virtud de la concesión, de la titularidad de la actividad de referencia.

- d) Toda vez que la actividad cuya prestación se traslada a un administrado en calidad de concesionario se encuentra calificada previamente como servicio público por el ordenamiento vigente, se tiene que la misma comprende, a su vez, como parte de sus elementos definitorios, la existencia de terceros usuarios en calidad de beneficiarios directos de la actividad que es prestada por el concesionario⁵⁴.

4. En el ámbito correspondiente a las competencias ejercidas por los gobiernos locales, y en lo específicamente referido a las modalidades de gestión de los servicios públicos locales, lo ya reseñado con anterioridad respecto del artículo 32° de la LOM sirve de base, entre otros, a lo establecido con carácter general en el artículo 33° del mencionado dispositivo, que establece expresamente que los servicios públicos locales “*pueden ser de gestión indirecta*”. En el caso de la gestión indirecta (categoría dentro de la cual se encuentra comprendida la concesión) se advierte que el precepto citado exige como condición previa que ello sea permitido por el ordenamiento vigente, y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal.
5. En forma complementaria a lo señalado con anterioridad, y a diferencia de lo que hemos expuesto respecto de las obras públicas de infraestructura de ámbito local, en principio, se advierte en el ordenamiento aplicable la existencia de un mayor detalle en cuanto al tratamiento de los servicios públicos que se encuentran bajo el ámbito de competencia de los gobiernos locales.

En efecto, el artículo 73° de la LOM, en el inciso 2 de su quinto párrafo, contempla una relación de actividades que califican como servicios públicos locales, las mismas que se detallan a continuación:

- Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

52 RUFÍAN, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 15.

53 Esta circunstancia trae como consecuencia que las concesiones siempre tengan carácter temporal, pues de lo contrario, se produciría una enajenación irregular de una de las funciones del Estado. En ese mismo sentido, SARMIENTO GARCÍA; op. cit.; pp. 139 y 140.

54 Este elemento es relevante, toda vez que implica una de las diferencias entre la concesión de servicios públicos y los contratos de prestación o locación de servicios regulada por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En efecto, la locación de servicios a favor de las entidades públicas, supone que la prestación de los servicios contratados tiene como beneficiario directo a la entidad administrativa contratante, y no a terceros. En la concesión de servicios públicos, en cambio, la actividad a ser realizada por el particular tiene por objeto sustituir a la entidad administrativa competente en la prestación directa de un servicio público local a los usuarios del mismo.

- Tránsito, circulación y transporte público.
- Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.
- Seguridad ciudadana.
- Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
- Registros Civiles.
- Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
- Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales.
- Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.

El detalle de las actividades calificadas como servicios públicos y a las que se refiere el mencionado dispositivo, se encuentra recogido en los artículos 80° a 87° de la LOM, y del cual corresponderá extraer los elementos que permiten determinar los casos en los que corresponderá la implementación del mecanismo de la concesión.

6. Con relación a lo señalado con anterioridad, somos de la opinión que es necesario tener presente que, si bien el artículo 33° de la LOM reconoce con carácter general la posibilidad que los servicios públicos pueden ser prestados en forma directa o indirecta, ello no necesariamente significa que toda actividad calificada como tal por la LOM pueda ser otorgada en concesión al sector privado, a efectos de calificar como una concesión de servicios públicos. En tal sentido, y no obstante no constituye objeto del presente trabajo realizar un análisis exhaustivo y detallado de las actividades calificadas por la LOM como servicios públicos municipales, consideramos pertinente señalar que, para efectos de la determinación de la procedencia de la aplicación del mecanismo de la concesión para la implementación de la promoción de la inversión privada en materia de servicios públicos de ámbito local, deberán ser objeto de evaluación, entre otros, las siguientes consideraciones:

a) La concepción de servicio público que subyace en la clasificación de actividades contenida en el artículo 73° de la LOM. En efecto, tanto tomando en consideración lo señalado en la relación de servicios públicos contenida en dicho artículo como el detalle de las actividades previsto en los artículos 80° a 83° de dicha Ley, puede advertirse que la noción de "servicio público" adoptada se orienta más bien a una equiparación de dicha categoría a todo ejercicio de funciones públicas con incidencia directa en los particulares, ya se trate de prestaciones técnico-económicas, de contenido material o no. Dicha concepción excede el concepto de servicio público al que hemos hecho referencia con anterioridad

(vinculado, más bien, a la noción de servicio público económico), e inclusive la evolución del mismo hacia las actividades de interés general. Tal es el caso, por ejemplo, de las competencias vinculadas al:

- Ejercicio de potestades normativas, como es el caso de: i) regulación de la emisión de elementos contaminantes (artículo 80°, numeral 1.2); ii) transporte (terrestre, fluvial y lacustre), sistemas de señalización y semáforos, transporte público (artículo 81°, inciso 1, numerales 1.1, 1.2 y 1.3); iii) deporte y recreación (artículo 82°, inciso 18); iv) acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas (artículo 83°, inciso 1, numeral 1.1); v) servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas y campesinas o similares (artículo 85°, inciso 1, numeral 1.1).
- Ejercicio de la potestad limitativa a través de la técnica de autorización, como es el caso de: i) otorgamiento de licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.4); ii) emisión de títulos habilitantes para la operación de terminales terrestres (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.8) y otorgamiento de concesiones y autorizaciones para la prestación del servicio público de transporte provincial de personas (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.7)..
- Ejercicio de potestades de fiscalización y supervisión, como es el caso de: i) disposición de residuos y emisión de contaminantes (artículo 80°, inciso 1, numerales 1.1 y 1.2); ii) transporte urbano y transporte provincial dentro de su jurisdicción (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.9 y 2, numeral 2.3); iii) supervisión de la gestión pedagógica y administrativa de las instituciones educativas de su jurisdicción (artículo 82°, inciso 4); iv) comercio en general dentro de su jurisdicción (artículo 83°, inciso 3 numerales 3.1 a 3.3); v) control del cumplimiento de las normas de higiene en materia de acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas (artículo 83°, inciso 3, numeral 3.1), comercio ambulatorio (artículo 83°, inciso 3, numeral 3.2), pesos y medidas, acaparamiento, especulación y adulteración de productos y servicios (artículo 83°, inciso 3, numeral 3.3).

Como consecuencia de lo señalado con anterioridad, dicha situación determina que el contenido de algunas actividades calificadas como servicios públicos locales encuentre dificultades para calificar como actividades pasibles de explotación económica por los particulares,

de modo tal que permita la implementación del sistema de concesión. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de evaluar la procedencia de la aplicación de otros mecanismos de asociación público-privada vinculados a las modalidades de promoción de la inversión privada previstas en el ordenamiento.

- b) En forma complementaria a lo indicado en los acápites que anteceden, consideramos que un elemento adicional a tomar en cuenta estriba en la necesidad de evaluar la descripción detallada de las actividades a que hace referencia el inciso 2 del artículo 73° de la LOM para efectos de determinar aquellas atribuciones y funciones que, no obstante calificar como manifestación de la prestación de servicios públicos locales, se encuentren comprendidas dentro de la categoría de facultades indelegables a que se refiere el artículo 67° numeral 67.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)⁵⁵, situación que determinaría la existencia de limitaciones para la implementación del mecanismo de concesión. Ello, sin perjuicio del hecho que, en el caso específico de los concesionarios de servicios públicos locales, el ejercicio de actividades prestacionales relacionados con éstos correspondería, en todo caso, a un encargo de gestión conforme a lo previsto con carácter general en el artículo 71° de la LPAG.
- c) Las propias disposiciones de la LOM relacionadas que establecen el detalle de las actividades que califican como servicios públicos locales, contemplan (sin perjuicio de la previsión general contenida en el artículo 33° de la LOM) algunos supuestos específicos en los que expresamente se indica que las mismas pueden ser realizadas por los particulares a través del mecanismo de la concesión. Ello se evidencia en los siguientes casos: i) prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y desagüe, así como los de limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos (artículo 80°, incisos 2, numeral 2.1 y 4, numeral 4.1); ii) prestación del servicio público de transporte provincial, dentro de su jurisdicción (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.7); iii) construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos al mayoreo o minoristas (artículo 83°, inciso 2, numeral 2.1); iv) establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales (artículo 73°, inciso 2, numeral 2.9).
- d) De otro lado, algunas de las actividades específicas que constituyen la manifestación de la prestación de servicios públicos de ámbito local, cuentan a su vez con la ratificación de dicha calidad por disposiciones especiales con rango de Ley, las mismas que a su vez contemplan la posibilidad de su prestación por particulares en virtud del mecanismo de concesión. Tal es el caso, por ejemplo, de: i) Los servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe (artículo 80°, inciso 2, numeral 2.2 de la LOM), que constituyen las actividades prestacionales que forman parte de los servicios públicos de saneamiento a los que se refieren los artículos 2° y 10° de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento; ii) La disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales dentro del ámbito provincial (artículo 80°, incisos 1, numeral 1.1 y 4, numeral 4.1 de la LOM), que se encuentra regulada a su vez en los artículos 20° y 44° la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos; iii) La operación de mercados mayoristas de alimentos (artículo 83°, inciso 2, numeral 2.1 de la LOM), que es calificada como tal por el artículo 4° de la Ley N° 28026, Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos.
- e) Asimismo, y tal como fuera analizado en secciones que anteceden, el estrecho margen que distingue la concesión de servicios públicos de la concesión de obras públicas de infraestructura, lleva a su vez a sostener –sin perjuicio de la efectiva posibilidad de ser ejecutadas dentro de un esquema de concesión– que determinadas actividades prestacionales calificadas como servicios públicos locales, encuentren dificultades para constituir la actividad principal y decanten, más bien en el mecanismo de explotación económica de una obra pública de infraestructura local, actividad económica que no necesariamente califica dentro del concepto de servicio público al que hemos hecho referencia. Tal es el caso, por ejemplo, de: i) La operación de terminales terrestres (artículo 81°, inciso 1, numeral 1.5 de la LOM)⁵⁶; ii) La construcción, equipamiento y mantenimiento, por concesión, de mercados de abastos al mayoreo o minoristas (inciso 2, numeral 2.1); iii) Instalación y mantenimiento de servicios higiénicos y baños de uso público (artículo 80°, inciso 3, numeral 3.3 de la LOM).

Sobre el particular, cabe mencionar a su vez el caso del tratamiento de residuos sólidos. En efecto, si bien es cierto que las actividades

55 De acuerdo a lo establecido en el citado dispositivo, son indelegables las siguientes atribuciones: i) Aquellas esenciales de los órganos administrativos que justifican su existencia; ii) Emisión de normas generales; iii) Resolución de recursos administrativos; iv) Aquellas recibidas a su vez en delegación.

56 Lo señalado puede verse corroborado atendiendo a una interpretación conjunta de lo establecido en los artículos 2°, literal b), 5°, numeral 5.1 y 8° de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y de Tránsito Terrestre, en virtud de la cual existe una distinción entre los servicios de transporte terrestre y la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, categoría dentro de la cual se encuentran comprendidos los terminales de transporte terrestre de pasajeros o mercancías.

consideradas como prestación de servicios de tratamiento de residuos sólidos forman parte de las prestaciones integrantes de uno de los servicios públicos de ámbito local de acuerdo a lo establecido por la LOM (artículo 80°); y que el artículo 29° de la Ley General de Residuos Sólidos establece expresamente que los contratos de prestación de servicios municipales de residuos sólidos pueden realizarse, entre otros, bajo la modalidad de concesión, el artículo 44° del citado dispositivo, al referirse específicamente a la promoción de la inversión privada (reconocida como parte de los instrumentos económicos aplicables a dicha actividad) contempla en sus incisos 4 y 6 la implementación de “*contratos de concesión para la construcción y operación de infraestructuras de residuos sólidos*”. Ello implica que, no obstante su calificación general como uno de los servicios públicos locales (que llevaría a considerar que la promoción de la inversión privada se verifique a través de un contrato de concesión de servicios públicos), la norma especial sobre dicha actividad –y para efectos de la implementación de la inversión privada– releva más bien los elementos de un contrato de concesión de obra pública de infraestructura local.

- f) De otro lado, constituye a su vez pertinente mencionar el caso de aquellos servicios públicos locales cuya explotación y/o prestación, según sea el caso, no pueda ser individualizada en los usuarios, o respecto de la cual no corresponda la percepción directa de una contraprestación por parte del concesionario (como ocurre en el caso de aquellos servicios públicos municipales cuya contraprestación es percibida a través de tasas), se han advertido ciertos inconvenientes al momento de diseñar la intervención de la inversión privada a través de un sistema de concesión.

En efecto, a decir de un sector de la doctrina nacional en la materia, se advierte la existencia de un sesgo consistente en considerar que sólo el pago directo de por parte de los usuarios (del servicio público o que se benefician de la infraestructura de obra pública) respondería en estricto a la naturaleza de una concesión administrativa, argumentos que se ampararían en lo previsto por el artículo 13° del TUO de Concesiones, e infiriéndose del contenido del mismo que el contrato de concesión sólo otorgaría derecho al concesionario para cobrar directamente su

retribución a través de diversas modalidades descritas, sin que el citado dispositivo, en principio, admita la posibilidad de la percepción de una retribución por el concedente, a través de un monto derivado de los tributos que sean percibidos por los gobiernos locales, y vinculados con la prestación de dichas actividades⁵⁷. La situación descrita con anterioridad se produciría como consecuencia del hecho que la norma bajo comentario, si bien establece la posibilidad de la existencia de diversos sistemas de recuperación de las inversiones, estaría restringiendo la posibilidad de su fijación a la exigencia que los mismos permitan al concesionario hacer valer dicho derecho ante terceros al contrato de concesión (como es el caso de los usuarios del servicio público o quienes se benefician de la obra pública de infraestructura).

La divergencia mencionada con anterioridad puede ser resuelta de una interpretación conjunta de lo previsto en las disposiciones contenidas en el artículo 2° de las disposiciones complementarias al TUO de Concesiones y su Reglamento, aprobadas por Decreto Supremo N° 108-2006-EF, el mismo que al referirse a la retribución que puede percibir el concesionario en calidad de contraprestación, prevé que la misma puede consistir, entre otros, en “*cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes*”, y sin que la misma (a diferencia de lo que se desprende del texto del artículo 13° del TUO de Concesiones) necesariamente deba ser percibida directamente por el concesionario de los usuarios o beneficiarios de la obra pública o del servicio público⁵⁸. En ese sentido, siempre que las principales obligaciones del concesionario relacionadas con servicio público y/o la explotación de la infraestructura pública directamente a favor de los usuarios o beneficiarios del servicio público o la obra pública, quienes pagan directamente por ello o bien indirectamente (por ejemplo, mediante el pago de tasas a favor del nivel estatal con competencia tributaria en la materia), la existencia de otras fuentes de financiamiento a favor del concesionario es aceptada, sin que ello implique desvirtuar la naturaleza del contrato de concesión⁵⁹.

- g) En forma complementaria a lo señalado con anterioridad, cabe tener presente que, aún cuando el artículo 73° de la LOM califique a determinadas actividades como servicios públicos locales y aún cuando se determine la

57 MARTIN TIRADO, Richard, op. cit., p. 118-119.

58 En el mismo sentido, MARTIN TIRADO, Richard, op. cit., p. 120-121. El mencionado autor señala que, conforme a lo previsto en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, el mencionado dispositivo fue emitido con la finalidad de aclarar, entre otros, el tipo de compensación que corresponderá percibir al concesionario en el caso de concesiones bajo la modalidad de cofinanciamiento o subsidio, de modo tal que no se considere la alteración de la naturaleza de la concesión como consecuencia de la imposibilidad de contemplar en su esquema una contraprestación directamente percibida de los usuarios de la obra pública de infraestructura o del servicio público.

59 MARTIN TIRADO, Richard, op. cit., p. 121.

(obras públicas de infraestructura y de servicios públicos) sobre los cuales recae el recurso a la concesión como mecanismo de promoción de la inversión privada por éstos, consideramos pertinente señalar los ámbitos de competencia funcional y/u órganos intervinientes, en diversas etapas de los procesos de promoción de la inversión privada.

Sobre el particular, consideramos necesario establecer previamente que, de acuerdo a lo establecido en la segunda parte del último párrafo del artículo 33° de la LOM, se advierte que los gobiernos locales pueden conducir el proceso de selección: i) directamente, o ii) contando para ello con la asesoría de las instituciones nacionales de promoción de la inversión privada, mediante la suscripción de convenios sobre la materia. En tal sentido, en la presente sección nos vamos a referir al primer supuesto, es decir, al caso en el cual los gobiernos locales intervienen directamente en la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada comprendidos dentro de su ámbito de competencias.

Para tales efectos, se ha tomado como base una interpretación conjunta de las disposiciones contenidas en la LOM, la Ley Marco de APP, las disposiciones vigentes de la LMPID el TUO de Concesiones, así como sus disposiciones reglamentarias y complementarias.

IV. 1 Identificación y clasificación del proyecto como APP

Previo a la determinación de la procedencia de su inclusión en los mecanismos de promoción de la inversión privada a que se refiere el artículo 6° de la LMPID (dentro de los cuales se encuentra comprendido la concesión), y de acuerdo a lo señalado por el artículo 7° de la Ley Marco de APP, corresponderá al Gobierno Local (a través del concejo municipal y a propuesta del Alcalde) competente la identificación de los niveles de servicio que se pretende alcanzar atendiendo a un diagnóstico de la situación actual, y señalando la importancia de dicho objetivo en las prioridades de ámbito local, en el marco de las cuales se desarrollan los proyectos de inversión.

61 Artículo 9°, inciso y 20°, inciso 24 de la LOM..

62 Artículo 8°, numeral 8.1 de la Ley Marco de APP.

63 Artículo 8°, numeral 8.2 de la Ley Marco de APP.

64 De acuerdo a lo previsto en el artículo 4°, literal b) del Reglamento de la LMPID, el Organismo Promotor de la Inversión Privada fue definido de la siguiente manera: “Es el Gobierno Regional y/o Gobierno Local, según sea el caso, que en forma directa o a través de una Gerencia u órgano de línea designado a tales efectos, ejerce las facultades de conducción del proceso de promoción de la inversión privada”. La equiparación entre el Gobierno Local y el Organismo Promotor de la Inversión Privada se mantiene en la Ley Marco de APP (artículo 6°, numeral 6.2), sin embargo, se ha establecido expresamente que las facultades inherentes al mismo “se ejercen en forma directa a través del órgano del Gobierno Regional o Local designado a tales efectos”, no obstante reconocerse expresamente en el mismo precepto que “El órgano máximo de estos Organismos Promotores de la Inversión Privada es el respectivo Consejo Regional o Concejo Municipal”.

65 En el caso específico de los Gobiernos Locales, consideramos que el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 5° del Reglamento de la Ley Marco de APP, concretamente en aquello referido a la distinción entre Entidad y Organismo Promotor de la Inversión Privada. Se entenderá verificado siempre que, cuando el dispositivo citado haga referencia al “Organismo Promotor de la Inversión Privada” en calidad de titular de la realización de la función consultora comprendida en dicho precepto, se entenderá por tal, en sentido estricto, al órgano del Gobierno Local designado por el ejercicio directo de las funciones que corresponden aún cuando dicho órgano no detente una personería jurídica distinta del Gobierno Local.

Una vez identificado el proyecto a desarrollar, el Gobierno Local⁶¹ realizará un análisis costo – beneficio, a fin de determinar si la participación de la inversión privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público implica un mayor beneficio neto para la sociedad, en comparación con su provisión directa a través de una obra pública⁶². En caso se determine la procedencia de la ejecución del proyecto bajo la modalidad de APP, el mismo deberá ser clasificado, ya sea como autosostenible o cofinanciado⁶³.

IV.2 Aprobación del otorgamiento en concesión de proyectos de obras públicas de infraestructura pública local o de servicios públicos locales

Conforme a lo establecido por el artículo 20°, inciso 24 de la LOM, el Alcalde detenta competencia para proponer y/o recomendar al Concejo Municipal el otorgamiento en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales. Consideramos que la mencionada disposición debe ser complementada a su vez con el artículo 5° (numerales 5.1 y 5.3) del Reglamento de la Ley Marco de APP, en virtud del cual -en materia de incorporación de los procesos en los mecanismos de promoción de la inversión privada- corresponderá al Organismo Promotor de la Inversión Privada⁶⁴ de ámbito local recabar previamente de la dependencia competente un Informe de Evaluación de cada proyecto a ejecutar, y sobre el cual deberá emitir opinión previa; toda vez que la opinión favorable emitida por el mismo constituye el requisito exigido para tramitar el Acuerdo Municipal mediante el cual se apruebe la inclusión del proyecto de provisión de infraestructura y/o de servicios públicos locales y el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada⁶⁵.

La aprobación de la entrega en concesión (o la implementación de otros mecanismos de participación de la inversión privada) de las obras públicas de infraestructura y de los servicios públicos locales –existentes o por crear- y la consecuente aprobación de su inclusión dentro de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponde al Concejo Municipal (artículos 9°, inciso 18 y 33° de la

LOM). Para tales efectos, la decisión es adoptada mediante Acuerdo de Concejo, por mayoría simple (artículo 33° de la LOM, corroborado a su vez por el artículo 5°, numeral 5.3 del Reglamento de la Ley Marco de APP).

IV.3 Diseño del Proyecto de APP (Contrato de Concesión)

Una vez producida la identificación del proyecto de obras públicas de infraestructura y/o de servicios públicos de ámbito local que debe ser ejecutado bajo el esquema de APP (y, en particular, a través del mecanismo de concesión), en virtud de lo previsto por el artículo 9° de la Ley Marco de APP, corresponderá la etapa de diseño del proyecto, incluyendo el análisis de su modalidad de ejecución, la misma que en el caso de los Gobiernos Locales será llevada a cabo por el órgano del Gobierno Local designado para el ejercicio de las funciones atribuidas al Organismo Promotor de la Inversión Privada.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 9°, numeral 9.3 de la Ley Marco de APP y el artículo 8° de su Reglamento, corresponderá a su vez al órgano designado por el gobierno local para el ejercicio de las funciones del Organismo Promotor de la Inversión Privada, el diseño final del contrato de APP (para efectos del presente trabajo, el Contrato de Concesión).

IV.4 Evaluación de las Iniciativas Privadas sobre proyectos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales

En el marco de los procesos de promoción de la inversión privada, las denominadas iniciativas privadas constituyen el mecanismo legalmente previsto para que los particulares presenten ante los Organismos Promotores de la Inversión Privada (en los niveles nacional, regional y local) proyectos de inversión que involucren algún tipo de recurso, bien o servicio estatal o público⁶⁶, y cuya implementación pueda verificarse a través de una o más modalidades de contratos de participación de la inversión privada a que se refiere el artículo 6° de la LMPID.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 14° y 15° de la Ley Marco de APP y el artículo 15°, numeral 15.1 de su Reglamento, la conducción del procedimiento de evaluación de las iniciativas privadas corresponde al Organismo Promotor de la Inversión Privada, es decir –en el caso de los gobiernos locales– al órgano municipal designado para el ejercicio de dichas funciones. Sin embargo, si bien tanto la Ley Marco de APP como su Reglamento no lo establecen directamente para el caso de los Gobiernos Locales, somos de la opinión (de modo similar a lo expresamente establecido para el caso de la evaluación de iniciativas privadas de ámbito nacional) que el órgano municipal que detente el ejercicio de las funciones correspondientes al Organismo Promotor de la Inversión Privada, podrá y deberá proceder a la evaluación de la iniciativa privada contando para tales efectos con la opinión de los órganos y/o dependencias cuyas competencias se encuentren involucradas según el objeto del proyecto de inversión presentado en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de ámbito local.

IV.5 Conducción del proceso de promoción de la inversión privada tendiente al otorgamiento en concesión de obras públicas de infraestructura local y de servicios públicos locales

En virtud de lo previsto por el artículo 4°, literal b) del Reglamento de la LMPID, corresponde al órgano que detente el ejercicio de las competencias del Organismo Promotor de la Inversión Privada la conducción del proceso que tenga por objeto seleccionar al particular con el cual se suscribirá el contrato de promoción de la inversión privada, categoría dentro de la cual se encuentra comprendida la concesión. Dicho proceso de promoción de la inversión privada se verificará a través de un proceso de selección, el mismo que podrá estructurarse sobre la base de una Licitación Pública Especial o un Concurso de Proyectos Integrales⁶⁷.

Sin perjuicio de la atribución genérica de competencias a favor del Organismo Promotor de la Inversión Privada, el ordenamiento vigente en la materia contempla a su vez la intervención de otros órganos,

66 MORI, Javier. Iniciativas Privadas y Proyectos de Inversión. *En*: Revista de Derecho Administrativo. Año III, N° 4, Enero 2008, p. 236. Por la figura de las iniciativas privadas se reconoce a los integrantes de la comunidad la facultad de participar en la labor de identificar y proponer al Estado estudios sobre posibilidades innovativas de infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también pueden ser prioritarios para el interés público, esto es, proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado, es a partir de dicha figura que se fomenta en los particulares la colaboración con la Administración Pública en la identificación de prioridades y, en general, captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o servicios público) la que como todo emprendimiento empresarial, basan su desarrollo en la relación costo-beneficio (MORON, Juan Carlos. Las Concesiones de Infraestructura a Iniciativa de los Inversionistas. *En*: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, AEDA-Grijley, N° 2, 2007, p. 150-151). En similar sentido, MERTEHIKIAN, Eduardo. La Iniciativa Privada en la Concesión de Obras y Servicios Públicos. Buenos Aires: Abaco, 1992, p. 109.

67 Ello se desprende de los preceptos contenidos en el artículo 23° del TULO de Concesiones y artículo 140° de su Reglamento. La vigencia de la aplicación de las disposiciones citadas ha sido confirmada por el artículo 6°, último párrafo de la LMPID, el artículo 12° de su Reglamento, así como el artículo 9°, numeral 9.7 de la Ley Marco de APP y el artículo 7°, numeral 7.5 de su Reglamento.

específicamente encargados de uno o más procesos de selección⁶⁸. Sobre el particular, resulta necesario tener presente que tanto el artículo 7° del Reglamento del TUO de Concesiones como los artículos 4°, literal d) y 26° del Reglamento de la LMPID (de aplicación a las diversas modalidades de contratos de participación de la inversión privada) hacen referencia a los Comités Especiales de Promoción de la Inversión Privada, los mismos que son definidos como órganos colegiados constituidos por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, para encargarse de “la ejecución de uno o más procedimientos vinculados a la aplicación de las modalidades de promoción de la inversión privada”.

Una de las principales características de los Comités Especiales reside en el hecho consistente en que tienen carácter temporal, extendiéndose su permanencia únicamente durante el plazo previsto para el trámite de los procedimientos de selección que tienen por objeto la determinación del particular con el cual la Entidad (en el presente caso, el Gobierno Local) suscribirá el contrato de participación de la inversión privada.

IV.6. Suscripción del Contrato de Concesión

Determinado en el proceso de selección (Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales) el administrado adjudicatario de la concesión, el Gobierno Local procederá a la suscripción del respectivo contrato. Para tales efectos, la competencia del lado del Gobierno Local reside en el Alcalde, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20°, inciso 23 de la LOM.

1.7. Supervisión de la ejecución del Contrato de Concesión

Una vez determinado el particular con el cual el Gobierno Local considera conveniente proceder a la suscripción del Contrato de Concesión y perfec-

cionado dicho instrumento, se requiere establecer la titularidad del ejercicio de la función supervisora de la ejecución de la concesión. Con carácter general, el artículo 27° del Reglamento de la LMPID atribuye a los Organismos Promotores de la Inversión Privada (en el presente caso, los Gobiernos Locales entendidos en sentido amplio), la potestad para designar –dentro de su estructura organizativa- a la Gerencia u órgano de línea que se encargará de: i) velar en general por los intereses del Gobierno Local concedente, vinculados con la ejecución del contrato de concesión; ii) participar en la ejecución de los contratos derivados del proceso de promoción de la inversión privada, incluyendo la etapa comprendida entre el otorgamiento de la buena pro en el proceso de selección y el perfeccionamiento del contrato de concesión. El ejercicio de dicha función corresponderá al Concejo Municipal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9°, inciso 3 de la LOM.

V. INTERVENCIÓN DE PROINVERSIÓN EN LA CONDUCCIÓN DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA PARA OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA LOCAL Y SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Conforme fuera señalado en la sección anterior, el artículo 33° de la LOM prevé con carácter general la posibilidad que los procesos de promoción de la inversión privada en materias de competencia de los gobiernos locales puedan ser llevados a cabo en forma indirecta, es decir, con intervención de la asesoría de las instituciones nacionales de promoción de la inversión privada.

Sobre el particular, la disposición señalada con anterioridad puede ser complementada en la actualidad con lo establecido en el artículo 18° de la LMPID, en virtud del cual la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) (que detenta el carácter de organismo promotor de la inversión

⁶⁸ Las funciones específicas de los Comités Especiales de Promoción de la Inversión Privada, específicamente en lo referido a los procesos de selección para la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, se encuentran detalladas en el artículo 6° del Reglamento del TUO de Concesiones, y (en concordancia con el ordenamiento vigente) son las siguientes:

- Elaborar, cuando corresponda, los estudios técnicos y económicos de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que serán entregados en concesión al sector privado.
- Elaborar el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a una o varias obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, para su posterior aprobación.
- Determinar el Plazo y el Cronograma de la Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales, así como el de la obra, proyecto o servicio público que será entregado en concesión.
- Dictar, con conocimiento del Organismo Promotor de la Inversión Privada, todas las disposiciones que resulten pertinentes o que sean necesarias para la ejecución del proceso.
- Participar directamente en los procedimientos de otorgamiento de concesiones en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Esta función comprende las siguientes actividades, detalladas en los artículos 14° a 24° del Reglamento del TUO de Concesiones:
 - a) Convocar a Licitación Pública Especial o a Concurso de Proyectos Integrales, según sea el caso.
Absolver las consultas o formular las aclaraciones que, respecto de la Convocatoria, eventualmente sean solicitadas por los postores.
 - b) Intervenir directamente en el Acto de Recepción de Propuestas.
 - c) Eventualmente, postergar la fecha de realización del Acto de Recepción de Propuestas.
 - d) Evaluación de las propuestas.
- Otorgar la concesión.

privada a nivel del Gobierno Nacional⁶⁹), tiene la potestad para brindar asistencia técnica, entre otros, a los Gobiernos Locales que lo soliciten, tanto para el diseño como para la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 38° del Reglamento de la LMPID, la asistencia técnica a la que se ha hecho referencia, puede ser llevada a cabo a través de las siguientes modalidades, las mismas que entendemos son exclusivas entre sí:

- a) Asesoría Técnico – Legal. Comprende la asesoría que brinda PROINVERSION al Gobierno Local en dos ámbitos: i) Desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada; ii) Aplicación de la normativa vigente en materias relacionadas con la promoción de la inversión privada.
- b) Conducción directa del proceso de promoción de la inversión privada. Dicha modalidad comporta que PROINVERSION se encargue directamente de la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada de competencia de los Gobiernos Locales, Para tales efectos, se requiere la previa adopción del respectivo Acuerdo por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, el que a su vez deberá ser ratificado por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

En forma complementaria a lo expuesto con anterioridad, el artículo 18° de la LMPID estableció con carácter general que, para llevar a cabo los procesos de promoción de la inversión privada en los que intervenga la asesoría técnica de PROINVERSION

en cualquiera de las modalidades mencionadas, los gobiernos locales involucrados conformarán los respectivos comités de promoción de la inversión privada dentro de su jurisdicción.

Para efectos de la implementación de dicha asistencia técnica, corresponde la suscripción de convenios de colaboración, los mismos que se encuentran regulados con carácter general en los artículos 76° a 79° de la LPAG y, específicamente, en la Directiva N° 006/2004/DE-PROINVERSION, “Lineamientos para la Asistencia Técnica de PROINVERSION en la Promoción de la Inversión Privada de Proyectos Descentralizados”.

De acuerdo a lo señalado en los dispositivos de referencia, se advierte que, en principio, el recurso a la asesoría técnica de PROINVERSION y la selección de la modalidad a través de la cual la misma será solicitada, corresponde (sin perjuicio de la evaluación de la solicitud que sea remitida a dicho organismo) a una iniciativa proveniente del propio gobierno local competente. Sin embargo, el ordenamiento vigente contempla supuestos en los cuales la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada obligatoriamente debe ser realizada en forma conjunta y bajo una modalidad específica de asesoramiento técnico. Dentro de éstos últimos supuestos, se encuentran la prestación de los servicios públicos de saneamiento (servicio de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y desagüe), de limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, para los cuales el artículo 80°, inciso 2, numeral 2.2 de la LOM establece que los procesos de promoción de la inversión privada para su entrega en concesión a particulares “son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento”. CA

– Eventualmente, declarar desierta la Licitación.
 – Ejercer las demás funciones y facultades que les sean asignadas por el Organismo Promotor de la Inversión Privada.

69 Artículo 4°, literal c) del Reglamento de la LMPID, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM.