

# Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión privada<sup>1</sup>

Néstor Raúl Shimabukuro Tokashiki<sup>2 3</sup>

## SUMARIO

Introducción. 1. La figura jurídica de la privatización en el Derecho Administrativo. Modalidades y tipos teóricos. 2. Subsidiariedad, desregulación y liberalización: Los Fundamentos “Lógico – Económico” de la privatización. 3. Las modalidades de privatización en el marco legal peruano: Decreto Legislativo N° 674 y Promoción de Inversión Privada en activos y empresas del estado, y el Decreto Legislativo N° 758 como Promoción de la Inversión Privada mediante concesiones. 3.1. Promoción de la Inversión Privada en activos y empresas del Estado: Decreto Legislativo N° 674. 3.2. Promoción de la Inversión Privada mediante concesiones: Decreto Legislativo N° 758. 4. La Constitución de 1993. Consolidación del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada bajo el sistema concesional a nivel constitucional. Impulso e institucionalidad del sistema concesional como técnica de Promoción de la Inversión Privada en servicios públicos e infraestructura. 4.1. Consolidación del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada bajo el sistema concesional a nivel constitucional. 4.2. Impulso e institucionalidad del sistema concesional como técnica de Promoción de la Inversión Privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura. 4.3. Actualidad: El Decreto Legislativo N° 1224.5. La extinción de la concesión administrativa. 6. Reflexiones finales.

## PALABRAS CLAVES

Privatización, Asociaciones Público - Privadas, Proceso de Promoción de la Inversión Privada, Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura.

## KEYWORDS

Privatization, Public - Private Partnerships, The Process for Promotion of Private Investment, Public Service and Public Infrastructure.

<sup>1</sup> A Carito con todo el amor del mundo. Mi fuente de inspiración.

<sup>2</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Graduado con máximos honores. Profesor Adjunto del curso Derecho Administrativo Económico en la PUCP y del curso Seminario de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Asociado de GRAU ABOGADOS.

<sup>3</sup> La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

## RESUMEN

En el Perú se maneja un concepto amplio o polisémico de privatización, el cual implica todo tipo de actividad que busca devolver o transferir sea propiedad o sea la gestión de activos, empresas, bienes y servicios desde el Estado hasta los sujetos privados.

El marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada ha evitado en regular o introducir legalmente, cualquier tipo de atribuciones, potestades o prerrogativas estatales que puedan incidir directamente en la ejecución del contrato de concesión, los mismos que puedan significar altos riesgos para la atracción de la inversión privada producto de la indiscriminada intervención pública en la economía del país acaecidos en la década de los años setenta y ochenta. A partir del año 1991 a la fecha, el Estado se ha preocupado en reformular constantemente el régimen legal para la captación y Promoción de la Inversión Privada mediante lineamientos adjetivos en materia de servicios públicos, obras públicas de infraestructura y recursos estatales, sin preocuparse por el régimen especial del contrato de concesión.

## ABSTRACT

In Peru a broad or polysemic concept of privatization is managed, which involves all types of activity that seeks to return or transfer ownership or management of assets, companies, goods and services from the State to private individuals.

The legal framework for the Promotion of Private Investment has avoided regulating or legally introducing any type of powers, powers or state prerogatives that may have a direct impact on the execution of the concession contract, which may represent high risks for the attraction of Private investment as a result of the indiscriminate public intervention in the economy of the country occurred in the decade of the seventies and eighties. From 1991 to date, the State has been concerned with constantly reformulating the legal regime for the collection and promotion of Private Investment through adjective guidelines on public services, public infrastructure works and state resources, without concern for the Special regime of the concession contract.

## Introducción

En las últimas décadas del siglo XX, la ingente literatura que ha desarrollado el fenómeno de la privatización (desde sus distintas acepciones, tanto pragmáticas, políticas, económicas y jurídicas) reconoce que el proceso de privatización fue el medio a través del cual se dio inicio al proceso de reforma del Estado, tanto en los roles que asume en materia económica, así como el cambio de políticas gubernamentales para la sociedad<sup>4</sup>.

Al momento de plantearse la reforma del Estado, existía un consenso generalizado que las privatizaciones permitirían acabar con el déficit fiscal, la hiperinflación, el exceso de burocracia, la falta de productividad y el fracaso de las empresas estatales, producidas básicamente por la ineficiencia del Estado, para dar lugar a una economía que propicie

<sup>4</sup> Véase por todos, desde una perspectiva económica a BEL, Gema y ESTRUCH, Alejandro. "Liberalización, privatización, desregulación". En: Fundamentos de regulación y competencia. (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de políticas públicas). Alberto Ruiz Ojeda (director). IUSTEL. Madrid, 2013. p. 163-209.

un crecimiento sostenible, eficiente y competitivo, asumiendo el Estado nuevos roles de vigilancia, control y promotor de la inversión privada<sup>5</sup>.

Con todo, uno de los efectos más notables y positivos del proceso de privatización, que coincidió con un periodo en el que se canalizaron importantes flujos de capitales hacia los países emergentes, consistió en que actuó como un decisivo catalizador de la inversión privada que sustentó el crecimiento económico de la década de los años noventa. Tanto es así que, el fácil acceso a abundantes recursos financieros había permitido que se modernizaran algunos sectores y que la aplicación de políticas de equilibrio macroeconómico y fiscal acabara con el proceso de hiperinflación<sup>6</sup>.

Sin perjuicio de ello, el proceso de privatización no fue ajeno a críticas, cuyos detractores se fundamentaban sobre la base del alto costo social que originaba a los empleados de las empresas públicas objeto de privatización que fueron despedidos, así como un entorno de corrupción para su implementación. No obstante ello, compartimos las reflexiones de ARIÑO ORTIZ, al señalar lo siguiente:

El resultado de la reforma de la empresa pública sería una verdadera revolución en muchos órdenes: en la redistribución del poder político, en la eficiencia económica empresarial, en el funcionamiento de los mercados. Aparecerán ganadores y perdedores y sin duda provocará una gran resistencia por parte de muchos intereses creados (sobre todo, los sindicales). Pero sólo en momentos de crisis económica y de gran crisis de las finanzas públicas, como es el actual, se deciden los Gobiernos a acometer reformas tan a gran escala. En momentos como el actual, de elevado déficit público y lucha anticorrupción, la privatización total también tiene sus partidarios (es una forma de recaudar y combatir el déficit, es una muestra de regeneración), pero los verdaderos motivos, las causas profundas que pueden apoyar una política de privatización no son ni financieras -obtención de ingresos- ni de moralidad -combatir la corrupción-, sino de eficiencia económica, incrementando la competencia y ofreciendo mejores y más baratos servicios a los ciudadanos. Junto a estas dos razones, puede haber otras motivaciones ideológicas, que se insertan en una diferente concepción del papel del Estado y del protagonismo del individuo y de la sociedad en la comunidad política de nuestros días. Pero esto, más que afectar a la privatización de empresas en cuanto tales, debe plantearse en un debate sobre el sistema de fines del Estado social y en una reconsideración crítica del Estado del Bienestar y de los modos y formas de realizarlo. Obviamente, este debate está abierto, es uno de los temas de nuestro tiempo, pero es ajeno a la finalidad de este trabajo<sup>7</sup>.

Con las reflexiones esbozadas por ARIÑO ORTIZ, recordamos el proceso de privatización en el Perú iniciado en los primeros años de la década de los noventa, la cual estuvo sometida a diversas críticas y cuestionamientos de índole político – económico y corrupción que perduran hasta hoy, cuyo análisis excede el presente trabajo de investigación, constituyó,

<sup>5</sup> RUIZ CARO, Ariela. “El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo 1991-2002”. En Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) – CEPAL. Santiago de Chile. Julio, 2002. p.10. (versión electrónica)

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿Privatización o reforma? Quizá ambas cosas”. En: Revista de Administración Pública N° 138. Setiembre - diciembre 1995. CEPC. Madrid, 1995. p. 36.

con todo, un elemento central y estratégico del programa de estabilización y reformas estructurales, a efectos de generar las condiciones legales para el crecimiento sostenido de la economía sobre la base de la inversión privada.

La figura jurídica de la privatización en el Derecho Administrativo. Modalidades y tipos teóricos

Siguiendo a ARIÑO ORTIZ<sup>8</sup> y CASSAGNE<sup>9</sup> el concepto de privatización conlleva dos acepciones que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí: un significado político y, por otro lado, un significado jurídico.

En el plano político, el concepto de privatización conllevó una verdadera revolución al quebrarse la tendencia creciente de absorción de la economía privada por el Estado, que se concretó definitivamente con el abandono de la concepción del Estado de Bienestar y que fue reemplazado por un nuevo modelo de Estado basado en la gestión privada de todas aquellas actividades que son susceptibles de ser llevadas a cabo por empresarios privados<sup>10</sup>.

Dicha connotación política vino entremezclada con un significado pragmático del término, a efectos de concebir a las operaciones privatizadoras como un instrumento técnico, cuya finalidad primordial fue la obtención de recursos financieros para paliar los déficits públicos, o para alcanzar el mayor grado de eficiencia en la producción de bienes y en la prestación de servicios, lo cual trajo consigo serios cuestionamientos a la política del proceso de privatización, lo cual generó más de un problema para su consolidación<sup>11</sup>.

Precisamente, ARIÑO ORTIZ<sup>12</sup> ha identificado y desarrollado dos modelos dentro de la concepción política de privatización: "Privatizaciones Programáticas" y "Privatizaciones Pragmáticas".

Siguiendo a dicho autor, las "Privatizaciones Programáticas" son las que se insertan en un proceso de cambio de sociedad y de modelo de Estado, que son fruto de un cambio profundo de política y responden a un nuevo enfoque filosófico – político de cómo debe ordenarse la vida social y, por lo tanto, son un instrumento de una tarea revisora de los fines del Estado para la consecución de una sociedad más libre y más eficaz.

Por otro lado, las "Privatizaciones Pragmáticas" tienen un significado diferente que el anterior y se constituyen como un mecanismo técnico para conseguir dinero y obtener mayor eficiencia en la producción y prestación de bienes y servicios, que tienden a

<sup>8</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. En "Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica". Granada, 1999. p. 439 - 442.

<sup>9</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. En Derecho Administrativo. Sexta Edición, Tomo 1. Buenos Aires, 1998. p. 62 y ss. Confróntese del mismo autor: "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización". En: Revista de Administración Pública N° 157. Enero - Abril 2002. CEPC. Madrid, 2002. p. 467 - 494.

<sup>10</sup> Op. Cit. CASSAGNE. En "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización". p. 468.

<sup>11</sup> Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. En "Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica". p. 439.

<sup>12</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica". En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N° 3. Madrid, 1999. p. 26.

la consecución de una mejora en la estructura industrial de un país, guiadas por una finalidad puramente práctica, sin llevar a cabo mayores planteamientos significativos de alternancia o de orientación política.

Podemos apreciar que el verdadero fundamento de las privatizaciones desde el punto de vista político se fundamentó en la “Privatización Programática”, que responde a un verdadero cambio político y una nueva concepción de la sociedad de los nuevos roles y fines del Estado. Como bien afirma ARIÑO ORTIZ<sup>13</sup> las privatizaciones, así concebidas, constituyen una verdadera revolución, pacífica y pausada, pero de tanta trascendencia como lo fue, por ejemplo, el cambio de funcionamiento del Estado tras la Revolución Francesa de 1789, reflejado en el proceso de privatizaciones en Inglaterra y otros tantos países europeos y asiáticos que fundamentaron la redefinición de los roles del Estado bajo dicha premisa.

En cambio, la “Privatización Pragmática” fue la que originó resistencia y serios cuestionamientos al cambio de los roles del Estado en materia económica, ya que prevaleció la ausencia de un serio planteamiento para implementar el proceso de privatización, lo cual trajo consigo oposición de los sindicatos de trabajadores de las empresas estatales (quienes concebían al proceso de privatización como un mecanismo político para reducir los niveles de empleo), oposición de los grupos de interés vinculados con las operaciones de las ventas de las empresas estatales (argumentando corrupción y beneficios personales en la venta de las empresas estatales), la visión que, en mayor o en menor medida, existió en la sociedad respecto del rol que cumplen las empresas estatales a favor del bienestar social, o la incertidumbre política que caracterizó a muchos países en vías de desarrollo<sup>14</sup>.

Sin embargo, es preciso acotar que para ARIÑO ORTIZ, tanto las “Privatizaciones Programáticas” y las “Privatizaciones Pragmáticas” no son aplicados de manera uniforme en todos los casos, sino dependen del caso concreto y de la realidad sociopolítica y económica de un determinado país. No obstante ello, encuentra un denominador común a dichas distinciones:

Y es que en el fondo y por debajo de todas las «razones» que se quieran dar, las privatizaciones suponen un profundo cambio en la concepción del Estado: suponen creer o no creer en el Estado como organización económica.<sup>15</sup> (Subrayado es nuestro).

Pues bien, en el Perú a inicios de la década de los años noventa, época donde se inició el proceso de privatización, lamentablemente, prevaleció la connotación pragmática del término. Efectivamente, como bien señala y concluye un trabajo realizado por RUIZ CARO:

En líneas generales, el proceso estuvo caracterizado por su profundidad y por el acelerado ritmo de su ejecución. Ello dio lugar a que las privatizaciones no se realizaran en las mejores condiciones y que se produjeran frecuentes cambios,

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> ALVAREZ RODRICH, Augusto. “Los objetivos de la Privatización de Empresas Estatales”. En: Revista Themis N° 23. Lima, 1992. p. 7 - 8.

<sup>15</sup> Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica”. p. 27.

no solo de programación sino, incluso, de enfoque. Así, por ejemplo, no se tuvo en cuenta el rol de las empresas públicas en el quehacer económico y social del país, ni se definieron los alcances y los objetivos específicos del proceso en función de las particularidades de la economía peruana. La generación de recursos para cumplir las metas fiscales subordinó cualquier otra meta y constituyó u objetivo rector<sup>16</sup>.

Así, en la línea de dichos autores, la connotación política del proceso de privatización significó un cambio profundo en la sociedad lo cual se vio reflejado en la redefinición de los roles del Estado en la economía y, por otro lado, significó también un mecanismo para conseguir dinero o liquidez (al corto plazo) y obtener mayor eficiencia en la producción de bienes y servicios que tienden a mejorar el sector industrial de un determinado país, tal como ocurrió en el caso peruano a inicios de la década de los años noventa.

Por otro lado, el significado jurídico de privatización reposa en términos muy generales relacionados directamente con la transferencia de amplios segmentos del sector público en la economía hacia el ámbito privado, tal como nos demostró nuestra experiencia nacional, a diferencia de otros países en los cuales sé se estudiaron a fondo los mecanismos jurídicos para la entrega de ciertos segmentos industriales al sector privado.

De esa manera, el significado jurídico de privatización, desarrollado por el Derecho Administrativo, encontramos a MARTÍN-RETORTILLO<sup>17</sup> quien nos refiere a tres conceptualizaciones jurídicas para entender el proceso de privatización que puede entenderse como: 1) privatización de la Administración que empieza a usar formas jurídico – organizativas privadas y procedimientos sujetos al derecho privado, 2) privatización del ejercicio de funciones y cometidos administrativos, mediante el traslado de su gestión a los sujetos privados y finalmente, 3) privatización entendida como la venta o transferencia de participaciones, activos y empresas públicas.

En esa misma línea expositiva, ARIÑO ORTIZ<sup>18</sup> destaca que desde un punto de vista netamente jurídico, el fenómeno de las privatizaciones responde a distintos significados: 1) traspaso o venta de propiedades y empresas del Estado a los particulares 2) devolución de tareas o servicios, hasta entonces gestionadas por el Estado y encomendadas ahora a particulares, vaya acompañada o no de la venta paralela de la propiedad y 3) utilización, por el Estado, de formas privadas en el modelo de gestión. Es el fenómeno conocido como “huida del derecho público” y asunción por el Estado de técnicas organizativas y funcionales, propias del mundo jurídico – privado.

Sin embargo, para dicho autor, tanto “la privatización de la Administración que empieza a usar formas jurídico – organizativas privadas y procedimientos sujetos al derecho privado” o “la utilización, por el Estado, de formas privadas en el modelo de gestión” constituye una “falsa privatización” ya que apunta precisamente a lo contrario:

<sup>16</sup> RUIZ CARO, Ariela. “Las privatizaciones en Perú: un proceso con luces y sombras”. En: Revista Nueva Sociedad N° 207. Enero - febrero 2007. Lima, 2007. p. 141 - 142.

<sup>17</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. En: “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En: Revista de Administración Pública N° 144. Septiembre - diciembre 1997. CEPC. Madrid, 1997. p. 7 - 43. Véase también, del mismo autor, las reflexiones sostenidas en: “Las empresas públicas: reflexiones del tiempo presente”. En: Revista de Administración Pública N° 126. Septiembre - diciembre 1991. CEPC. Madrid, 1991. p. 97 y ss.

<sup>18</sup> Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica”. p. 27.

(...) a una expansión de los fines y tareas del Estado, «disfrazando» a éste de persona privada y liberándolo de los procedimientos y garantías del derecho público<sup>19</sup>.

Para RIVERO ORTEGA<sup>20</sup> el concepto de privatización es “polisémico”, pues describe realidades perfectamente diferenciables, en cuanto a su significado y sus consecuencias jurídicas y fácticas. Por ello, dicho autor realiza una clasificación del término de la siguiente manera: 1) formal, 2) material y 3) patrimonial. La primera, consiste en la utilización que la Administración hace de formas de Derecho Privado («Huida al derecho privado») a efectos de evitar los procedimientos y los controles jurídicos – públicos que “encorsetan” y ralentizan la realización de algunos de sus objetivos. La segunda, transfiere la gestión de los servicios públicos a empresas privadas, a través de la clásica fórmula de la concesión administrativa u otras técnicas. Por último, la privatización patrimonial consistente en la venta de participaciones de empresas públicas al sector privado, retirándose así el sector público de la intervención directa en la economía suministrando bienes o prestando servicios.

En ese contexto, y considerando que el término jurídico de privatización es un concepto “polisémico”, en la línea de ARIÑO ORTIZ, consideramos que el verdadero significado jurídico de privatización es la devolución de actividades públicas a la sociedad:

(...) aquel que supone un verdadero replanteamiento de los fines del Estado, una reconsideración de lo que hasta ahora han sido consideradas tareas públicas<sup>21</sup>.

Para dichos efectos, ARIÑO ORTIZ nos enseña dos subespecies para entender el verdadero significado jurídico de privatización que supone una reconsideración de los fines del Estado<sup>22</sup>:

- a) **Manteniendo la reserva o titularidad sobre el servicio o actividad a favor del Estado, pero privatizando su gestión.** Se reconoce que la actividad o servicio sigue siendo una “tarea pública”, sin embargo, el Estado no asume directamente la prestación del servicio sino que lo contrata con empresas privadas para que éstas lo gestionen, o incluso para que realicen o lleven a cabo determinadas actividades auxiliares o complementarias del servicio principal. Éste lo podría producir el Estado internamente, pero prefiere acudir a su provisión “externa” (es lo que los ingleses llaman *contracting out policy*).
- b) **Despublificación.** Implica la devolución de la tarea a la sociedad, dejando ésta de ser de titularidad pública. Para ello, se reconsidera y evalúa mantener la *publicatio* de una determinada actividad o servicio.

A la primera de estas dos subespecies de devolución de tareas a la sociedad, efectuadas por ARIÑO ORTIZ se le ha llamado privatización “organizativa” (la tarea sigue siendo pública, pero la gestiona un sujeto privado); a la segunda, se le califica de “privatización funcional” (la tarea deja de ser pública y queda abierta a la iniciativa privada).

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico* Quinta Edición. Ediciones Marcial Pons. Madrid, 2009. p. 35 - 36.

<sup>21</sup> *Op. Cit.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica”. p. 29.

<sup>22</sup> *Op. Cit.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica”. p. 29 - 31.

En concordancia con ello, CASSAGNE destaca dos modalidades de transferencias de amplios segmentos del sector público a la actividad privada: 1) la venta de activos y la transferencia del capital social mayoritario al capital privado; y 2) la asignación de la gestión del servicio o actividad a un operador privado. Precisamente, con relación a la asignación de la gestión del servicio o actividad a un operador privado, CASSAGNE advierte dos modalidades en la misma línea expuesta por ARIÑO ORTIZ:

**La primera**, de mayor trascendencia política, implica el mantenimiento del carácter público de la actividad, la cual resulta sometida al régimen del servicio público (publicatio) a través de una declaración legislativa. **La segunda** consiste en la supresión del carácter de servicio público de la actividad y constituye, en rigor, una despublificación que pasa a regularse por las reglas más generales del poder de policía que se ejerce sobre empresas que, en principio, se rigen por el Derecho privado<sup>23</sup> (Énfasis y subrayado es nuestro).

Podemos apreciar que la privatización supone una “retirada” del Estado de las actividades económicas de producción de bienes y servicios, lo cual implica, la enajenación de los bienes y patrimonio del Estado, así como el otorgamiento de derechos bajo el sistema de títulos habilitantes al sector privado para que se encargue de la gestión de las tareas y de los servicios realizados por el Estado o bajo su titularidad competencial.

Con todo, a manera de conclusión preliminar, podemos señalar en palabras de ARIÑO ORTIZ que el significado de privatización:

(...) es, ante todo, replantearse los fines y tareas del Estado, reservando a éste aquello que constituye su objeto esencial y devolviendo a la libre iniciativa privada -a los ciudadanos y las organizaciones sociales, como un derecho inherente a sus libertades- la realización de muchas tareas y empresas que fueron absorbidas por los poderes públicos, pero que nada tienen que ver con la soberanía. Y es que privatizar es, ante todo y esencialmente, liberalizar, esto es, devolver al ámbito de la libertad lo que se había sustraído a ella. La cuestión no está en decidir si ha de haber más o menos servicios, sino en replantearse los mecanismos, los medios, los procedimientos a través de los cuales éstos deben ser satisfechos. Nadie pone en cuestión los fines esenciales del Estado; y tampoco los no esenciales, pero que han sido incorporados a la responsabilidad de éste<sup>24</sup>.

Finalmente, no tan alejado de dichas conceptualizaciones jurídicas, desde una concepción económica, BEL asimila el concepto de privatización con la venta de empresas públicas al sector privado y a la contratación externa de la gestión de servicios públicos a empresas privadas<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Op. Cit. CASSAGNE, Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”. p. 469. Continúa el autor citado, señalando que, “Sin embargo, corresponde advertir que ambas modalidades son compatibles con la imposición de cargas u obligaciones de Derecho público, lo que acontece con mayor intensidad en el campo en que se desenvuelven las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos (v. gr.: las cargas propias del llamado servicio universal)”.

<sup>24</sup> Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica”. p. 30 - 31.

<sup>25</sup> BEL, Germá. En “Economía y política de la privatización local. Fundación Rafael del Pino – Marcial Pons”. Madrid, 2006. p. 28 - 31.



## 2. Subsidiariedad, desregulación y liberalización: Los Fundamentos “Lógico – Económico” de la privatización

Tal como señalamos en el acápite anterior, las privatizaciones lleva consigo la asunción de nuevos roles del Estado, dejar de ser prestador, empresario y productor a enfocarse en los roles vigilancia, control y promotor de la inversión privada.

En ese sentido, el proceso de privatización constituyó un instrumento de reconocimiento de que el Estado debe hacer lo que mejor hace: vigilar, fomentar y estimular la inversión privada en orden a satisfacer sus intereses. Sólo cuando es más eficiente su intervención en las actividades económicas, puede permitirse la asunción de tareas propias de los agentes privados.

Por tanto, la clave del proceso de privatización es comprender el rol subsidiario del Estado en las actividades económicas.

De esa manera, encontramos que el fundamento lógico – económico del proceso de privatización se encontró en el principio de subsidiariedad. En efecto, dentro de esa línea de razonamiento, el principio de subsidiariedad coadyuvó directamente a consolidar el proceso de privatización, neutralizando la gestión económica y comercial del Estado a favor del sector privado. Bajo esos aires, se desplazó la gestión estatal en típicas empresas de carácter comercial o industrial y los servicios públicos y actividades de interés público al bloque empresarial y comercial de la esfera privada.

En ese sentido, siguiendo a CASSAGNE, bajo el principio de subsidiariedad:

(...) el papel del Estado en este nuevo modelo no es ya el de productor de bienes ni el de gestor de servicios públicos. Su principal función, en este ámbito de la economía, pasó a concentrarse tanto en la regulación del control de los servicios y actividades de interés público (en lo que respecta a la calidad y eficiencia de las respectivas prestaciones) como a la promoción de la competencia que se opera, también, mediante regulaciones estatales<sup>26</sup>.

No obstante ello, a efectos de consolidar la reforma del Estado en materia económica, el proceso de privatización, necesitó conjuntamente con el principio de subsidiariedad, la implementación de una intensa política de desregulación y liberalización del mercado a la competencia, con la finalidad de desplazar el intervencionismo estatal en la economía, tales como la reserva de actividades económicas a favor del Estado (la *publicatio* contenida en la declaración de una actividad como servicio público), o la obligatoriedad de contratar con una empresa estatal determinado servicio, todo ello con el fin de introducir barreras de acceso al mercado, a través de un conjunto de mecanismos de controles previos o de entrada a la actividad, a fin de garantizar un sistema que se desarrolle bajo el control íntegro del Estado.

Como bien señala CASAGNE:

<sup>26</sup> Op. Cit. CASSAGNE, Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”. p. 468.

(...) el control y la regulación para la competencia, junto a la liberalización y la desregulación, representan algo así como dos caras de una misma moneda perteneciente al patrimonio ideológico del Estado Subsidiario<sup>27</sup>.

Con la política de desregulación lo que se busca es destrabar los controles previos y la presencia del Estado en el acceso al mercado, no obstante, conservando el poder de otorgar títulos habilitantes como la concesión o la autorización, de tal forma que el centro de la regulación y de las normas se desplaza hacia la supervisión, el control y la inspección de los sujetos privados que realizan actividades económicas en el sector objeto de regulación<sup>28</sup>.

De la misma manera, como bien anticipamos anteriormente, y a diferencia de la desregulación, con la liberalización se busca introducir competencia efectiva en un determinado mercado sujeto a intervención administrativa. Esta introducción de competencia se logra precisamente a través de procesos de desregulación (mediante una reconversión normativa del sector) así como mediante procesos de reforma de la organización industrial del sector.

El proceso de privatización en el Perú, que se inició en los primeros años de la década de los noventa, se fundamentó precisamente en el principio de subsidiariedad conjuntamente con las políticas de desregulación y liberalización del mercado a la competencia.

Como bien señala y enseña CAIRAMPOMA ARROYO<sup>29</sup>, el principio de subsidiariedad es un complemento de los procesos de liberalización, los cuales significaron un cambio del rol del Estado y su intervención en la economía, dejándose atrás el modelo de Estado de Bienestar para dar paso a un nuevo modelo económico, el de Economía Social de Mercado, y el establecimiento de todos los principios propios del referido modelo, como libre iniciativa privada, libertad de empresa, libre competencia, todos ellos a fin de garantizar la intervención del sector privado en aquellas actividades gestionadas desde el sector público de manera directa.

Precisamente, el Decreto Legislativo 757<sup>30</sup> fue clave en el proceso de privatización, articulándose perfectamente con el Decreto Legislativo 674<sup>31</sup>, con el fin de lograr la reforma y/o reordenación de los roles del Estado en materia económica, cumpliendo un rol estratégico y fundamental, al derogar toda reserva legal a favor del Estado para

<sup>27</sup> Ibid., p. 469.

<sup>28</sup> CASES PALLARES, Lluís. En *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Escola D'Administració Pública de Catalunya – Marcial Pons. Madrid, 1995. p. 32 - 35; SORIANO GARCÍA, José. *Desregulación, privatización y derecho administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1993. p. 12. Por su parte, RIVERO ORTEGA ha señalado "No debemos en ningún caso interpretar al pie de la letra el concepto de desregulación, literalmente falaz. Debemos hablar más bien de neo-regulación, ya que la reestructuración normativa no supone la desaparición del Derecho, sino la sustitución de unas normas por otras, buscando la simplificación normativa (de los procedimientos y de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos)". Op. Cit. *Derecho Administrativo Económico*. p. 34 y ss.

<sup>29</sup> CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano". En: *Aportes para un Estado Eficiente*. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra Editores. Lima, 2012. p. 318.

<sup>30</sup> Decreto Legislativo N° 757, "Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada". Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

<sup>31</sup> Decreto Legislativo N° 674, "Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado". Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de setiembre de 1991.

la realización de actividades económicas, ya sea parcial o total<sup>32</sup>, a fin de permitir la desregulación y liberalización del mercado a la competencia, garantizándose la libre iniciativa privada y las inversiones privadas (nacionales y extranjeras) efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales.

Precisamente, HUAPAYA TAPIA ha señalado que:

(...) luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992) se tomó en cuenta la necesidad de reajustar el régimen de actividades donde el Estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada. Es así que se decide cambiar totalmente los principales marcos jurídicos de los servicios públicos reservados para el Estado, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación fundamentados básicamente en la necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal<sup>33</sup>.

En ese contexto, se reformuló el régimen legal de servicios públicos en diversos sectores económicos, en materia de energía (electricidad y gas natural), telecomunicaciones, transporte (infraestructura vial, carreteras y vías férreas e infraestructura portuaria), comunicaciones (servicios postales) y saneamiento, las cuales establecen la promoción de la inversión privada a través de los ministerios respectivos para la gestión empresarial de empresas privadas, utilizando la ley sectorial correspondiente, regulando el desarrollo de la actividad, así como la explotación, la construcción, reparación, conservación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, razón por la cual, constituyeron los sectores económicos estratégicos mediante los cuales se privatizaron diversas empresas estatales y se otorgaron concesiones<sup>34</sup>.

En efecto, siguiendo a CAIRAMPOMA ARROYO:

<sup>32</sup> Decreto Legislativo N° 757.

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

<sup>33</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. "Notas Sobre el concepto jurídico del Servicio Público en nuestro ordenamiento Legal". En: Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones. Segunda Edición actualizada y ampliada. Ara Editores. Lima, 2013. p..677.

<sup>34</sup> Dentro de este paquete normativo teníamos al Decreto Legislativo N° 668, "Ley que aprueba medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior", el Decreto Legislativo N° 676, "Ley de Inversiones en Infraestructura Vial del país", el Decreto Legislativo N° 679, modificado por el Decreto Legislativo N° 723, "Ley que establece las atribuciones de CORPAC en el control y la supervisión de la actividad aeroportuaria"; el Decreto Legislativo N° 690, "Ley de la Inversión Privada en la Actividad Ferroviaria"; el Decreto Legislativo N° 693, "Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico" (derogada); el Decreto Legislativo N° 697, "Ley de Promoción de la Inversión Privada en el Campo del Saneamiento"; el Decreto Legislativo N° 704, "Ley de Zonas Francas, Zonas de Tratamiento Especial Comercial y Zonas Especiales de Desarrollo" (derogada); el Decreto Legislativo N° 750, "Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Pesquero" (derogada).

Dentro de este nuevo contexto, desde el Estado se plantea una serie de reformas que involucraron la privatización de empresas estatales, la (re) regulación (o nueva regulación) de las actividades liberalizadas, cediendo paso a la libertad de empresa, la libre competencia y apertura de los mercados y desarrollando un nuevo rol “regulador” que consiste en vigilar o supervisar el funcionamiento del mercado, corregir sus “desfallecimientos”, establecer reglas cuando son necesarias para el buen funcionamiento de algunos sectores y, desde luego, asegurar la competencia libre en todos ellos<sup>35</sup>.

Asimismo, el Decreto Legislativo 757 estableció que la iniciativa privada deberá entenderse desde el punto de vista del nuevo modelo de “Economía Social de Mercado”<sup>36</sup>, el cual se desarrolla sobre la base de la libre competencia y acceso a la actividad económica.

Bajo este nuevo enfoque, los particulares son los llamados a actuar en determinadas actividades económicas desarrolladas anteriormente por el propio Estado, en virtud de los derechos de iniciativa privada y libertad de empresa, las cuales se ejercen en un contexto de libre competencia.

En esa línea, la acción subsidiaria del Estado en materia económica implica un replanteamiento de su ámbito de intervención donde únicamente interviene cuando los intereses generales no quedan satisfechos por la propia dinámica y desarrollo de la iniciativa privada, actuando principalmente como promotor y regulador<sup>37</sup>.

Bajo la concepción del Estado subsidiario los nuevos roles se centran ahora en asumir un rol facilitador de la iniciativa privada y libertad de empresa, estableciendo condiciones jurídicas, económicas y sociales que permitan el desarrollo económico del país. Conjuntamente con la iniciativa privada, promueve el desarrollo de sectores estratégicos, como la salud, educación, infraestructura y servicios públicos para la consecución del interés público.

De otro lado, producto del proceso de transformación de los roles del Estado como regulador, “nacieron” en el Perú los organismos reguladores, a efectos de evitar el abuso de la posición monopólica de los concesionarios, la defensa y garantías de los derechos de los usuarios del servicio, regular tarifas, fiscalizar las actividades reguladas, y la supervisión del cumplimiento de los contratos de transferencia al sector privado producto de los procesos de privatización de las empresas estatales y la entrega en concesión de determinados proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y, con ello, lograr que las principales decisiones económicas se adoptaran en “el propio mercado” y “por el mercado”.

A consecuencia de ello, se creó OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS. No todos ellos fueron creados de manera previa a las empresas estatales privatizadas, por ejemplo, OSINERGMIN, fue creado el 30 de diciembre de 1996, y OSITRAN, en enero de 1998, a diferencia de OSIPTEL, entidad que fue creada en 1993, meses antes de iniciarse el

<sup>35</sup> CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. Op. Cit. “p. 319.

<sup>36</sup> Decreto Legislativo N° 757.

Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

<sup>37</sup> CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. Op cit. p. 318 - 319.

proceso de privatización en el sector de telecomunicaciones. Estos entes reguladores, a efectos de evitar la “captura política” poseen autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), hecho que les restó autonomía.

A modo de ejemplo, resulta de suma importancia indicar que producto del relanzamiento y promoción del sistema concesional entre los años 1996 a 2000 para la provisión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, tal como señalamos anteriormente, se creó OSITRAN (enero de 1998), organismo regulador que tiene como funciones generales y principales: regular, normar, supervisar y fiscalizar, en el ámbito de su competencia, las actividades de las entidades prestadoras de servicios en infraestructura y servicios de transporte. Asimismo, se encarga de supervisar y garantizar el cumplimiento de los contratos de concesión, interpretar los mismos, emitir resoluciones y opinión técnica y legal sobre aspectos que son de su competencia como acceso a redes, tarifas, supervisión, procedimientos de reclamos y procedimiento sancionador, entre otros, así como regular el acceso al mercado y tarifas de las entidades prestadoras de servicio y resolver en última instancia las controversias que se presenten entre entidades prestadoras.

### **3. Las modalidades de privatización en el marco legal peruano: Decreto Legislativo N° 674 y Promoción de Inversión Privada en activos y empresas del estado, y el Decreto Legislativo N° 758 como Promoción de la Inversión Privada mediante concesiones**

#### **3.1 Promoción de la Inversión Privada en activos y empresas del Estado: Decreto Legislativo N° 674**

El proceso de privatización en el Perú tuvo como correlato principal el impacto hiperinflacionario y recesivo que azotó considerablemente la economía del país a lo largo de los años ochenta e inicios de los noventa, producto, entre otros factores, del fracaso de la actividad empresarial del Estado, cuya gestión ya se encontraba totalmente deslegitimada.

Ello fue reconocido por el propio Estado en la exposición de motivos y en el considerando tercero del Decreto Legislativo 674, señalando expresamente lo siguiente:

La Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario”. (Subrayado es nuestro).

Precisamente, el Decreto Legislativo 674 inició los primeros hitos del proceso de privatización de las empresas estatales, creándose la Comisión de Promoción de la Inversión Privada - COPRI, que se encargó específicamente del diseño y conducción de los procesos de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado como organismo rector máximo y contempló las diversas modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en las empresas del Estado.

La COPRI estuvo integrada por un Directorio conformado por ministros con facultades para designar a los respectivos Comités Especiales quienes tenían a cargo conducir el proceso de promoción de la inversión privada bajo el DL 674.

Las funciones principales que tenía la COPRI eran las siguientes: i) Elaborar el Plan de Promoción de la Inversión Privada, ii) Conducir y administrar el proceso de promoción de la inversión privada correspondiente, y iii) Administrar el Fondo de Promoción de la Inversión Privada - FOFRI, a efectos de financiar las actividades del proceso correspondiente.

Así, el proceso de privatización mediante la promoción de la inversión privada en las empresas o activos del Estado bajo lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo 674 recae bajo las siguientes modalidades<sup>38</sup>:

1. Venta de activos o accionariado de las empresas del Estado al sector privado,
2. Aumento de capital y,
3. Celebración de contratos de asociación, “*joint venture*”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares, entre otras.

En la práctica, bajo dicho artículo, los mecanismos de promoción de la inversión privada en empresas y activos del Estado bajo el Decreto Legislativo 674 se consideran las siguientes i) Oferta pública de acciones, ii) Venta privada de acciones, y iii) Venta de activos del gobierno o de una empresa estatal<sup>39</sup>.

Asimismo, como elemento principal del mecanismo de privatización el Decreto Legislativo 674 autorizó al Estado a otorgar seguridades y garantías para proteger las adquisiciones e inversiones sin limitación alguna, estableciéndose la posibilidad de utilizar los títulos de la deuda externa como parte de pago en los procesos de privatización, y se declaró la intangibilidad de los activos de empresas en procesos de privatización<sup>40</sup>.

En el año 1994, bajo el Decreto Legislativo 674 se generó el mayor valor por operaciones de venta de empresas públicas al darse inicio a la transferencia al sector privado de los “monopolios naturales” en el sector de las telecomunicaciones y del sector eléctrico. Siguiendo el estudio realizado por RUIZ CARO<sup>41</sup>, la Compañía Peruana de Teléfonos

<sup>38</sup> El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 674 dispone expresamente, lo siguiente:  
“Las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, son las siguientes:

- a. La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos.
- b. El aumento de su capital.
- c. La celebración de contratos de asociación, “*joint venture*”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares.
- d. La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación. Cuando, de acuerdo a lo anterior, el Estado resulte, en forma directa o indirecta, con una participación accionaria minoritaria, sus derechos y obligaciones se regirán exclusivamente por la Ley General de Sociedades”.

<sup>39</sup> De la misma manera, en España, como bien señala BEL, la privatización, se puede realizar a través de la venta de empresas públicas bajo las siguientes técnicas: Oferta pública, Venta directa, Venta mediante subastas. Cfr. Gema y ESTRUCH, Alejandro. “Liberalización, privatización, desregulación”. p. 169-171.

<sup>40</sup> RUIZ CARO, Ariela. Op. Cit., p. 24.

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 35.

(CPT) y Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL Perú), empresas dedicadas a la prestación de servicios de larga distancia nacional e internacional y telefonía fija, fueron transferidos en febrero de 1994 a un consorcio liderado por Telefónica de España por un monto de 2.000 millones de dólares y un compromiso de inversión de 1.800 millones. El precio pagado por cada línea telefónica instalada fue de 8773 dólares, uno de los más altos de América Latina. En ese mismo año, se transfirieron al sector privado el 60% de las empresas de distribución de electricidad de Lima: EDELNOR y EDELSUR por un monto de 176 y 212 millones de dólares, con compromisos de inversión por 150 y 120 millones de dólares, respectivamente. Las empresas fueron adquiridas por empresas de origen español, chileno y canadiense. La realización de estas operaciones representó en el año 1994 ingresos para el Estado por más de 2.500 millones de dólares y compromisos de inversiones superiores a los 200 millones de dólares.

Durante los dos años siguientes, 1995 y 1996, las transferencias de empresas públicas en el proceso de privatización continuaron incrementándose al venderse un total de 65 empresas. En 1995, la venta de empresas públicas generó ingresos superiores a los 1.000 millones de dólares, con inversiones proyectadas por 63 millones de dólares, éste último, el monto más reducido de todo el proceso de privatización. La operación más importante fue la transferencia del 60% de las acciones de la empresa de generación eléctrica (EDEGEL) que generó la mitad de los ingresos percibidos por privatizaciones de empresas públicas en ese año<sup>42</sup>.

A manera de conclusión preliminar, el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 674 es la promoción de la inversión privada única y exclusivamente en activos, bienes y empresas del Estado. Asimismo, el Perú siempre ha manejado un concepto amplísimo o polisémico de privatización, el cual implica todo tipo de actividad industrial o económica que busca devolver o transferir sea propiedad o sea la gestión de activos, empresas, bienes y servicios desde el Estado hasta los sujetos privados.

### **3.2 Promoción de la Inversión Privada mediante concesiones: Decreto Legislativo N° 758**

El Decreto Legislativo 758<sup>43</sup> inició el proceso de privatización (especie modula de “privatización organizativa” como bien enseña ARIÑO ORTIZ) mediante la promoción de la inversión privada en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura bajo la técnica concesional, a efectos que el sector privado se encargue del diseño, construcción, gestión y financiación de determinados proyectos en dichas materias, bajo el contexto de reforma o de redefinición de los roles del Estado en materia económica y los procesos de liberalización y desregulación de los mercados a la competencia, con la finalidad de generar un adecuado entorno de seguridad jurídica que propicie la participación privada de acuerdo con lo previsto en los Decreto Legislativo 662<sup>44</sup> y Decreto Legislativo 757.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> Decreto Legislativo N° 758, “Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

<sup>44</sup> Decreto Legislativo N° 662, “Ley de Promoción de la Inversión Extranjera”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 02 de setiembre de 1991.

A diferencia del Decreto Legislativo 674, el cual implica única y exclusivamente, el régimen de Promoción de la Inversión Privada en empresas y/o activos del Estado, el Decreto Legislativo 758 se encarga de regular el proceso promoción de la inversión privada en aquellos proyectos de infraestructura pública y/o de servicios públicos que son identificados y declarados de interés público por el Estado, a efectos que el concesionario se encargue del financiamiento, construcción, operación y/o explotación y mantenimiento.

Para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura al sector privado, las políticas de desregulación y liberalización fueron claves para consolidar el sistema concesional en dichas materias, al reordenar el marco normativo de cada sector económico, definiendo y determinando el rol de los ministerios como entidades promotoras de la iniciativa privada para el desarrollo e impulso del sector correspondiente.

Así, los objetivos de la entrega en concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura son las siguientes<sup>45</sup>:

- Maximizar los limitados recursos económicos del Estado, cuyo presupuesto puede financiar un escaso número de obras. Las concesiones con inversión privada definitivamente permiten ejecutar una mayor cantidad de obras.
- Incorporar los recursos y la eficiencia del sector privado para financiar y administrar infraestructura de uso público (aeropuertos, puertos, ferrocarriles y redes viales), la construcción de proyectos de irrigación de transmisión eléctrica, la explotación de proyectos de hidrocarburos y mineros, así como de áreas forestales, entre otros. En estos tres últimos casos, el desarrollo de los proyectos debe realizarse de acuerdo a estándares internacionales de medio ambiente.
- Generar empleo directo en la construcción y mejoramiento de la infraestructura, así como empleo indirecto en actividades complementarias.
- Descentralizar la construcción y gestión de infraestructura, generando eficientes servicios a tarifas competitivas.
- Preservar y aumentar el valor y la cantidad de la infraestructura pública, ya que el Estado nunca pierde los derechos de propiedad de las inversiones.
- Liberar recursos públicos para orientarlos a proyectos y programas de alta rentabilidad social, en los cuales los usuarios no pueden pagar por su uso (caminos de penetración, teléfonos y electrificación en zonas rurales). Esto representa una prioridad social.
- Incrementar los ingresos públicos bajo la forma de pagos por adelantado, retribuciones, regalías e impuestos.

Con todo, el Decreto Legislativo 758 establece las pautas generales aplicables a todas las obras de infraestructura y de servicios públicos que son susceptibles de ser otorgadas en concesión a favor de inversionistas privados, regulándose el proceso de promoción

---

<sup>45</sup> RUIZ CARO, Ariela, Op Cit. p. 26.



de la inversión privada, mediante licitaciones o concursos de proyectos integrales. Para ello, determina qué actividades son catalogadas como obras públicas de infraestructura y cuáles son servicios públicos. Define los roles de la entidad concedente, así como los derechos y obligaciones de las partes contratantes y aspectos básicos del contenido del contrato de concesión. De la misma manera, contempla con carácter general, el régimen de construcción y explotación de la concesión.

Asimismo, el Decreto Legislativo 758 determina las modalidades de concesión y los criterios para su clasificación, los mismos que a la fecha se encuentran vigentes:

- a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre beneficios a favor del organismo concedente;
- b) A título gratuito;
- c) Cofinanciada por el organismo concedente, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o,
- d) Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

Sin embargo, el proceso de promoción de la inversión privada a través del sistema concesional no tuvo el auge o el impulso político correspondiente debido a que el Estado se focalizó y dio prioridad a la venta de empresas estatales.

Tanto es así, que desde el año 1991 hasta el año 1997 solo fue entregada una concesión, a través del MTC para la rehabilitación, mantenimiento y explotación del peaje de la carretera Arequipa – Matarani en el año 1994 (actualmente se encuentra finalizada y fue absorbida por el Tramo 5 de la concesión vial IIRSA SUR), constituyéndose así en la primera concesión vial y la más relevante en esa época bajo el Decreto Legislativo 758<sup>46</sup>.

#### **4. La Constitución de 1993. Consolidación del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada bajo el sistema concesional a nivel constitucional. Impulso e institucionalidad del sistema concesional como técnica de Promoción de la Inversión Privada en servicios públicos e infraestructura**

##### **4.1 Consolidación del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada bajo el sistema concesional a nivel constitucional**

La nueva concepción del Estado subsidiario se consolidó a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, la cual incluyó a nivel constitucional las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 662, Decreto Legislativo 674, Decreto Legislativo 757, y en el Decreto Legislativo 758, a efectos de promover la libre iniciativa privada, la libre competencia y la igualdad de trato para todas las actividades económicas, garantías a las inversiones nacionales y extranjeras, y establecer igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros, y permitir como mecanismo de solución de controversias el arbitraje nacional o internacional.

<sup>46</sup> UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena. "Evolución de las Asociaciones Pública Privadas conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias". En Revista de Derecho Administrativo N° 13. Lima, Diciembre 2013. p. 56 – 57.

En efecto, el artículo 58° de la Constitución de 1993 establece que los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa fundamentan el modelo de “Economía Social de Mercado”, en la cual el Estado orienta y promueve el desarrollo del país, focalizado principalmente en las áreas de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura:

Artículo 58°.- Economía Social de Mercado.

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

Ahora, el modelo de “Economía Social de Mercado”, como bien lo ha desarrollado ZEGARRA VALDIVIA comprende:

(...) en su configuración implica el seguro funcionamiento del mercado en el que se garanticen la libertad de acceso al mismo, la eliminación de obstáculos que puedan existir a la propiedad privada de los medios de producción, la libertad contractual, así como la estabilidad monetaria, y junto a ello, se mantenga una línea constante en la política económica que no perjudique la dinámica de los procesos sociales con el fin de limitar los riesgos en los agentes económicos<sup>47</sup>.

Asimismo, el artículo 60° de la Constitución de 1993<sup>48</sup>, dispone que el Estado reconoce el pluralismo económico y dispone que la economía del país se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, se determina y se consagra el rol subsidiario del Estado en materia económica, en la cual se limita toda reserva de intervención pública empresarial en aquellas actividades económicas susceptibles de ser ejecutadas por el sector privado, salvo que exista habilitación por ley expresa y por circunstancias de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Aunado a ello, a nivel constitucional se consagra, en términos generales, el régimen de protección de los bienes de dominio y uso público<sup>49</sup>, haciendo alusión explícita a la figura

<sup>47</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad en materia económica recogido en la Constitución de 1993: el caso de la actividad educativa de capacitación”. En: Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra Editores. Lima, 2012. p. 436. De la misma manera, pueden revisarse los trabajos de KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2009. p. 359., y GARCIA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Tomo II. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima. Lima, 1998. p. 120 y ss.

<sup>48</sup> Artículo 60.- Pluralismo Económico

“El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

<sup>49</sup> A efectos de una mejor comprensión del artículo citado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00003-2007-PC/TC ha señalado lo siguiente: “(...) El dominio público es una técnica de intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada (...) -ya sea el uso o el servicio público-(...) ciertos bienes de titularidad pública (...), dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de Derecho Administrativo (...)”. “Se ha señalado que “(...) el servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público (...)”. Asimismo, respecto a los alcances de los Bienes de Dominio Público, el Reglamento de la Ley N° 29151, Ley General del

de la concesión administrativa para la prestación y/o explotación de servicios públicos y obras públicas de infraestructura por parte del sector privado.

Así, el artículo 73° de la Constitución de 1993 dispone expresamente lo siguiente:

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. **Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico** (Énfasis y subrayado es nuestro).

Dicho precepto a nivel constitucional resulta fundamental para la consagración y/o consolidación del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada, a través del sistema concesional para la prestación y/o explotación de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, el mismo que guarda articulación perfecta con lo prescrito en los artículos 58° y 60° de la Constitución de 1993 señalados anteriormente.

En efecto, siguiendo a KRESALJA y OCHOA<sup>50</sup>, la Constitución de 1993 asume una posición liberalizadora del dominio público para promover el aprovechamiento económico de los bienes de uso público a favor del sector privado, bajo la modalidad concesional.

Ello es sumamente importante, ya que la Constitución de 1979, en su artículo 128° establecía expresamente, lo siguiente:

**Los bienes públicos**, cuyo uso es de todos, **no son objeto de derechos privados**. (Énfasis y subrayado es nuestro)

En ese sentido, analizando detalladamente lo prescrito en el artículo 73° con el artículo 58° de la Constitución de 1993, podemos apreciar que en realidad más que una facultad atribuida al Estado para el otorgamiento de concesiones sobre un determinado bien de uso público, constituye un deber constitucional, dado que existe una articulación perfecta con los preceptos constitucionales antes señalados, en virtud del rol promotor de la iniciativa privada, bajo la cual el Estado subsidiario orienta el desarrollo del país, actuando principalmente en la promoción de la inversión privada, entre otras áreas, en servicios públicos e infraestructuras públicas.

Por otro lado, podemos apreciar que el régimen de Promoción de la Inversión Privada conecta bien al plasmarse a nivel constitucional las garantías e igual de trato de las inversiones nacionales y extranjeras, siendo el Estado respetuoso de la autonomía de la voluntad en los contratos que celebre, como son los contratos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, y otorgando determinadas seguridades y

---

Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, establece en el numeral 2.2 del artículo 2°, lo siguiente: "a) Bienes de dominio público: **Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como** playas, plazas, parques, **infraestructura vial, vías férreas,** caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; **aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público** como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, **puertos, aeropuertos** y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, **o cuya concesión compete al Estado**. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, **el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley**. (énfasis y subrayado es nuestro)

<sup>50</sup> KRESALJA y OCHOA. Ob. Cit., p. 406 - 407.

garantías mediante la celebración de determinados “contratos – ley”, como son los convenios de estabilidad jurídica, sobre la base de la renovada “Economía Social de Mercado”.

De esa manera, el artículo 62° de la Constitución de 1993<sup>51</sup> consagra la garantía a la “santidad de los contratos” y a la “libre configuración contractual”, es decir, se plasman a nivel constitucional, los principios de libertad de contratar y la libertad contractual<sup>52</sup>.

Asimismo, el referido artículo establece el otorgamiento de determinadas seguridades y garantías a las inversiones efectuadas y por efectuarse mediante la suscripción de algún “contrato – ley” como son los convenios de estabilidad jurídica y convenios de inversión<sup>53</sup>. Con relación a ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00005-2003-AI/TC<sup>54</sup> señala que lo peculiar del “contrato – ley” se encuentra en la

<sup>51</sup> Artículo 62.- Libertad de contratar

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

<sup>52</sup> Recordemos, que la primera consiste en que las partes podrán pactar libremente conforme a las normas vigentes al momento de perfeccionar el contrato, con la garantía que las normas posteriores u otras disposiciones de cualquier clase, no afectarán los términos y las condiciones pactadas. Mientras que la segunda consiste en que las partes podrán configurar libremente el contenido de las cláusulas y los términos contractuales, siempre y cuando no contravengan las normas imperativas y de orden público.

<sup>53</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Los convenios de estabilidad jurídica o denominados contratos leyes en el Perú”. En Revista *Ius Et Veritas* N° 46. Lima, 2013. p. 258 -269. En los respectivos convenios de estabilidad jurídica, dependiendo del tipo y características de la concesión, se otorgan los siguientes derechos a los inversionistas o a la sociedad concesionaria: a) Estabilidad del régimen del Impuesto a la Renta al momento de celebrarse el convenio: En virtud de la estabilidad del régimen tributario que se garantiza, el inversionista extranjero respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que si el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada, b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7° (libre transferencia de divisas al exterior) y 9° (tipo de cambio más favorable) del Decreto Legislativo 662; c) Estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2° del Decreto Legislativo 662 y d) Estabilidad de regímenes de contratación laboral.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, de fecha 3 de octubre de 2003, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro congresistas de la República, representados por el congresista Johny Lescano Ancieta, contra los artículos 1°, 2°, 3° y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 14 de enero de 1994. Acumulativamente, solicitan que se declare inconstitucional el “contrato – ley” celebrada entre la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica del Perú S.A.A.) y el Estado Peruano. Fj. 35., el cual expresamente, señala lo siguiente: “En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos “no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

rigidez de las cláusulas que la componen así como el estatuto jurídico particular que lo regula fijado para su suscripción, es decir, en estos tipos de contratos, se mantiene a lo largo de toda su ejecución y vigencia, la legislación del momento en el cual estos fueron celebrados y, a cuyo amparo, estos se regulan, razón por la cual, no pueden ser modificados por ley expresa, ni mucho menos los términos contractuales pactados<sup>55</sup>.

De otro lado, el artículo 63° de la Constitución de 1993<sup>56</sup> dispone que las inversiones nacionales y extranjeras se sujetan a las mismas condiciones, es decir, que ambos tipos de inversiones, reciben el mismo tratamiento legal. Asimismo, establece que tanto el Estado y/o las demás personas jurídicas de derecho público, pueden someter las controversias

---

De esta forma, el artículo 62° de la Constitución, al igual que en la Primera Disposición Final de la Ley Fundamental, establece una nueva excepción a la regla general contenida en el artículo 109° de la Constitución, según la cual “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial(...)”. De allí que el Tribunal considere superfluo, desde el punto de vista constitucional, que pese a no existir una ley o norma con rango de ley que establezca la posibilidad de aplicar ultraactivamente la legislación a cuyo amparo se suscribió un contrato-ley, éste contenido se haya formulado en el artículo 24° del Decreto Supremo N°. 162-92-EF.

<sup>55</sup> Sobre el particular, en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada, el “Convenio de Estabilidad Jurídica” así como el “Contrato de Seguridades y Garantías” corresponden uno de los tipos de “contratos - ley” existentes en nuestro medio. Solamente pueden existir si se encuentra relacionado con alguna inversión determinada, aquello respecto de la cual el Estado ofrece las garantías concretas, por lo que debe reconocerse que existiría una vinculación estructural entre el Contrato de Concesión y los referidos “contrato - ley”. Sin embargo, dicha vinculación no permite extender la calificación de “contrato - ley”, naturaleza del “Convenio de Estabilidad Jurídica” y del “Contrato de Seguridades y Garantías”, al contrato del que deriva, es decir, al contrato de concesión. Al respecto, el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada otorga el derecho a la sociedad concesionaria, así como a los socios y accionistas que la conforman, en solicitar al Estado la suscripción del respectivo “Convenio de Estabilidad Jurídica”, de acuerdo al procedimiento administrativo que los regula. No obstante ello, cabe precisar, que a diferencia del régimen general, instaurado en el DL 757, los plazos de vigencia o duración del convenio por las inversiones efectuadas o por efectuarse en el marco del TUO y del RTUO, corresponden al plazo de duración del contrato de concesión respectivo (ver artículo 19° del TUO). De otro lado, otro tipo de “contrato - ley” suscrito en el marco del TUO y en el RTUO, encontramos al “Contrato de Seguridades y Garantías”, el cual respalda las obligaciones, declaraciones, seguridades y garantías otorgadas por el Estado mediante el contrato de concesión, esto es a grandes rasgos, todo aquello que el concedente asumió en el contrato de concesión a favor de los concesionarios. Pues bien, conforme a lo establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25570 y a lo señalado en el artículo 1357° del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado (incluidas en el proceso a que se refiere el DL 674, bajo cualquiera de las modalidades previstas por el artículo 2° de dicha norma), las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente. En tal sentido, el Contrato de Seguridades y Garantías es uno de los tipos de contrato-ley existentes en nuestro medio. Solamente puede existir si se encuentra relacionado con alguna inversión determinada, aquello respecto de la cual el Estado ofrece las garantías concretas, por lo que debe reconocerse que existiría una vinculación estructural entre el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantías. Sin embargo, dicha vinculación no permite extender la calificación de contrato-ley, naturaleza del Contrato de Seguridades y Garantías al contrato del que deriva, es decir, al contrato de concesión.

<sup>56</sup> Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

suscitadas o derivadas de la propia relación contractual a tribunales constituidos en virtud del algún tratado en rigor, o someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley, tal como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura bajo el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada.

A manera de conclusión preliminar, consideramos que el modelo económico instaurado y consagrado bajo la actual Constitución de 1993 (contra todo) ha tenido como principal correlato, consolidar, plasmar, y “formalizar” a nivel constitucional el paquete de Decretos Legislativos (Decreto Legislativo 662, Decreto Legislativo 674, Decreto Legislativo 757, y Decreto Legislativo 758) que permitió dar inicio a la reforma del Estado en materia económica a inicios de los años noventa, mediante la consagración del principio de subsidiariedad y los procesos de privatización, desregulación para estabilizar la economía del país.

Ello, consolidó el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura bajo la técnica concesional, reduciéndose así el nivel de intervención estatal, garantizando y tutelando los derechos de los inversionistas nacionales y extranjeros como son la propiedad, libre iniciativa privada, libertad de empresa, y de los usuarios del servicio, bajo el nuevo esquema de Economía Social de Mercado.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 se terminó por redefinir el rol del Estado especialmente en la economía, esto es, orientando y promoviendo el desarrollo del país y actuando principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

#### **4.2 Impulso e institucionalidad del sistema concesional como técnica de Promoción de la Inversión Privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura**

Una vez entrada en vigencia la Constitución de 1993 surgió la necesidad de establecer un marco normativo que contenga un “Plan de Promoción de Concesiones” que identifique la infraestructura pública existente del Estado, y otros proyectos, que pueden ser otorgados en concesión al sector privado y designe un organismo único coordinador que se encargue de seleccionar y precisar aquellas obras de infraestructura o de servicios públicos que deban ser otorgados en concesión al sector privado.

Para dichos efectos se emitió el Decreto Legislativo 839<sup>57</sup>, a fin de otorgar mayor seguridad a los inversionistas privados mediante la planificación de los proyectos de inversión privada de mayor envergadura a nivel nacional.

El Decreto Legislativo 839 cumplió un rol determinante al institucionalizar el sistema concesional bajo el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada. Dicha norma creó la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas – PROMCEPRI, para que se encargue de la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de manera especial, y la COPRI siga encargándose de llevar a cabo los procesos bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 674.

<sup>57</sup> Decreto Legislativo 839, “Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 1996.

La PROMCEPRI tuvo una estructura semejante a la COPRI, conformada por la Dirección Ejecutiva y los Comités Especiales para cada proyecto, cuyos integrantes eran designados por el Consejo de Ministros. Las principales funciones de la PROMCEPRI eran: i) Llevar a cabo los procesos correspondientes para la entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, ii) Identificar las obras públicas que eventualmente pudieran ser entregadas en concesión sobre todo bajo competencia del Gobierno Nacional y iii) Aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada de los proyectos identificados.

Posteriormente, en atención a la Quinta Disposición Final y Transitoria del Decreto Legislativo 839, se aprobó el “casi” derogado y muy recordado TUO<sup>58</sup> y su derogada reglamentación (RTUO<sup>59</sup>).

El T.U.O. tuvo por objeto conglomerar la regulación del proceso de promoción de la inversión privada bajo la técnica concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

Confrontando el T.U.O. con el Decreto Supremo N° 189-92-PCM (norma derogada que aprobó el reglamento del Decreto Legislativo 758), podemos indicar que no existieron grandes cambios o diferencias, salvo el rol de la PROMCEPRI quien tendrá a cargo de manera exclusiva la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada bajo el sistema concesional de manera exclusiva, la necesidad de contar con el Plan de Promoción de la Inversión previo al inicio del concurso, así como el régimen especial para la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica cuyo plazo se extiende al de la concesión correspondiente a favor de los concesionarios. Dichas disposiciones se encontraban ya contempladas en el Decreto Legislativo 839.

Pues bien, sobre la base de lo establecido en el Decreto Legislativo 758 y el Decreto Legislativo 839, el ámbito de aplicación y/o alcance del TUO y su reglamento es regular los procesos de promoción de la inversión privada sobre proyectos en materia de servicios públicos y en la provisión de obras públicas de infraestructura bajo competencia, única y exclusivamente, de los ministerios o de las entidades de sectoriales que componen el Gobierno Nacional, quienes a su propia iniciativa identifican oportunidades y necesidades de inversión, así como el desarrollo de los estudios que demuestren que la oportunidad de inversión es económicamente rentable y necesaria para la satisfacción del interés colectivo, que podría ser de interés del sector privado a quien posteriormente se le ofrecerá, a través del concurso público correspondiente para la adjudicación de la concesión respectiva.

Para dichos efectos, el TUO y el RTUO establecieron como rasgo primordial identificar los órganos promotores y funcionarios públicos encargados de llevar adelante los procesos

<sup>58</sup> Decreto Supremo N° 059-96-PCM, “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”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 1996. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de diciembre de 1996. De acuerdo con la **Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224**, publicado el 25 septiembre 2015, se derogó dicha norma, excepto el primer y segundo párrafo de su artículo 19 y el artículo 22.

<sup>59</sup> El derogado Decreto Supremo N° 060-96-PCM, “Reglamento 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”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de diciembre de 1996.



de promoción de la inversión privada con sus respectivas funciones y competencias, determina y define las modalidades de concesión que pueden ser materia de otorgamiento de acuerdo a la naturaleza del proyecto, consolida las garantías a favor de la inversión privada, regula el procedimiento para el otorgamiento, y, con carácter muy general, establece el régimen legal aplicable a las concesiones.

Tal como se puede apreciar, lo más destacable del TUO y del RTUO fue únicamente la regulación de los procesos de promoción de la inversión privada, a efectos de atraer la mayor cantidad de inversionistas (nacionales o extranjeros) para que puedan participar en los concursos que PROINVERSION convoque o licite en coordinación con el ministerio o el sector correspondiente.

Así, de acuerdo con lo previsto en el TUO y en el RTUO, y las normas vigentes que los derogaron, tal como ocurre en la práctica, se presta mayor atención al proceso de promoción para adjudicar una concesión de obra pública o de servicios públicos a cargo de PROINVERSIÓN.

En esa línea, como bien señala DANOS ORDOÑEZ:

El 059 [el TUO] es una norma de procedimiento en la práctica. Carece de todo contenido sustantivo porque básicamente en cuanto al contenido del contrato remite a lo que establezca PROINVERSION o el órgano de administración correspondiente. Y como bien sabemos, tanto el DS 059, como el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, regulan la promoción y, principalmente, las concesiones en servicios públicos y obras públicas de infraestructura sin perjuicio de las normas sectoriales<sup>60</sup>.

Posteriormente, en el año 2002 mediante Decreto Supremo 027-2002-PCM se fusiona la Dirección Ejecutiva FOPRI con la COPRI, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras - CONITE, la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú - PROMPERU, a través de la transferencia a favor de la primera de las competencias, funciones y atribuciones de la COPRI, la CONITE y la PROMPERU. Dicha norma establece que la Dirección Ejecutiva FOPRI, pasará a denominarse PROINVERSION y estará adscrita al MEF.

En ese contexto, PROINVERSION tuvo a cargo los procesos de promoción de la inversión privada bajo los alcances de los DL 674, DL 758, DL 839, el TUO y el RTUO.

En el año 2003 se aprobó y entró en vigencia la derogada LMPID<sup>61</sup>, la misma que estableció el marco normativo para que el Estado, en sus tres niveles de gobierno (Nacional, Regional y Local), promueva la inversión de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil.

<sup>60</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país". Mesa redonda con Jorge Danós Ordoñez, Juan Carlos Morón Urbina, Richard Martín Tirado y Ramón Huapaya Tapia. En Revista *Ius Et Veritas* N° 42. Lima, Junio 2011. p. 399.

<sup>61</sup> Ley N° 28059, "Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada". Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de agosto de 2003.



La LMPID se justificó en la medida que el alcance del TUO y su Reglamento son los proyectos de obras públicas de infraestructura y servicios públicos bajo competencia del Gobierno Nacional, en ella se establece el régimen de promoción de la inversión privada a cargo de los Gobiernos Locales y Regionales a través de los contratos de participación de la inversión privada, tales como: a) Venta de activos, b) Concesión, c) Asociación en participación, d) Contrato de gerencia, e) *Joint Venture*, f) Especialización de Servicios (OUTSOURCING) y g) Otras permitidas por ley, los mismos establecidos en el Decreto Legislativo 674 y en el TUO.

Bajo dicho régimen, PROINVERSION, entre otros aspectos, interviene en los proyectos de inversión que se desarrollen por iniciativa de dos o más gobiernos regionales, así como los encargos de gestión a favor de dicha entidad, para que se encargue de llevar a cabo el desarrollo, diseño y conducción de los procesos o concursos correspondientes.

Posteriormente, en el año 2008 en el contexto de implementar el TLC, el Congreso de la República, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, la facilitación del comercio, promoción de la inversión privada, la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado, se aprobó y entró en vigencia el también derogado DL 1012<sup>62</sup> y su respectivo Reglamento<sup>63</sup>, a efectos de regular la participación del sector privado en la operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, y determinar los principios y procedimientos aplicables al sector privado mediante la modalidad de Asociaciones Público – Privadas (APP's).

El Decreto Legislativo 1012 con todo, logró aminorar el déficit de la llamada brecha de inversión en infraestructura y de servicios públicos, bajo la técnica concesional, los cuales han sido considerados como la principal dificultad para lograr el desarrollo y crecimiento económico y social del Perú en los últimos veinte años.

#### 4.3 Actualidad: El Decreto Legislativo N° 1224

En el año 2015, el Congreso de la República volvió a delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar ciertos aspectos en materia económica, ante la necesidad de *“promover, fomentar y agilizar la inversión privada a fin de contribuir con la dinamización de la economía y la generación de empleo”*.

Producto de ello se aprobó el Decreto Legislativo 1224 (DL 1224)<sup>64</sup>, que aglutinó el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada en proyectos mediante APPs y en Activos del Estado (en sus tres niveles de gobierno) y de las Empresas Estatales en un solo texto normativo. Cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo 1224 derogó el Decreto Legislativo 1012, el TUO, la LMPID y sus respectivos reglamentos, salvo algunos artículos como bien señalamos anteriormente.

<sup>62</sup> Decreto Legislativo N° 1012, “Ley marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de la inversión privada”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de mayo de 2008.

<sup>63</sup> Publicado en El Peruano el 31 de mayo de 2014, quién deroga el Decreto Supremo 146-2008-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 09 de diciembre de 2008.

<sup>64</sup> Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2015.

Entre varios aspectos, que no resulta necesario repetir aquí, consideramos que el Decreto Legislativo 1224 es una norma de gestión, meramente adjetiva que tiene por finalidad consolidar e institucionalizar el régimen de Promoción de la Inversión Privada, integrando y actualizando los preceptos contenidos en el Decreto Legislativo 1012, el TUO, la LMPID y sus respectivos reglamentos y modificatorias. No obstante ello, se enfatiza el rol del Ministerio de Economía y Finanzas y la responsabilidad en el uso de recursos públicos para la formulación de proyectos bajo iniciativa estatal y privada (iniciativas privadas autofinanciadas y cofinanciadas). Podemos observar el empoderamiento del Ministerio de Economía y Finanzas, constituyéndose en el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, tal como lo establece expresamente el Decreto Legislativo 1224.

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1224, ¿Regula algún aspecto de la concesión administrativa? ¿Resulta necesaria una norma especial que regule los contratos para el desarrollo de APP's de manera especial?

En el siguiente acápite reflexionaremos acerca de la necesidad y un intento de teorizar o profundizar el régimen de la concesión administrativa para el desarrollo de APP's.

## 5. La extinción de la concesión administrativa

Actualmente, tal como señalamos anteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1224 se derogó el TUO y su reglamento, quedándose sin regulación la figura de la concesión. En efecto, de la revisión del Decreto Legislativo 1224 y su respectiva reglamentación denotamos que no existe un régimen único y especial aplicable a la concesión, sino que se opta por regular, de manera muy general, todas las modalidades contractuales para el desarrollo de APP's, como si fuese un solo contrato.

Como resulta evidente, consideramos que no basta que se apruebe un régimen unitario que aglomere o sintetice en un mismo cuerpo legal la regulación de la promoción de la inversión privada en materia de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura y proyectos en Activos del Estado y de las Empresas Estatales para los diversos tipos de concesiones existentes en el Perú, tal como lo regula el Decreto Legislativo 1224, sino que además se regule de manera especial, entre otros, el régimen concesional, sobre todo la fase de ejecución contractual, bajo las instituciones propias y exclusivas de Derecho Administrativo. Dicha labor no es baladí.

Pues bien, desde que se inició la política de privatizaciones en el Perú, consolidada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, hasta el día de hoy, no existe reserva de titularidad previa de actividades económicas a favor del Estado, como es el caso de los servicios públicos, con lo cual la conceptualización teórica de la concesión administrativa<sup>65</sup> no encaja muy bien aquí, sino más bien se trataría de una especie de autorización administrativa (concertada) como bien ha señalado BACA ONETO<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Véase el excelente trabajo de VILLAR PALASI, José Luis. "Concesiones Administrativas". En: Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IV. Editorial Francisco Seix. Barcelona, 1952. Asimismo, confróntese Asimismo, LOPEZ RAMON, Fernando. "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas". En: Revista de la Administración Local y Autonómica – REALA N° 243. Madrid, 1989.

<sup>66</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano". En: Revista Ius Et Veritas N° 48. Lima, Julio 2014. p. 296-297.

En efecto, tradicionalmente, la doctrina especializada<sup>67</sup> en el estudio de los títulos habilitantes, se ha ocupado en distinguir la figura de la autorización administrativa (donde hay un derecho preexistente, es decir, técnica que se aplica para remover los límites legales necesarios para el ejercicio de un derecho preexistente y tienen carácter declarativo, mas no adquiridos) y la concesión administrativa (donde la habilitación administrativa confiere, constituye un nuevo derecho que no se tenía, para una persona específica, que obra exclusivamente por la habilitación expresa de la Administración), para construir y delimitar, entre otros aspectos, el régimen jurídico de cada uno de ellos.

A pesar que dicha distinción teórica no es tan necesaria en nuestra realidad jurídica, ya que no siempre se condice lo que enseña la doctrina con lo que efectivamente se regula en determinado marco legal, la modalidad clásica para la prestación de servicios públicos y las obras públicas de infraestructura en el Perú se desarrolla a través de la concesión administrativa (ejemplo de ello, tenemos las grandes concesiones adjudicadas bajo el TUO y el Decreto Legislativo 1012).

Sin embargo, ello no es óbice para realizar un intento teórico para esbozar el régimen de la concesión administrativa en el Perú en dichas materias. Al margen de que no exista en el Perú la reserva de titularidad previa de actividades económicas a favor del Estado, como es el caso de los servicios públicos, la concesión administrativa es un título habilitante materializado en un contrato, cuyo régimen hay que construirlo con esfuerzo a partir de nuestra realidad jurídica (por cierto muy escasa, por no decir inexistente) y adaptándola a ella.

En esa línea, el Derecho Administrativo<sup>68</sup>, ha concebido que la intervención administrativa en la economía se materialice en diversas formas o técnicas de actuación. Así, la intervención puede manifestarse en técnicas de ordenación y control (reglamentación, habilitación, control y supervisión y finalmente, sanción y coacción), técnicas de fomento (estímulos económicos, jurídicos y honoríficos), técnicas de prestación (calificación de actividades como servicios públicos), e inclusive llegando a permitirse la acción empresarial directa del Estado a través de las empresas públicas.

Ahora bien, dentro de la actividad administrativa de ordenación y control (llamada clásicamente “actividad de policía administrativa” o “poder de policía”), se acomete el estudio de las técnicas administrativas de habilitación o condicionamiento para el ejercicio de un determinado derecho, tales como, la licencia, el permiso, la autorización administrativa y la concesión administrativa.

Debemos advertir que no todas las concesiones administrativas ostentan el mismo régimen jurídico y tampoco comparten las mismas características y naturaleza jurídica en nuestro marco normativo con carácter general. Efectivamente, las características y naturaleza jurídica dependen del régimen jurídico de la actividad que se otorgue en concesión, por ejemplo, la naturaleza jurídica de la concesión minera es un acto administrativo, y por

<sup>67</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “La Autorización Administrativa”. Thomson - Civitas. Madrid, 2006. Especialmente, p. 83-87.

<sup>68</sup> Actualmente, la configuración de las autorizaciones administrativas dentro del concepto de la actividad de policía administrativa, viene siendo sometida a una profunda revisión, debido a las transformaciones de la sociedad de riesgo. Para calificadas reflexiones muy recientes sobre el tema, véase: ESTEVE PARDO, José: “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público”. En: Revista General de Derecho Administrativo N° 20. Marzo 2009. p. 18.

otro lado, las concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura son contratos<sup>69</sup>, razón por la cual rechazamos toda afirmación de que toda concesión hoy en día es una APP's ya que hay que revisar el régimen jurídico especial.

Entonces, con relación a los servicios públicos y obras de infraestructura, debemos entender que la concesión es un título habilitante materializado en un contrato para el desarrollo profesionalizado y habitual de una actividad netamente económica y empresarial consistente en la gestión de una persona jurídica dedicada a la explotación lucrativa de un servicio público y/o de una obra pública de infraestructura. Bajo dicha perspectiva, la concesión no es la prestación de un servicio, sino gestionar una empresa, organizando con algún grado de libertad corporativa, tanto recursos humanos como los medios materiales y financieros de que disponga. Aquí, el concesionario asume una obligación de resultado, consistente en la explotación y prestación de determinado servicio o infraestructura, a efectos de poder obtener las correspondientes retribuciones económicas en procura de obtener rentabilidad y recuperar las inversiones efectuadas a su costo y riesgo<sup>70</sup>.

De otro lado, la concesión administrativa en esta materia tiene una visión económica como instrumento de transferencia y asignación de riesgos para la viabilidad de un proyecto (lo que sí estamos de acuerdo con el Decreto Legislativo 1224). Así, desde una visión netamente económica, representada, entre otros, por RUIZ OJEDA<sup>71</sup>, la concesión es un negocio relacional o asociativo por el que se estructura un régimen de compartición de los riesgos del proyecto entre las partes, y en virtud del cual ambas ponen en común dinero, bienes e industria para la realización de un fin y la compartición de beneficios.

A decir de dicho autor:

Ordinariamente el negocio concesional da lugar a la constitución de una empresa –la empresa concesionaria- como sujeto que aglutina, también patrimonialmente, la organización de recursos y el entrecruzamiento de poderes de cada una de las partes. En ese sentido, la concesión es un contrato de empresa. El núcleo definidor de la concesión es por tanto, la asignación de riesgos a las partes hecha de manera variable según las circunstancias de cada caso. La razón es que el riesgo es el fundamento de toda retribución justa, tanto negativa como positiva, como ya demostró F. H. Knight y, por tanto, de la empresa concesionaria<sup>72</sup>.

Bajo esa misma perspectiva, SANZ GANDASEGUI<sup>73</sup>, luego de una realización magnífica de la evolución de la concesión a lo largo de la historia del derecho español, señala que la definición del término se construye sobre unos elementos fundamentales que caracterizan la figura de la concesión y que constituyen el núcleo de la misma: explotación y riesgo concesional.

<sup>69</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "El régimen de los Contratos estatales en el Perú". En Revista de Derecho Administrativo N° 02. Lima, 2006. p. 19-29.

<sup>70</sup> BLANQUER CRIADO, David. "La concesión de servicio público". Tirant lo Blanch, Valencia 2012. p. 205.

<sup>71</sup> RUIZ OJEDA, Alberto. "La Concesión de Obra Pública". Thomson Civitas. Madrid, 2006. Pp. 264 – 265.

<sup>72</sup> Ibid., p. 265

<sup>73</sup> SANZ GANDASEGUI, Francisco. "Capítulo III. El Concepto de Concesión de Obra Pública". En: Instrumentos españoles de colaboración público – privada: El Contrato de Concesión de Obras Públicas (AAVV, Adolfo Menéndez Menéndez - Director). Segunda Edición. Civitas - Thomson Reuters. Madrid, 2010. p. 103 - 134. Especialmente, Pp. 114 - 115.

Pues bien, siguiendo a dicho autor<sup>74</sup>, tanto las concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura, son consideradas como negocios jurídicos mediante el cual el Estado encarga a determinada sociedad empresarial (llámese concesionario) la construcción, conservación, mantenimiento y explotación o prestación de una determinada infraestructura o determinado servicio público, cuya compensación o retribución deriva del uso de la misma por parte de todos los usuarios que la requieren o mediante una aportación estatal a modo de subvención (lo que conocemos como cofinanciamiento), para lo cual, la correcta asignación y gestión del riesgo que le correspondan según la capacidad para mitigar sus efectos permitirá lograr sostenibilidad, rentabilidad y el mayor beneficio que se deriva del título concesional.

Ahora bien, para construir la figura de la concesión administrativa en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en nuestro medio podemos recibir los principales dogmas o conceptos que nos trae la “teoría general de los contratos públicos”, máxime en la fase de ejecución, que es lo que más nos preocupa. Pues bien, el contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada, como todo contrato público, se encuentra inmerso dentro del llamado “régimen jurídico exorbitante” propio del Derecho Administrativo, tal como lo enseña el profesor CASSAGNE<sup>75</sup>. Es decir, un régimen jurídico especial, con reglas distintas al derecho común (o privado), a efectos de lograr la consecución de los intereses públicos o generales contenidos en cada uno de estos contratos.

Sobre la base de ello, el profesor CASSAGNE también señala expresamente lo siguiente:

De ese modo, los contratos resultan administrativos, en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada, criterio que en definitiva, se ubica en una línea similar a la del servicio público de la doctrina y jurisprudencia francesas (en sentido amplio), o a la del giro o tráfico de la Administración. A su vez, el fin público relevante y asumido por el derecho objetivo es el que determina la pertinencia de un determinado objeto, o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata.

Por ese motivo los distintos tipos y denominaciones de los contratos que se celebran para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración) o para atribuir ventajas propias de la justicia distributiva (contratos de atribución), prácticamente son los mismos que en la concepción de servicio público elaborada por la jurisprudencia francesa (concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc.), y tal es el criterio de la reciente legislación española sobre contratos públicos de 2007<sup>76</sup>.

Por tanto, los contratos de concesión en el marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada son celebrados por un órgano del Estado en la función administrativa, dentro del “régimen – jurídico exorbitante” propio del Derecho Administrativo, que supone reglas distintas al derecho común durante la fase de ejecución contractual.

<sup>74</sup> Ibídem

<sup>75</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Tercera Edición. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 2009. p. 48 - 50.

<sup>76</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op. Cit, p. 22 - 23.

En efecto, las notas esenciales de la función administrativa, en sentido material, son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de derecho público, las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común<sup>77</sup>.

Otra nota esencial de los contratos de concesión es el interés público relevante que se incorpora como elemento esencial del contrato mismo y perdura a lo largo de toda la ejecución contractual a través de la teoría de la “causa – fin” del contrato público, tal como lo expone de manera magnífica DE SOLAS RAFECAS<sup>78</sup>. De esa manera, en los contratos públicos, el interés público relevante conlleva un régimen jurídico especial, típico del Derecho Administrativo.

Por su parte, en los contratos privados, la “causa – fin” no trasciende el contenido del contrato, sino que se queda relegado en los motivos de éste, los cuales podrán ser reconocidos por la otra parte, pero en cualquier caso, resultarán irrelevantes. Mientras que en los contratos públicos, el interés público afecta radicalmente al contenido del mismo y se incorpora a la causa a lo largo de toda la ejecución contractual<sup>79</sup>.

En atención a ello, podemos denotar que los contratos públicos al contener en su objeto actividades orientadas a satisfacer o tutelar un fin o interés público específico o directo se encuentran sometidos a un régimen peculiar y exclusivo de Derecho Administrativo que inciden en la ejecución contractual.

En consecuencia, el contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura encuadra perfectamente en la tesis finalista o sustantiva, que apoya la distinción en la “causa – fin” (finalidad y objeto), de naturaleza objetiva, propia del derecho público, y en el régimen peculiar que deriva de su finalidad pública, lo que nos reconduce a pensar que su fase de ejecución predica efectivamente sustantividad plena de Derecho Administrativo.

Lo anteriormente expuesto, es una mínima parte de lo que la ingente doctrina del Derecho Administrativo, en especial la abundante doctrina que aborda la “teoría general de los contratos públicos” de corte continental, puede ilustrarnos de manera magnífica y especial, sobre el régimen y naturaleza de la concesión administrativa para la provisión de infraestructura y de servicios públicos, como todo contrato público, tema que excede el presente trabajo.

Por tanto, muchas cuestiones que pueden suscitarse en la fase “*in facto esse*” de los contratos de concesión deben resolverse con acierto desde los propios dogmas del Derecho Administrativo y los que emanan de sus propias instituciones jurídicas<sup>80</sup>. Si

<sup>77</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Palestra Editores. p. 105 - 106.

<sup>78</sup> DE SOLAS RAFECAS, José María. “Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración”. p. 22 - 24. Véase también, MARTÍNEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. “La Causa Jurídico Público de los Contratos”. Ponencia del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo: Modernizando el Estado para un país mejor. Palestra, Lima 2010.

<sup>79</sup> DE SOLAS RAFECAS, José María. Op. cit., p. 24.

<sup>80</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada)”. En: Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones. Segunda Edición actualizada y ampliada. Ara Editores. Lima, 2013. p.860-936.

bien es cierto que el presente trabajo tomamos como referencia el régimen de APP's, consideramos que lo anteriormente expuesto resulta aplicable a los demás regímenes especiales (sobre todo las normas sectoriales) que otorgan bajo el sistema concesional la construcción, explotación, mantenimiento de determinadas infraestructuras de uso público y servicios públicos<sup>81</sup>.

## Reflexiones Finales

En el Perú se maneja un concepto amplio o polisémico de privatización, el cual implica todo tipo de actividad que busca devolver o transferir sea propiedad o sea la gestión de activos, empresas, bienes y servicios desde el Estado hasta los sujetos privados.

El marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada constituye el fiel reflejo del modelo de Economía Social de Mercado instaurado en la Constitución de 1993, generando equilibrio y armonía entre los roles e intereses del Estado (promotor de la inversión y regulador en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura) con la libre iniciativa privada y libertad de empresa, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, así como el respeto a los términos y condiciones pactadas, con la finalidad de que el sector privado, mediante la técnica concesional, pueda proveer servicios públicos y de obras públicas de infraestructura de la mejor manera, en aras de satisfacer el interés público.

En ese contexto, dicho marco jurídico ha evitado en regular o introducir legalmente, atribuciones, potestades o prerrogativas estatales que puedan incidir directamente en la ejecución del contrato de concesión, los mismos que puedan significar altos riesgos para la atracción de la inversión privada producto de la indiscriminada intervención pública en la economía del país acaecidos en la década de los años setenta y ochenta.

Tal como hemos podido denotar a lo largo del proceso evolutivo del marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada, los gobiernos de turno se han preocupado en establecer y reformular constantemente los mecanismos para la captación y promoción de la inversión privada mediante lineamientos adjetivos en materia de servicios públicos, obras públicas de infraestructura y recursos estatales.

A pesar que han transcurrido veinticinco años a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 674 y el Decreto Legislativo 758, consideramos que a la fecha, lo peligroso y contingente para la promoción de la inversión privada ya no pasa por la intromisión del Estado en la economía, sino la ausencia de una regulación básica de la concesión entregadas al sector privado para la explotación o prestación de servicios públicos y obras públicas de infraestructura sobre todo, en su fase de ejecución.

Finalmente, en nuestro país debe existir un régimen jurídico aplicable a las concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura de manera especial que regule su fase de ejecución y con reglas propias del Derecho Administrativo.

---

<sup>81</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Op. Cit., p. 19-29.