

# El Contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen Islas Jurídicas?

Sergio Salinas Rivas<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. Introducción. II. Régimen aplicable a los Servicios Estándar y Servicios Especiales en los Contratos de Concesión. III. El Marco Regulatorio aplicable a los Servicios conforme a las Leyes Aplicables y las Normas Regulatorias. IV. Aparente incompatibilidad del régimen contenido en los Contratos de Concesión y la Ley Aplicable. IV.a. Las condiciones de competencia en los Servicios Especiales comprendidos en los Contratos de Concesión. IV.b. Las consecuencias de la incompatibilidad entre los Contratos de Concesión y el Marco Regulatorio. V. Los alcances del Contrato Ley en materia regulatoria. V.a. El Contrato Ley en el Ordenamiento Jurídico Peruano. V.b. Alcance de los Contratos Ley. VI. Apreciaciones Finales.

## PALABRAS CLAVE

Tarifas Portuarias, Servicios Estándar, Servicios Especiales.

## KEYWORDS

Port Rates, Standard Services, Special Services.

## RESUMEN

El autor realiza un análisis de la compatibilidad del régimen tarifario contenido en los principales Contratos de Concesión Portuaria suscritos bajo la figura del Contrato Ley y si estos se ajustan con el marco regulatorio aplicable. Asimismo, examina los alcances del concepto de Contrato Ley en materia tarifaria en el ordenamiento peruano.

## ABSTRACT

The author performs an analysis of the compatibility of the tariff regime contained in the main Port Concession Contracts subscribed under the figure of the Contract Law and if these are adjusted with the applicable regulatory framework. Likewise, it examines the scope of the Contract Law concept in tariff matters in Peruvian law.

## I. Introducción

En años recientes, el Estado Peruano ha suscrito diversos contratos de concesión con operadores privados para la modernización y operación de los principales puertos del país,

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Master of Laws* en Análisis Económico del Derecho, Regulación Económico y Mercado de Capitales por *Yale University*, Becario en *International Training Program on Utility Regulation & Strategy* de la Universidad de Florida y financiado por el Banco Mundial. Socio Fundador del Estudio Sergio Rivas Abogados (1999 a la fecha), ha sido miembro del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de transporte de Uso Público (2007-2009), Presidente del Consejo Directivo del Organismo Regulador de Servicios de Saneamiento (2002-2007). Miembro del Colegio de Abogados de Lima y de la *American Law and Economics Association* (ALEA). Autor de diversas publicaciones así como expositor en diversas ponencias a nivel nacional e internacional.

con el objeto de aumentar la competitividad de nuestro comercio exterior y el crecimiento económico del país, con resultados satisfactorios. Sin embargo, en algunos casos se ha optado por utilizar, al amparo de la figura del Contrato Ley, un régimen de precios para los servicios a prestar que es controversial, tomando en cuenta la teoría y práctica regulatoria generalmente aceptada. En las siguientes páginas revisamos la consistencia regulatoria del régimen de precios y tarifas planteado en dos de esos contratos<sup>2</sup>, en conjunto, los Contratos de Concesión; vale decir, evaluamos si dicho régimen contractual de precios y tarifas se ajusta al marco regulatorio vigente al momento de suscripción de los mismos.

Para fines de claridad expositiva, hemos dividido este estudio en cinco secciones: i) el régimen de precios y tarifas contenido en los Contratos de Concesión; ii) el marco regulatorio aplicable a los Servicios a prestar por el operador de la infraestructura portuaria (el Concesionario); iii) la compatibilidad del régimen tarifario contenido en los Contratos de Concesión con el marco regulatorio aplicable; iv) alcances del concepto Contrato Ley en materia tarifaria; y, v) apreciaciones finales.

## II. Régimen aplicable a los Servicios Estándar y Servicios Especiales en los Contratos de Concesión

Los Contratos de Concesión contienen un régimen económico similar para la prestación de los servicios portuarios por parte del Concesionario distinguiendo entre Servicios Estándar<sup>3</sup> y Servicios Especiales, asignando a cada uno de ellos un régimen regulatorio diferente. Los Servicios Estándar, sea a la nave como a la carga, son aquellos que cumplan las siguientes condiciones: i) su prestación es de carácter obligatorio a cualquier usuario que así lo requiera; ii) el servicio forma parte del proceso de embarque o desembarque de contenedores, desde su inicio (ingreso del contenedor al recinto portuario en el caso de embarque, o amarre de la nave en el caso de desembarque), hasta su culminación (desamarre de la nave para zarpar en el caso de embarque, o retiro del contenedor del recinto portuario en el caso de desembarque); iii) su prestación es necesaria o indispensable para completar la cadena logística operativa del proceso de embarque o desembarque de las mercaderías.

Los Servicios Estándar están sujetos a regulación tarifaria. Vale decir, el Regulador fijará la Tarifa que el Concesionario podrá cobrar a todos los usuarios que le soliciten el respectivo servicio<sup>4</sup>. Por otra parte, los Servicios Especiales son aquellos, distintos a los Servicios Estándar, que el Concesionario está facultado, mas no obligado, a prestar a los usuarios. Comprende servicios tales como apertura y cierre de tapas de bodegas; suministro de energía; entre otros.

<sup>2</sup> Contrato de concesión suscrito entre DP World Callao S.A. y el Estado Peruano (el Contrato de Concesión DPW), y el contrato de concesión suscrito entre Terminales Portuarios Euroandinos S.A. y el Estado Peruano (el Contrato de Concesión TPE)

<sup>3</sup> Contrato de Concesión DPW  
"Cláusula 1.20.87. Servicios Estándar  
Son los servicios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.14, el CONCESIONARIO prestará, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite. (el subrayado es nuestro).

<sup>4</sup> Contrato de Concesión DPW "Cláusula 1.20.91. Tarifa  
Tarifa: Contraprestación económica que se cobra por la prestación de un Servicio Estándar. La Tarifa no incluye el IGV, en caso este resulte aplicable." (el subrayado es nuestro).

## Contrato de Concesión DPW:

### Cláusula 1.20.88. Servicios Especiales

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultado a prestar, cuyos términos y condiciones son libremente pactados por las partes y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho a cobrar un Precio y cuya prestación no podrá estar condicionada a la prestación del Servicio Estándar. (...) (El subrayado es nuestro)

Los Servicios Especiales no están sujetos a regulación tarifaria, sino que se encuentran comprendidos dentro de un régimen de precios libremente pactados entre el Concesionario y los Usuarios<sup>5</sup>. En otras palabras, de acuerdo a lo previsto en los Contratos de Concesión, las partes pueden pactar libremente tanto el precio como los demás términos y condiciones aplicables a la prestación de Servicios Especiales. Sin embargo, cabe advertir que los Contratos de Concesión obligan al Concesionario a respetar los siguientes principios en la prestación de los Servicios Especiales: i) regularidad; ii) no discriminación e igualdad ante la ley; iii) libre competencia; iv) neutralidad; v) continuidad; vi) prohibición de transferencias de precios; vii) contabilidad separada; y, viii) libre elección.

El fundamento regulatorio de un régimen de libertad de las partes para negociar los precios y demás condiciones de la prestación del servicio descansa, claramente, en la noción de competencia efectiva, en concordancia con el marco regulatorio contemplado en las leyes aplicables. La existencia de competencia efectiva suficiente en el mercado de los servicios a prestar hace innecesaria la intervención del regulador: cuando los usuarios pueden elegir entre distintas alternativas de mercado efectivas y concretas en la prestación de los Servicios Especiales, un régimen de libre negociación produce términos y condiciones competitivos. Por el contrario, la intervención del Estado en estos casos puede generar distorsiones o trabas que frenen el buen desempeño del mercado.

Adicionalmente, resulta de especial relevancia para este análisis destacar que, conforme a los Contratos de Concesión, el Concesionario puede prestar los servicios, sean Estándar o Especiales, en condiciones de exclusividad dentro del respectivo puerto. Vale decir, ningún otro potencial prestador o competidor del Concesionario puede ofrecer o brindar servicios dentro del puerto. Así lo señala expresamente la cláusula 2.5 del Contrato de Concesión DPW:

## Contrato de Concesión DPW:

### Cláusula 2.5.

El CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que la entrega en Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en los Artículos 10.3 y 11.3 de la LSPN, y, en consecuencia, se le reconoce al CONCESIONARIO el derecho a la Ejecución y/o

<sup>5</sup> Contrato de Concesión DPW  
 “Cláusula 1.20.77. Precio. Se refiere a las contraprestaciones que el CONCESIONARIO cobra por la prestación de Servicios Especiales. El Precio no estará sujeto a regulación.” (el énfasis es nuestro)

Prestación Exclusiva de todos y cada uno de los Servicios<sup>6</sup> que se puedan brindar dentro del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, el mismo que califica como infraestructura portuaria nueva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo que antecede, las Partes y la APN reconocen expresamente que para la ejecución y/o prestación exclusiva de los Servicios, el CONCESIONARIO observará rigurosamente los principios establecidos en las Cláusulas 2.10 y 2.11 del presente Contrato, conforme resulte aplicable. (...) (El énfasis es nuestro)

Este régimen de exclusividad se ha otorgado al amparo de lo dispuesto en la Ley del Sistema Portuario Nacional - Ley N° 27943 (Ley SPN), que permite la explotación exclusiva de una infraestructura portuaria nueva, siempre que la autoridad portuaria estime conveniente el otorgamiento de dicha exclusividad, tomando en cuenta la inversión comprometida y su efecto en la competitividad del comercio, previo informe del INDECOPI<sup>7</sup>. La exclusividad implica, en buena cuenta, la posibilidad de que una única empresa pueda ofrecer los servicios esenciales dentro de la referida infraestructura. La exclusividad puede ser total o parcial y/o temporal o permanente.

Ley SPN:

Artículo 11.- Inversiones en infraestructura portuaria.  
(...)

11.3 La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del sector privado el Uso Exclusivo de dicha infraestructura. La infraestructura portuaria nueva que se hubiese desarrollado, construido y/o equipado conforme al presente numeral, podrá entregarse al sector privado, bajo las modalidades establecidas en el numeral 10.3 de la presente Ley. Entiéndase por Uso Exclusivo a la facultad establecida en los compromisos contractuales suscritos con el sector privado, para la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios esenciales dentro de dicha infraestructura, por una sola persona jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos contratos. (...)" (El subrayado es nuestro)

Reglamento LSPN:

"Artículo 54.- En los contratos celebrados al amparo del artículo 11.3 de la Ley para puertos de titularidad privada, la autoridad portuaria correspondiente evaluará la conveniencia de otorgar la exclusividad de las actividades y los servicios portuarios, en razón de la inversión comprometida y el impacto en la competitividad del comercio, previo informe de la comisión de Libre Competencia del INDECOPI sobre el impacto de dicha exclusividad sobre la competencia en las actividades de prestación de dichos servicios.

<sup>6</sup> Contrato de Concesión DPW "Cláusula 1.20.86 Servicios: Son los Servicios Estándar y los Servicios Especiales, indistintamente, que serán prestados por el CONCESIONARIO a los Usuarios."

<sup>7</sup> No hemos tenido a la vista los informes del INDECOPI correspondientes a los Contratos de Concesión.

La exclusividad de los servicios portuarios podrá ser total o parcial y/o temporal o permanente y se establecerá en el contrato respectivo. (el subrayado es nuestro)

La exclusividad en la prestación de los servicios portuarios usualmente obedece a una decisión del Estado de promover la operación de puertos bajo un esquema de monooperadores privados, con el objetivo de permitir o promover una explotación más eficiente de la infraestructura portuaria a desarrollar, aprovechando, por ejemplo, menores costos de transacción o economías de escala y alcance.

En resumen, se puede entender que el régimen aplicable a la prestación de los servicios portuarios contenido en los Contratos de Concesión comprenden las siguientes condiciones principales: i) distinguen dos tipos de servicios a prestar por el Concesionario, cada uno sujeto a un régimen distinto: los Servicios Estándar, sujetos a regulación tarifaria a cargo de OSITRAN; y los Servicios Especiales, no sujetos a regulación, donde el Concesionario y los Usuarios pueden pactar libremente los precios y demás condiciones de contratación; ii) otorgan un régimen de exclusividad a favor del Concesionario, lo que implica que únicamente éste podrá prestar tales servicios (tanto Estándar como Especiales) al interior de la infraestructura materia de la concesión.

### III. El Marco Regulatorio aplicable a los Servicios conforme a las Leyes Aplicables y las Normas Regulatorias

A continuación revisamos las principales características del marco regulatorio aplicable a los servicios a prestar por el Concesionario.

La Ley SPN y su reglamento establecen con claridad que la utilización de los bienes portuarios de uso público están sujetos a regulación tarifaria, a cargo de OSITRAN, cuando no se presten en condiciones de competencia. Inversamente, el marco regulatorio garantiza que la utilización o explotación de la infraestructura portuaria, de titularidad pública o privada, de uso público se sujeta al régimen de precios libremente determinado por sus prestadores cuando se realicen o se presten en condiciones de competencia<sup>8</sup>.

Ley SPN:

Artículo 13.- Tarifas portuarias

13.1 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice fuera del régimen de libre competencia, está sujeta

<sup>8</sup> Esta disposición concuerda con el régimen normativo previsto en la Constitución, y otras normas complementarias: Ver régimen económico de la Constitución del Perú de 1993

"Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)" (el subrayado es nuestro)

**Ley OSITRAN**

"Artículo 5.- *Objetivos*

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

(...)

d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI." (el subrayado es nuestro).

al pago de tarifas, en la forma que determine el régimen tarifario que establezca OSITRAN a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y/o de las Autoridades Portuarias Regionales, según la delegación de facultades señalada en el artículo 21.2 de la presente Ley. (...)

13.2 La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia<sup>9</sup>, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.  
(...) (El énfasis es nuestro).

En concordancia con las reglas antes descritas, la ley otorga a OSITRAN la función de fijar las tarifas en caso no existan condiciones de competencia, requiriendo previamente, en el caso de servicios portuarios, el informe previo del INDECOPI.

Así lo disponen expresamente las siguientes disposiciones:

Ley SPN:

Artículo 21.-Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)

21.1 Corresponde a OSITRAN regular el sistema tarifario de los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la explotación de infraestructura portuaria de uso público y supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes.

(...). (El énfasis es nuestro)

Ley OSITRAN:

Artículo 7.- Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda. (...) (El énfasis es nuestro)

Reglamento SPN:

Artículo 59.- En relación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley, se aplican las siguientes disposiciones:

a. Cuando no existan condiciones de competencia en la utilización de los bienes portuarios de uso público, las entidades a que se refiere el artículo 13.1 de la Ley que quieran establecer un régimen de tarifas deberán solicitar previamente al INDECOPI que se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia.  
El INDECOPI tendrá un plazo perentorio de 70 días hábiles para pronunciarse.

<sup>9</sup> Ley SPN "Artículo. 22.1 INDECOPI es el organismo encargado de garantizar y hacer cumplir las normas que regulan la libre y leal competencia."

De comprobarse la no existencia de condiciones de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá proponer dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI, un régimen tarifario a OSITRAN. Si vencido dicho plazo no se hubiese presentado propuesta, OSITRAN, de oficio, establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles.

En el caso que sea OSITRAN quien solicite el pronunciamiento de INDECOPI, y se comprobara la no existencia de competencia, la Autoridad Portuaria Nacional deberá remitir a OSITRAN una propuesta de régimen tarifario, dentro del plazo de 70 días hábiles, contados desde la notificación de la respuesta de INDECOPI. Si vencido dicho plazo la Autoridad Portuaria Nacional no hubiese presentado propuesta, OSITRAN de oficio establecerá el régimen tarifario, dentro de un plazo máximo de 70 días hábiles. (...) (El subrayado es nuestro)

Las normas regulatorias expedidas por OSITRAN también coinciden en este extremo<sup>10</sup>:

RETA:

Artículo 11.- Necesidad de regulación tarifaria

En los mercados derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público en los que no existan Condiciones de Competencia que limiten el abuso de poder de mercado, el OSITRAN determinará las tarifas aplicables a los servicios relativos a dichos mercados. En estos casos el procedimiento podrá iniciarse de oficio o a solicitud de la Entidad Prestadora. (El énfasis es nuestro)

RETA:

Artículo 10.- Regímenes Tarifarios

La prestación de Servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público podrá estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios: (...)

2. Régimen tarifario regulado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadores pueden establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin exceder las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Este régimen es aplicable de manera exclusiva a la prestación de servicios derivados de la explotación de la infraestructura de Transporte de Uso Público por parte

<sup>10</sup> Con fecha 30 de diciembre de 2006 se incorporó la Disposición Complementaria Única al RETA, la cual fue modificada por la Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN de fecha 01 de febrero de 2012:

RETA

Disposición Complementaria

*“Única.- Fijación y revisión de Tarifas en el caso de la infraestructura portuaria de uso público:*

*1.- Fijación de tarifas para servicios derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público*

*De conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917 en los casos en que el OSITRAN, los Administradores Portuarios, la Autoridad Portuaria correspondiente, consideren que no existen condiciones de competencia en mercados derivados de la explotación de la infraestructura portuaria de uso público que no estén sometidos a un Régimen Tarifario Regulado, deberán solicitar previamente al INDECOPI que se pronuncie al respecto.(...)”* (el subrayado es nuestro).

de las Entidades Prestadoras en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado. Dicho régimen es aplicable, sin perjuicio de la aplicación de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponder a OSITRAN.  
(El subrayado es nuestro)

La finalidad de la regulación antes descrita es clara: tratándose de servicios no prestados en condiciones de competencia, la regulación tarifaria tiene por objeto fijar una contraprestación a pagar por los usuarios del servicio que refleje, de manera lo más cercana posible, el costo económico de brindar el servicio en las condiciones de calidad previstos para la concesión, y se justifica en la medida que las condiciones del mercado no garantizan la existencia de ofertas competidoras que disciplinen al monooperador, y permitan que el monto cobrado refleje condiciones de libre competencia. Naturalmente, para efectos de determinar la existencia de condiciones de competencia, la agencia de competencia deberá tomar en consideración, para efectos de determinar el mercado relevante, no sólo la posibilidad de competir de prestadores dentro del puerto, sino también extrapuerto (o fuera de las instalaciones portuarias materia de la concesión) o inclusive interpuertos, dependiendo de la naturaleza y características de los servicios a prestar.

En este orden de ideas, resulta claro que si un servicio originalmente prestado en condiciones de monopolio, es luego sujeto de competencia en el mercado suficientemente intensa (sea intrapuerto, extrapuerto o interpuertos) como para disciplinar el comportamiento del prestador, la regulación tarifaria deviene en innecesaria e, inclusive, perjudicial. En tal escenario, corresponde también a OSITRAN desregular las tarifas y facilitar el desarrollo de la competencia que permita un resultado que beneficie a los usuarios del servicio. El RETA contiene las disposiciones específicas aplicables al procedimiento de fijación y desregulación tarifaria<sup>11</sup>.

En resumen, pues, podemos concluir esta sección señalando que el marco regulatorio aplicable a los servicios portuarios, tales como los que son materia de los Contratos de Concesión, tiene las siguientes características principales: i) diferencia el tratamiento regulatorio en función de si se prestan o no en condiciones de competencia (sin distinguir, cabe destacar, si se trata de servicios estándar o servicios especiales), prescribiendo un régimen de precios libres en caso afirmativo y regulación tarifaria en caso contrario; ii) para efectos de determinar la existencia de condiciones de competencia se toma en cuenta la posibilidad de competir de ofertantes tanto dentro como fuera del puerto, dependiendo del tipo de servicio a prestar; iii) contempla un régimen de fijación tarifaria en caso de servicios nuevos o servicios que han dejado de ser prestados en condiciones de competencia; iv) contempla un régimen de desregulación tarifaria en caso de servicios originalmente sujetos a regulación tarifaria que enfrenten posteriormente condiciones de competencia; y v) contempla la posibilidad de prestar los servicios en condiciones de exclusividad, cuando se trata de infraestructura portuaria nueva.

<sup>11</sup> Ver artículos 14 y 68 al 72 del RETA referidos a desregulación tarifaria.



#### **IV. Aparente incompatibilidad del régimen contenido en los Contratos de Concesión y la Ley Aplicable**

Corresponde ahora evaluar la compatibilidad del régimen previsto en los Contratos de Concesión para la prestación de Servicios Estándar y Servicios Especiales con el marco regulatorio vigente contenido en las leyes y normas regulatorias aplicables.

##### **IV.a. Las condiciones de competencia en los Servicios Especiales comprendidos en los Contratos de Concesión**

Como se puede apreciar hasta aquí, el régimen contractual aplicable a los Servicios Especiales contenido en los Contratos de Concesión incluye un régimen *sui-generis* en materia regulatoria: por un lado, se otorga al Concesionario el derecho de exclusividad en la prestación de los servicios portuarios (aplicable tanto para Servicios Estándar como para Servicios Especiales) dentro del recinto portuario, lo que implica que no existe legalmente la posibilidad de competencia en dicho recinto (vale decir, por vía contractual se ha establecido un régimen de monopolio concreto); y por otro, se faculta al Concesionario a cobrar un precio conforme a los términos y condiciones libremente pactados con los usuarios del servicio. En este orden de ideas ¿cómo debe entenderse, entonces, el alcance del derecho de exclusividad otorgado al Concesionario?

Naturalmente, desde el punto de vista regulatorio, el esquema reseñado en el numeral anterior, interpretado textualmente, presenta severas debilidades, en tanto no existiría un mecanismo concreto de intervención, ni del mercado ni del regulador, que discipline al Concesionario portuario que opera en exclusividad. Dicho de otro modo, el Concesionario podría fijar libremente tanto el precio por sus servicios como las demás condiciones contractuales, en tanto no existe posibilidad de que competidor alguno pueda ofrecer al usuario otras alternativas o sustitutos dentro del puerto, pues el propio marco regulatorio contractual lo impide. Sin embargo, esta interpretación sería claramente discordante con el marco regulatorio previsto en las leyes aplicables.

Podría sostenerse que el régimen antes descrito responde al esquema de incorporación de operadores privados aplicado por el Estado en el sector portuario al momento de la celebración de los Contratos de Concesión, consistente en privilegiar el monooperador a fin de permitirle realizar las inversiones necesarias para recuperar la competitividad de los puertos nacionales, tal como antes se ha indicado, y que ello supone un régimen de precios libres. Sin embargo, no parece una posición suficientemente sólida. El esquema de exclusividad para el monooperador portuario no necesariamente supone un régimen de precios libres. Es perfectamente factible, desde el punto de vista legal y regulatorio, sujetar a precios regulados los servicios prestados en exclusividad, abriendo la posibilidad de iniciar un proceso de desregulación en cuanto existan condiciones de competencia que así lo justifiquen (por ejemplo, cuando el servicio puede ser prestado fuera de las instalaciones portuarias, o cuando exista suficiente competencia interportuaria); o, inversamente, puede también fijarse un régimen de precios libres, permitiendo la intervención del Regulador vía tarifas cuando no existan condiciones de competencia. De hecho, en eso consiste, precisamente, el marco regulatorio aplicable. La consistencia regulatoria (y las reglas básicas de interpretación jurídica) obligan a preferir una interpretación consistente y armónica de las normas vigentes, en menoscabo de aquellas que implican su propia destrucción o incompatibilidad entre unas y otras.

Como puede advertirse del artículo 11 de la Ley SPN, no existe referencia alguna a un régimen de precios libres asociado a la exclusividad. Y no tiene por qué haberla, dado que se trata de conceptos diferentes, que se aplican de manera autónoma y separada. Un concepto no presupone o implica el otro. Ni siquiera se contraponen entre ellos. No hay confusión posible.

El régimen de exclusividad, asociado a precios libres, estipulado en los Contratos de Concesión es también discordante con el artículo 61 de la Constitución Política, que prohíbe toda práctica que limite la competencia, o cree o autorice monopolios. El pacto reseñado, en tanto establece una barrera convencional a la entrada de competidores en el mercado de servicios portuarios, no justificada en razones económicas (monopolios naturales, principalmente) opera a contrapelo de esta disposición. Nuestra Constitución no sanciona la existencia del monopolio en sí mismo sino el abuso de posición dominante, pero ello no implica “abrir la puerta” a la creación de monopolios o de condiciones que reflejen mercados monopólicos, sea por vía legal o convencional. Esa no es su intención. El sustento de la disposición constitucional comentada proviene, también, de la teoría regulatoria y se aplica al supuesto de la obtención de condición monopólica por razones de mercado (mayores eficiencias, ventajas competitivas, o condiciones análogas que en buena fe ha desarrollado un proveedor), en cuyo caso no existe falla de mercado que justifique una acción del Estado. Esta línea de argumentación, como puede apreciarse, no avala, ni por asomo, el establecimiento de estipulaciones contractuales (barreras a la entrada y precios no regulados) que configuren condiciones de monopolio en un mercado determinado.

Al respecto, cabe indicar que una eventual intervención correctiva del INDECOPI en este escenario no es análoga o equivalente a la del Regulador, en tanto INDECOPI no está facultado por norma alguna para fijar tarifas o precios cuando no exista competencia, como sí lo está el Regulador. De acuerdo a sus leyes, INDECOPI tiene facultad para reprimir conductas injustificadas tales como carteles, precios predatorios, etc. que afecten, restrinjan o dañen la competencia, pero en modo alguno puede fijar precios administrativamente. De acuerdo a la Constitución y a las leyes vigentes<sup>12</sup>, únicamente los organismos reguladores de servicios públicos están facultados para fijar tarifas, con sujeción a sus propias leyes. Adicionalmente, debe observarse que el propio título habilitante otorgado por el Estado al Concesionario le otorga la exclusividad en la prestación del servicio, supuesto en el cual no queda claro cuál podría ser la actuación correctiva del INDECOPI o qué mecanismos o herramientas de eficacia concreta podría aplicar para promover o generar competencia. De hecho, en un caso relevante<sup>13</sup>, INDECOPI consideró que, en la medida que las condiciones que afectan el nivel de competencia en el mercado han sido impuestas mediante mecanismos legalmente válidos, no es posible su intervención correctiva.

Es ilustrativo el tratamiento regulatorio aplicable al caso de la Concesión del Proyecto Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante Concesión Muelle Norte), experiencia posterior que confirma nuestra

<sup>12</sup> Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, artículo 4: “(...) Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

<sup>13</sup> Ver Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el Exp. N° 001-2003/CLC (caso concertación de precios de AFPs).

postura. En la Concesión Muelle Norte, el propio marco contractual recoge con claridad el procedimiento y reglas previstas en las normas regulatorias para la regulación de los Servicios Especiales antes descritas. El respectivo contrato de concesión reconoce que el concesionario podrá cobrar por estos servicios un precio libremente fijado o una tarifa fijada por el Regulador, dependiendo de la existencia o no de condiciones de competencia. Para tales efectos, el contrato de concesión dispone que INDECOPI deberá pronunciarse sobre la existencia o no de tales condiciones, activándose el proceso de fijación tarifaria a cargo de OSITRAN únicamente si dicha agencia de competencia determina que no existe competencia suficiente en el mercado correspondiente a cada servicio que preste el operador.

Contrato de concesión Muelle Norte:

Cláusula 1.23.98 - Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

(El subrayado es nuestro)

Servicios Especiales:

Cláusula 8.20

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra obligada a prestar a los Usuarios que lo soliciten los Servicios Especiales con Tarifa.

(El subrayado es nuestro)

Régimen económico: Tarifas y Precios:

Cláusula 8.22

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos de dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinado la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones.

(El énfasis es nuestro)

Cabe precisar que las normas aplicables a la Concesión Muelle Norte en este extremo son similares a las aplicables a los Contratos de Concesión. No ha habido ninguna modificación sobre el particular. Similar tratamiento regulatorio se ha pactado para los Servicios Especiales en el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao y en el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas<sup>14</sup>.

De lo expuesto, queda claro que el marco regulatorio aplicable a los Contratos de Concesión no permiten el otorgamiento de un derecho de exclusividad asociado con un régimen de libertad de precios. La Ley SPN no faculta a pactar dicho régimen. Todo lo contrario, el marco regulatorio contempla, en la letra y en su sustento conceptual, un régimen de regulación tarifaria en los casos en que no exista competencia.

#### **IV.b. Las consecuencias de la incompatibilidad entre los Contratos de Concesión y el Marco Regulatorio**

La consecuencia jurídica ordinaria de un acto jurídico que lesiona o desconoce una norma vigente de carácter imperativo es su nulidad, de conformidad con el Código Civil:

Artículo 219.-El acto jurídico es nulo:

(...)

3.-Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

(...)

8.-En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

(El subrayado es nuestro)

Similar norma está contenida en el artículo 140° del Código Civil<sup>15</sup>. La doctrina jurídica es pacífica a este respecto. Así, por ejemplo:

<sup>14</sup> Cláusulas 1.26.91, 1.26.95 y 8.15 del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas. Cláusulas 1.15.91, 8.15 y 8.17 del Contrato de concesión Terminal de Embarque de Concentrado de Minerales en el Terminal Portuario del Callao.

<sup>15</sup> **Código Civil**

"Artículo 140.-El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Agente capaz.

2.-Objeto física y jurídicamente posible.

3.-Fin lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad." (el subrayado es nuestro)

STOLFI<sup>16</sup>:

“Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa.”  
(El subrayado es nuestro)

OSPINA<sup>17</sup>:

“(…) la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada “ley contractual” o “ley particular” incurre en quebranto de normas de jerarquía superior.(…) Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.” (El subrayado es nuestro)

Claro está, la nulidad de una cláusula en particular de un contrato no afecta a las demás, salvo cuando la existencia de estas últimas dependa de la validez o exigibilidad de la primera<sup>18</sup>.

## V. Los alcances del Contrato Ley en materia regulatoria

Los Contratos de Concesión califican como Contratos Ley, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes. Cabría, pues, preguntarse si ello afecta el análisis desarrollado hasta este punto.

### V.a. El Contrato Ley en el Ordenamiento Jurídico Peruano

El Contrato Ley es una figura relativamente infrecuente a nivel internacional<sup>19</sup> y, si bien ya estaba contemplado en el Código Civil de 1984<sup>20</sup> (CC), recién se incorporó al sistema jurídico peruano a nivel constitucional en la Constitución Política de 1993 (Constitución 93), en un contexto de reformas económicas orientadas a la instalación de un régimen de economía de mercado en el Perú, con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones del Estado con los inversionistas, y de esta manera promover y atraer la inversión privada necesaria para generar el desarrollo económico del país.

Constitución de 1993:

<sup>16</sup> STOLFI, Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, Cap. IV; p. 80.

<sup>17</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Bogotá, TEMIS, 1987, Cap. III, p. 451

<sup>18</sup> **Código Civil**

Artículo 224.-La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

(...). (El subrayado es nuestro)

<sup>19</sup> En Chile y Colombia, por ejemplo, existen dispositivos que regulan la estabilidad de los convenios celebrados entre el Estado y los particulares, vía contratos ley. Cfr. CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter. Contrato Ley- artículo 1357 En: Código Civil comentado Tomo VII – Contratos en general. Lima, Gaceta Jurídica.; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El Contrato Ley. Editorial Gaceta Jurídica, 1997, página 153 y ss.

<sup>20</sup> Código Civil de 1984, artículo 1357: *“Artículo 1357.- Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantía y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”*. Sin embargo, no se tiene antecedentes de la aplicación de este artículo antes de la dación de la Constitución de 1993.

Artículo 62.-(...)

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. (El subrayado es nuestro)

Previamente, el Decreto Ley N° 25570, de fecha 23 de junio de 1992, Ley que modifica la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado Decreto Legislativo N° 674, estableció lo siguiente:

Decreto Ley N° 25570:

Artículo 2.- De acuerdo 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 Decreto Legislativo N° 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.  
(El subrayado es nuestro)

En esta línea, el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, precisó que los convenios de estabilidad jurídica que celebre el Estado con particulares tienen la calidad de contratos con fuerza de ley<sup>21</sup> (también denominados comúnmente Contratos Ley). Asimismo, la Ley N° 27342, Ley que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica, precisa:

Ley N° 27342:

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.- Aclárese que la suscripción de un contrato-ley, de acuerdo con las normas legales sobre la materia, constituye el único medio por el cual se otorgará estabilidad a las normas legales aplicables a un particular, incluyendo las tributarias. (...). (El subrayado es nuestro)

Como puede apreciarse de las normas citadas, el objeto del Contrato Ley es establecer garantías y otorgar seguridades, a fin de que el acuerdo al que arriben las partes (el Estado Peruano y un particular) no pueda ser modificado unilateralmente por el Estado. Vale decir, el Contrato Ley tiene la finalidad de actuar como una garantía de estabilidad e intangibilidad jurídica a favor del inversionista privado: los términos contractuales válidamente pactados entre el Estado Peruano y su contraparte inversionista no podrán ser modificados arbitrariamente por el Estado en uso de su *ius imperium*. En tal medida, el Contrato Ley supone también, simétricamente, una limitación del poder soberano del Estado: el Estado renuncia a exigir a su contraparte inversionista protegido por el Contrato Ley el cumplimiento de las leyes que válidamente dicte en el futuro, razón por

<sup>21</sup> **Decreto Legislativo N° 757**

*"Artículo 39.- Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes."* (El subrayado es nuestro).

la cual se exige la existencia de un interés público que justifique el otorgamiento de la garantía.

Es ilustrativa la exposición de motivos del propio artículo 1357 del Código Civil:

Exposición de motivos del artículo 1357°:

Si bien existieron dudas en cuanto a la incorporación de este precepto, pues se sostuvo que la materia era de Derecho Administrativo, pesaron en el ánimo del legislador consideraciones de interés para el país, como son las de crear alicientes para la inversión interna y externa. Por lo demás, es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho Privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera. Esta es, en el fondo, la esencia del contrato-ley, en el cual y partiendo de la existencia de una regulación legal que confiera seguridades y garantías, quedan éstas concretadas en una relación contractual de derecho privado y de cumplimiento forzoso para los otorgante. (El subrayado es nuestro)

Esta postura se ve respaldada por el propio Tribunal Constitucional (TC). En efecto, el TC, mediante Sentencia de fecha 03 de octubre del 2003, emitida en el proceso de Acción de Inconstitucionalidad demandada por sesenta y cuatro congresistas contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.° 26285; y contra el Contrato de Concesión celebrado por Telefónica del Perú S.A.A. con el Estado, Expediente N° 005-2003-AI/TC (en adelante, la Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC), señala:

Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC:

3.5 Efectos Jurídicos de la declaración de voluntad  
16.(...) Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, “el contrato-ley es un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado...”(El subrayado es nuestro)

Contratos de Concesión y Contratos Ley:

33.(...) Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su iusimperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.  
(...) (El subrayado es nuestro).

Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC:

Contratos de Concesión y Contratos Ley:

34.(...) Por ello, a tenor del segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución, así como del mismo artículo 1357° del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquél, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública. (El subrayado es nuestro)

La doctrina nacional también coincide con nuestra posición. Así, por ejemplo:

ZEGARRA VALDIVIA<sup>22</sup>, precisa:

¿Cuál es, entonces, el fin del contrato de estabilidad? En nuestra opinión, no es otro que uno de carácter jurídico-económico: Desde el punto de vista jurídico se orienta a las normas de nuestro ordenamiento que deben ser estables en el tiempo y coherentes en su ejecución, evitando distorsiones en el entorno económico que afecten a los particulares. En otras palabras, se busca darle seguridad jurídica al inversionista sobre la base de los principios de certeza confianza, autorización previsibilidad y legalidad en la actuación estatal. (El subrayado es nuestro)

PINILLA CISNEROS<sup>23</sup>, señala respecto a los contratos ley:

(...) se trata de fórmulas contractuales por las que el Estado unilateralmente otorga a un particular determinadas seguridades jurídicas, lo que implica reconocerle un estatuto jurídico particular y anticipado que hace inalterables las reglas jurídicas del momento del contrato. En ese sentido, aun cuando fueren modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación. (El subrayado es nuestro)

Naturalmente, es perfectamente posible que el pacto contenido en el contrato ley complemente el marco regulatorio, para permitir o incluso establecer sus reglas de aplicación concreta a una determinada relación contractual, pero no puede desconocerlo, o desconocer las potestades regulatorias atribuidas al Regulador, en modo alguno. En el laudo emitido en el caso Telefónica vs OSIPTEL sobre fijación de factor de productividad, el Tribunal Arbitral sostuvo, correctamente, que el contrato de concesión podía establecer pactos aplicables a la metodología de determinación del factor de productividad, no previstos en los dispositivos legales vigentes, pero en modo alguno desconocer la facultad de fijar tarifas del OSIPTEL<sup>24</sup>.

Concluimos esta sección afirmando, pues, que el Contrato Ley es una figura plenamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, que tiene por objeto otorgar a particulares las seguridades y garantías del carácter inalterable de las reglas y estipulaciones pactadas

<sup>22</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego: "El Contrato Ley" Los Contratos de Estabilidad Jurídica, Gaceta Jurídica Editores, Lima 1997, pág. 166.

<sup>23</sup> PINILLA CISNEROS, Antonio. Los contratos-ley en la legislación peruana. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999.

<sup>24</sup> Ver laudo arbitral Telefónica del Perú vs OSIPTEL, 2004, página 65. En [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Info\\_adicional/4\)\\_Laudo\\_-\\_Caso\\_537-124-2001\\_TELEFONICA\\_OSIPTEL.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Info_adicional/4)_Laudo_-_Caso_537-124-2001_TELEFONICA_OSIPTEL.pdf)



con el Estado Peruano, en tanto no podrán ser modificadas posteriormente por acción unilateral del Estado en uso de su *ius imperium*.

## V.b. Alcance de los Contratos Ley

i. ¿Los Contratos Ley deben sujetarse al ordenamiento jurídico general?

Esta pregunta es pertinente para nuestro análisis, pues podría sostenerse que, tratándose de un instrumento jurídico especial, goza de reglas o atributos que harían viable el régimen contractual pactado. En otras palabras, ¿puede el Contrato Ley puede apartarse del marco legal general vigente en el país, o más aun, pueden sus cláusulas contravenir válidamente el sistema jurídico peruano? En nuestra opinión, la respuesta es clara: el Contrato Ley debe sujetarse, sin duda alguna, al ordenamiento jurídico vigente al momento de su celebración, bajo sanción de nulidad. Como pasamos a exponer a continuación, no es legalmente factible que un Contrato Ley se aparte de las normas generales de carácter imperativo vigentes en el país.

En primer lugar, el propio sistema jurídico peruano ampara, uniformemente, nuestra interpretación. La norma constitucional fundamental en materia de libertades contractuales es meridianamente clara: las partes (el Estado y su contraparte, en este caso) pueden contratar libremente en los términos que estimen más convenientes, siempre y cuando se sujeten a las normas vigentes al tiempo del contrato.

Constitución de 1993:

Artículo 62.- 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. (...) (El subrayado es nuestro)

Este principio fundamental<sup>25</sup> es confirmado en el Código Civil:

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo  
(El subrayado es nuestro)

Las normas que regulan específicamente los Contratos Ley también siguen este principio. Así, el Decreto Ley N° 25570 prescribe lo siguiente:

Decreto Ley N° 25570:

Artículo 2.- De acuerdo a lo señalado en el Artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato (...) las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias

<sup>25</sup> Cfr. artículo 2, inciso 14 de la Constitución 93.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

14.- A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...). (El énfasis es nuestro)

para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente.  
(El subrayado es nuestro)

Podríamos citar más dispositivos que concuerdan o confirman esta posición, pero no lo creemos necesario: está claro que, conforme al marco legal vigente, la voluntad de las partes, aun cuando una de ellas sea el propio Estado, expresada en un contrato (y no olvidemos que el Contrato Ley es, en su esencia, un contrato, un acuerdo de voluntades) no es suficiente para apartarse válidamente de la ley vigente de carácter imperativo, ni mucho menos para modificarla o derogarla, o suspender sus efectos en cualquier forma. Y no podría ser de otra manera, pues admitir tal interpretación significaría otorgar a los Contratos Ley un carácter autónomo e independiente del resto del ordenamiento jurídico, una suerte de “isla jurídica”, no sometida a la Constitución y a las normas vigentes. Tal postura sería claramente contraria no solo a los principios generales del Derecho que informan nuestro ordenamiento jurídico, sino concretamente a los preceptos contenidos en la Constitución 93 y a lo reconocido por el propio TC.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico es un sistema unitario, piramidal, compuesto por normas integradas y vinculadas entre sí bajo reglas de jerarquía, subordinación y primacía, que requieren de un proceso de creación formal predeterminado en la ley. Se trata de un conjunto de normas válidamente creadas que conforman un sistema legal, formal y materialmente cohesionado entre sí, con reglas de interpretación y aplicación que priorizan su carácter sistémico, jerárquico y unitario. Este carácter unitario y jerárquico es reconocido expresamente por la Constitución 93, y por el propio TC:

Constitución de 1993:

Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. (El énfasis es nuestro)

Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC. El marco conceptual del orden jurídico:

3. El orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas.

El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética.

En puridad, una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. (...). (El énfasis es nuestro)

Esta estructura piramidal de nuestro ordenamiento jurídico es mejor explicada<sup>26</sup> por el propio KELSEN<sup>27</sup>, padre del concepto de a “pirámide jurídica”, esencial en todo ordenamiento legal:

<sup>26</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel. Manual de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Astrea, 1982  
“(…) el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada (...), por ende, se le puede conceptualizar como “el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí” (el subrayado es nuestro).

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1981, pp. 94

“El Derecho como orden, u orden jurídico, es un sistema de normas jurídicas.(...) Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden”. (El subrayado es nuestro)

No es, pues, posible la creación contractual de un régimen jurídico paralelo al ordenamiento jurídico general. Ningún particular puede eximirse del cumplimiento de las normas imperativas vigentes. Aun si tuviera esa disposición, no es jurídicamente factible que el Estado pueda otorgar mediante convenio, vale decir, por un simple acuerdo de voluntades, una exoneración de este tipo. Un acuerdo de esta naturaleza requiere la dación de un dispositivo legal que formalmente modifique, derogue, deje sin efecto o establezca excepciones al cumplimiento de una norma determinada, dispositivo que deberá ser emitido conforme al proceso formal de creación de normas previsto por el propio ordenamiento jurídico.

ii ¿Los Contratos Ley pueden modificar las Leyes Vigentes?

Esta variante interpretativa de los alcances del Contrato Ley es también relevante para este análisis. La respuesta es clara: no es posible, pues los Contratos Ley no son formalmente leyes, sino únicamente acuerdos de voluntades que gozan de una garantía especial de intangibilidad. No pueden, pues, derogar o dejar sin efecto norma alguna.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, existen 2 formas de dejar sin efecto una ley: i) mediante derogación o abrogación, expresa o tácita; y, ii) por sentencia que declare su inconstitucionalidad. Adicionalmente, los jueces pueden ejercer también el control difuso de la constitucionalidad de las leyes al momento de resolver los casos sometidos a su jurisdicción, declarando su inaplicabilidad al caso concreto.

La Constitución 93 es suficientemente clara:<sup>28</sup>:

Artículo 103.- (...)

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.” (El énfasis es nuestro)

Ahora bien, podría existir alguna confusión respecto de si el Contrato Ley, en la medida que legalmente tiene “fuerza de ley”, podría calificar como ley y, por lo tanto, tener la capacidad jurídica de derogar o modificar leyes válidamente emitidas y vigentes. Sin embargo, tal discusión resulta innecesaria, toda vez que ya el propio TC se ha pronunciado con claridad sobre este extremo:

Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC:

12. (...) En primer lugar, sin perjuicio de que más adelante se precise mejor los contornos de la institución denominado “contrato-ley”, éste, constituyendo una

<sup>28</sup> El mismo principio es recogido por el CC:  
Artículo 1.-La Ley se deroga sólo por otra Ley.  
(...). (El énfasis es nuestro).

figura sui géneris de la institución del “contrato”, no es una “categoría normativa”, una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución.(...). Pero una cosa es reconocer a los contratos, en general, fuerza vinculante u obligatoriedad de sus términos, y otra, muy distinta, atribuirles la calidad de “fuentes primarias” o, como la Constitución denomina a las fuentes susceptibles de impugnarse mediante este proceso, de “normas con rango de ley.

16. (...) En definitiva, tanto en el derecho privado como en el derecho público, el significado que se pueda atribuir al concepto de “fuerza de ley” no culmina confundiendo este concepto con el de “rango de ley”, que el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución exige para que una fuente pueda ser objeto de control en este proceso. (...).” (El énfasis es nuestro)

Sentencia TC N° 005-2003-AI/TC:

16.(...) El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial”. (El subrayado es nuestro)

Así, podemos concluir que no es posible que un Contrato Ley derogue o modifique o deje sin efecto, en modo alguno, las leyes vigentes. En la medida que el Contrato Ley no es una ley formal, no puede modificar o derogar las leyes.

## VI. Apreciaciones Finales

La promoción y facilitación de la inversión privada es una tarea importante de los Estados modernos, a partir de una distribución de roles entre el Estado y el sector privado que asigne a cada quien las tareas que cada uno pueda realizar mejor. La actividad empresarial corresponde al sector privado, y la actividad regulatoria al Estado. Este enfoque del rol del Estado está reconocido plenamente en el régimen económico de nuestra Constitución Política, aunque haya que recordarlo a los gobernantes periódicamente. Sin embargo, este legítimo objetivo no debe llevar a las autoridades a desconocer o desvirtuar el ordenamiento jurídico vigente, a partir de interpretaciones legales cuya fortaleza es cuestionable. No hay mayor seguridad jurídica que la que proviene, precisamente, del cumplimiento de la ley. Es de extrema importancia diseñar correctamente los contratos de concesión o de Asociaciones Público Privadas (APPs) para evitar eventuales acciones de responsabilidad contra el Estado que el inversionista privado pueda, legítimamente, interponer si considera que el Estado no está respetando las condiciones establecidas en el pacto suscrito.

Los Contratos de Concesión contienen un régimen de precios y tarifas inconsistente con el marco regulatorio existente, tanto en su fundamento conceptual como en su expresión positiva. El régimen de precios libres en la prestación de servicios públicos descansa plenamente en la noción de competencia efectiva. En ausencia de condiciones de competencia, la teoría regulatoria es pacífica en el sentido que corresponde una fijación tarifaria. El derecho de exclusividad contemplado en la Ley SPN para el caso de monooperadores portuarios no implica la existencia de un régimen de precios libres. Son conceptos diferentes. El Contrato Ley no puede “validar” una cláusula contraria a las normas legales vigentes. No existen “islas jurídicas” en el sistema jurídico peruano. Robinson Crusoe no es peruano.