

# El régimen de los contratos estatales en el Perú<sup>1</sup>

Jorge Danós Ordóñez\*

## SUMARIO

1. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ. 2. PANORÁMICA DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL PERÚ. 2.1. LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (LCAE). 2.2. EL RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES. 2.3. EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS – LEYES. 3. EL DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LOS PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES. 3.1. LOS CONTRATOS REGULADOS POR LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO. 3.2. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 3.3. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. 3.4. LOS CONTRATOS - LEYES.

El objeto del presente trabajo es proporcionar una visión panorámica del régimen legal vigente de las principales modalidades de los contratos que celebra la Administración Pública en el Perú, con la finalidad de explicar como es que, no obstante que el ordenamiento jurídico peruano no recoge la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, que se postula en otros países influidos por el derecho administrativo Francés, y, por ende, no se consagra en forma expresa un concepto de contrato administrativo como una categoría específica que potencie las

prerrogativas de la administración en la ejecución de los contratos que celebra, se pueden encontrar diversas manifestaciones de potestades públicas otorgadas a la Administración, lo que demuestra que, finalmente, el Derecho Administrativo no está ausente en la regulación de la fase de ejecución de los contratos estatales.

Examinaremos, en primer término, la evolución del ordenamiento peruano en materia de contratación administrativa, describiendo los principales hitos que permiten explicar el proceso de formación del régimen vigente.

En segundo lugar, realizaremos una

---

\* Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos y de las Concesiones de Infraestructura de Servicios Públicos – IDESER. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

<sup>1</sup> El presente trabajo toma como punto de partida la ponencia que fuera presentada por el autor a las VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo celebradas en la Universidad Externado de Colombia en agosto del 2006.

descripción general del régimen de los diferentes contratos que celebra la Administración Pública en el Perú, haciendo notar que en nuestro ordenamiento, a diferencia del de otros países de nuestro entorno, como el colombiano o el argentino, no existe una legislación unitaria que aglutine la regulación de toda la contratación estatal; asimismo, se evidencia un marcado énfasis en la regulación de los procedimientos administrativos de selección de los contratistas, antes que en la regulación de la fase de ejecución de los contratos; y no se realiza diferenciación alguna entre contratos caracterizados como administrativos versus contratos privados, porque no recoge de manera expresa un criterio sustantivo de contrato administrativo.

Finalmente, pasaremos revista al régimen de cada uno de los principales contratos que celebran las entidades administrativas, como es el caso de los contratos mediante los cuales el Estado adquiere bienes o servicios, o encarga la realización de obras; los contratos de concesión para la explotación de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura y, finalmente, los denominados contratos – leyes o convenios de estabilidad jurídica, con el objeto de analizar en qué medida se manifiesta la aplicación preponderante del Derecho Administrativo o del Derecho Privado en cada uno de los referidos contratos y de qué aspectos depende la primacía entre uno u otro.

## 1. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.

Podemos caracterizar hasta tres etapas en la evolución del régimen jurídico

de la contratación estatal en el Perú.

En el primer período que abarca hasta comienzos de la década de los 80 rigió una absoluta dispersión normativa en la materia. No existía un ordenamiento que regulase con carácter general para todos los organismos del sector público el régimen de los contratos de adquisiciones de bienes y servicios o de obra pública por parte de las entidades estatales. Las escasas reglas existentes sobre la materia, casi exclusivamente referidas a los procedimientos administrativos de selección (licitaciones, concursos públicos), estaban establecidas en normas dispersas, principalmente de carácter presupuestario y con carácter asistemático, porque en la práctica la mayor parte de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones. El régimen legal de las concesiones, especialmente las referidas a la explotación de algunos recursos naturales, como es el caso de la minería, solo era regulado por algunas leyes sectoriales, careciéndose de un mínimo denominador común sobre la materia.

La segunda etapa comienza en la década de los 80, con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1979 que consagró a nivel constitucional, en su artículo 143º, la obligación del Estado de realizar la contratación de servicios, obras y suministros mediante los procedimientos administrativos de licitación y concurso público, con el propósito de garantizar la eficiencia y el manejo transparente de los recursos públicos<sup>2</sup>.

Se caracteriza también por la expedición de un conjunto de normas que

<sup>2</sup> Constitución de 1979: "Art. 143º.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

tuvieron por finalidad sistematizar, cada una en su ámbito, la regulación de los procedimientos contractuales para las adquisiciones de bienes y servicios y la contratación de obras públicas por parte de las entidades estatales. Tal fue el caso del denominado Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 034-80-VC para la contratación de obras públicas; el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), que fuera aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-85-VC para la adquisición de bienes, servicios y suministros, y de la Ley N° 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su reglamento general (REGAC).

A los dos primeros, es decir, el RULCOP y el RUA, no obstante haber sido aprobados por el Poder Ejecutivo en calidad de reglamentos autónomos, se les dotó de fuerza de ley en su oportunidad. Los citados dispositivos no realizaron diferenciación alguna entre contratos administrativos y contratos estatales sujetos al derecho privado; regularon también casi exclusivamente los procedimientos administrativos de adjudicación o selección de contratistas, y por primera vez crearon en este ámbito instancias administrativas encargadas de resolver, en último grado, las controversias que se generaban durante la fase precontractual, tal fue el caso de los Consejos de Adquisiciones Departamentales para los procedimientos

administrativos regulados por el RUA y del denominado Consejo Superior de Licitaciones y Contratos Obras Públicas (CONSULCOP), este último, configurado como un verdadero tribunal administrativo, estaba facultado para resolver en sede administrativa incluso las controversias que se generasen durante la ejecución del contrato entre la entidad administrativa contratante y el contratista privado, sin perjuicio de que cualquiera de las partes en caso de disconformidad con la resolución de CONSULCOP, podía cuestionarla ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo<sup>3</sup>.

Durante esta segunda etapa, el régimen de las concesiones no experimentó modificaciones importantes y continuó centrado exclusivamente en las concesiones para otorgar a los privados la explotación de algunos recursos naturales, regulados por leyes sectoriales.

La tercera, y última, etapa de la evolución del régimen de la contratación de la Administración Pública en el Perú se inicia en la década de los 90', en el contexto de un proceso de reformas estructurales en sintonía con un modelo económico mundial de carácter liberal, que preconizaba la apertura de los mercados a la competencia, la eliminación de restricciones a la inversión al sector privado, la reducción del aparato del Estado, y la reorientación de sus competencias principalmente en materia económica para concentrarlo únicamente en las funciones

<sup>3</sup> Alberto BUSTAMANTE BELAÚNDE en su texto "*La Contratación del Estado en el Perú*", publicado en Themis N° 14, Lima 1989, p. 22 - 23, formuló en su momento ácidas críticas al RUA y al RULCOP: "...evidentemente han sido redactados por Ingenieros, no han definido, ni siquiera en sus términos básicos, cuál es, realmente, el estatuto al que deben sujetarse quienes contraten con el Estado. No existe orgánicamente tal estatuto y las contrataciones del Estado se regulan por un sinfín de normas de diversa jerarquía y dudosa vigencia, normas que deambulan todavía en la dicotomía derecho público versus derecho privado y que en modo alguno conforman un cuerpo orgánico o/y homogéneo de utilidad para la resolución de varios conflictos de derecho".

básicas o esenciales. Como producto de dicho proceso se transfirió al sector privado la producción de bienes y la prestación de servicios que hasta entonces eran gestionados exclusivamente por entidades estatales, mediante los procesos de privatización (venta) de la propiedad de empresas públicas, y el otorgamiento de concesiones a empresas privadas para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura, principalmente de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, etc.)<sup>4</sup>.

La Constitución de 1993, al igual que su predecesora de 1979, consagra un precepto constitucional<sup>5</sup> que establece el marco de referencia para las adquisiciones de bienes, servicios y suministros, y la contratación de obras por parte de las entidades administrativas, disponiendo que las entidades estatales están obligadas a sujetarse a los procedimientos administrativos de licitación o concurso público que establezcan las leyes respectivas, con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de postores.

En lo referido a la contratación de servicios, obras o suministros por parte del Estado, en 1997 se aprobó La Ley N° 26850 denominada “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” que unificó la legislación dispersa precedente sobre la materia (el RUA, el RULCOP y el REGAC). Esta nueva ley (en adelante LCAE) integra

en un solo cuerpo legal el régimen que regula los procesos de contratación de todas las entidades administrativas, incluidas las empresas del Estado, para la adquisición de bienes y servicios y para la contratación de obras (que a partir de entonces dejaron de ser denominadas “públicas”). La LCAE tampoco recoge un concepto sustantivo de contrato administrativo y, por tanto, no sigue la tónica de los ordenamientos de otros países que establecen diferencias entre los contratos del Estado que denominan “administrativos” y los contratos también estatales pero que remiten su regulación al derecho privado.

La LCAE regula principalmente los procedimientos administrativos de selección de contratistas (licitaciones, concursos, etc.), es decir, la fase precontractual, estableciendo cuantitativamente pocas normas aplicables a la fase de ejecución de los contratos, dedicando la mayor parte de estas escasas previsiones normativas para los contratos de obras. Asimismo, crea al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones (CONSUCODE) como organismo rector del nuevo sistema de adquisiciones por parte del Estado, y configura a un nuevo Tribunal Administrativo encargado de resolver en última instancia administrativa las controversias que se generen entre los postores y las entidades administrativas convocantes durante los procedimientos administrativos de selección de contratistas, sin perjuicio de que sus resoluciones puedan

<sup>4</sup> He descrito el proceso en: “La reforma administrativa en el Perú”, trabajo presentada en el Seminario Internacional sobre reforma de la Administración organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública – INAP de España en Cartagena de Indias, Colombia, año 2003.

<sup>5</sup> Constitución de 1993: “Art. 76º.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La Contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

ser cuestionadas ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo. Respecto de las controversias que se susciten durante la vida del contrato (fase de ejecución), la LCAE dispone que deben ser resueltas obligatoriamente en la vía arbitral. En resumen, la citada ley perfila un nuevo régimen legal que regula los procesos de contratación estatal exclusivamente destinados a la adquisición de bienes, servicios, suministros y la contratación de obras, enfatizando el tratamiento de los aspectos jurídico – administrativos de los procedimientos de selección y adjudicación, no distinguiendo entre contratos administrativos ni entre contratos privados de la administración, porque adopta el concepto de un único tipo de contrato que podemos denominar contrato de estado o contrato estatal.

En concordancia con la política de liberalización de la economía y la apertura de los mercados a la competencia, se dictaron dispositivos legales con el objeto de generar condiciones para promover la inversión privada en diferentes ámbitos de la actividad económica. La consagración a nivel constitucional del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado<sup>6</sup> potenció la política de privatización (venta de acciones y activos) de empresas de propiedad estatal en favor de capitales privados y aceleró el proceso de otorgamiento de concesiones para actividades que habían venido siendo tradicionalmente desarrolladas precisa-

mente por las empresas estatales. Para facilitar dicha política, se efectuaron numerosas modificaciones a los diversos regímenes legales que regulan las concesiones de recursos naturales y las de servicios públicos, teniendo en cuenta que como producto del proceso de promoción de la inversión privada, vía la privatización y el otorgamiento de concesiones, la realización de dichas actividades económicas pasaba de estar en manos del Estado, a través de las empresas de su propiedad, a ser desarrolladas por empresas o concesionarios privados que requerían de un marco regulatorio adecuado que les otorgase garantías de estabilidad y seguridad a sus inversiones.

Durante esta tercera etapa se dictó un nuevo régimen legal para la promoción del otorgamiento de concesiones, principalmente en materia de servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, etc.) y de obras de infraestructura pública, especialmente las dedicadas al transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias, etc.)<sup>7</sup>. Se crearon organismos reguladores de la inversión privada para las distintas actividades concesionadas (servicios públicos e infraestructura) encargados de supervisar el cumplimiento de los respectivos contratos de concesión y de ejercer potestades regulatorias fijando las tarifas en los mercados en que no exista competencia o está sea insuficiente.

A la par que se modernizó el régimen legal de los contratos de concesión, se amplió y perfeccionó el régimen de los

<sup>6</sup> Constitución de 1993: “Art. 60º.- (.....) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón del alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. (...)”.

<sup>7</sup> Nos referimos principalmente a los Decretos Legislativos N° 758 “Normas para la promoción de las inversiones públicas en la infraestructura de servicios públicos”, y N° 839 “Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”, compilados luego en el denominado “Texto Unido Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos” aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-97-PCM y reglamentado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

denominados contratos–leyes o convenios de estabilidad jurídica, que adquirieron consagración constitucional en el artículo 62º de la Carta de 1993<sup>8</sup>. Mediante este tipo de convenios, el Estado se obliga contractualmente con los inversionistas privados, que constituyen la contraparte, a garantizarles la estabilidad de las reglas jurídicas vigentes al momento de suscripción del respectivo contrato.

Los contratos–leyes constituyen medidas de fomento del Estado para la promoción de la inversión privada orientada a fines de interés general o a satisfacer necesidades públicas, a la que se le otorga contractualmente la seguridad de que determinado régimen jurídico permanecerá inalterable durante un período de tiempo, de modo que las futuras modificaciones de la legislación, con posterioridad a la suscripción del respectivo convenio, no les serán aplicables. El alcance de la estabilidad jurídica, otorgada por los contratos ley, es variado, dependiendo del marco legal al amparo del cual se suscriben puede comprender la estabilidad del régimen jurídico de un solo tributo o del conjunto de tributos que gravan a una empresa, de las normas laborales e incluso de las normas que configuran el marco regulatorio de la empresa contratante<sup>9</sup>. Las controversias que se generen durante la vigencia de los contratos ley entre el Estado y los inversionistas suscriptores, que la experiencia ha demostrado pueden involucrar inclusive el ejercicio de potestades públicas,

se resuelven exclusivamente mediante arbitraje.

Recapitulando, en esta tercera etapa de la evolución del ordenamiento jurídico peruano en materia de contratación administrativa, se aprecia la aprobación de un cuerpo legal (la LCAE) que regula, para todos los organismos públicos, los procedimientos para la contratación exclusivamente de bienes, servicios, suministros y obras, norma que no realiza ninguna determinación legal expresa sobre el carácter sustantivo o administrativo de los contratos que suscribe el Estado, a diferencia de la legislación de otros países que distinguen entre contratos administrativos y contratos estatales de régimen privado; asimismo, se producen importantes modificaciones en el régimen de los contratos de concesión en orden a promover la inversión privada, principalmente, en actividades calificadas legalmente como servicios públicos o en obras públicas de infraestructura, y se perfecciona y amplía el marco legal de los denominados contratos – leyes utilizados para otorgar seguridades y garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas.

Conforme a lo anunciado, pasaremos a realizar una somera descripción general del marco legal de los diferentes contratos que celebra la Administración Pública en el Perú, con el objeto de proporcionar una visión panorámica del régimen de los contratos estatales, sin perjuicio de analizar, en la parte final de este trabajo, cada una de las principales

<sup>8</sup> Constitución de 1993: “Art. 62º.- (...) Mediante contratos – ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente...”.

<sup>9</sup> Tenemos entendido que en Colombia, la Ley 223 de 1995 para disminuir la incertidumbre en materia tributaria creó la figura de los contratos de estabilidad que cuentan con una duración de 10 años y en ellos se pacta una tasa de impuesto a la renta superior en un 2% a la tarifa general vigente al momento de suscripción del contrato.

modalidades contractuales, para verificar como la ausencia de una proclamación legal expresa de un concepto sustantivo de contrato administrativo, no impide la existencia de diversas manifestaciones de potestades públicas que se presentan en algunas de las etapas que componen el proceso contractual desde su origen hasta su culminación.

## 2. PANORÁMICA DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL PERÚ.

Conforme se ha descrito en la primera parte, podemos comenzar afirmando que, a diferencia de Colombia y de los ordenamientos legales de otros países como España, entre otros, en el Perú no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado. La LCAE ha constituido un indudable avance porque proporciona una regulación unitaria, pero solo de una parcela, por cierto que muy importante, de la contratación administrativa que involucra los contratos de adquisición de bienes y servicios, suministro y de obra, pero que no regula la totalidad del universo contractual del Estado. Como vamos a describir a continuación, los demás contratos que suscribe el Estado están sometidos a marcos legales especiales en los que, sin embargo, se puede constatar que muchas veces coexiste un régimen legal general con diversos regímenes especiales, en función del tipo de prestación o actividad a desarrollar o del nivel de gobierno que realiza la contratación.

Los tipos más frecuentes de contratos que suscribe el Estado Peruano y con mayor desarrollo normativo son<sup>10</sup>:

- Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras;
- Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura;
- Los contratos - ley o convenios de estabilidad jurídica;
- Los contratos para la disposición de bienes del Estado;
- Los convenios interadministrativos;
- Los convenios financieros del Estado (endeudamiento interno y externo);
- Los contratos de personal.

### 2.1. La Ley de contrataciones y adquisiciones (LCAE).

Como ya se ha dicho, la LCAE<sup>11</sup>, que regula exclusivamente las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras, comprende a todas las entidades del Estado de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local) y a las empresas estatales. Sus disposiciones no se aplican a los otros procesos de contratación que realiza el Estado, como es el caso de los contratos de concesión, de disposición de bienes del Estado, los contratos leyes, etc., que cuentan con sus propios marcos legales, no obstante que algunas normas del régimen de la LCAE

<sup>10</sup> Participa de la misma opinión: Ricardo SALAZAR CHAVEZ, "Régimen de contratación Estatal en el Perú". En: AAVV. Trabajos presentadas en el seminario – taller internacional: "La contratación estatal: propuesta de estrategias para impulsar el desarrollo con transparencia y equidad". CONCUCODE, Lima, 2005, p. 82.

<sup>11</sup> El texto de la ley y su reglamento se puede consultar en : <http://www.consucode.gob.pe>

podrían ser aplicables a otros ámbitos de la contratación administrativa, como es el caso de los principios que consagra en su artículo 3º, algunos de los cuales constituyen principios comunes en todos los ámbitos de la contratación administrativa (principios de imparcialidad, eficiencia, transparencia, etc.), independientemente de la naturaleza y régimen del vínculo contractual.

La LCAE no consagra un concepto de contrato administrativo como sinónimo de un régimen de exorbitancia en donde la Administración Pública necesariamente goza de una posición de superioridad, con poderes y prerrogativas unilaterales, para imponerse en el contenido de la relación contractual, justificado en el rol que le compete de tutela de los intereses generales.

La citada ley establece un elenco de principios esenciales que rigen los procedimientos de selección, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo y del derecho común, entre los cuales cabe destacar: (Art. 3º)

- (i) Principio de Transparencia, conforme al cual toda adquisición debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, garantizándoles a estos durante todo el proceso de selección el acceso a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones, debiendo ser públicos la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados.
- (ii) Principio de Libre Competencia, que constituye uno de los principios nucleares del régimen económico consagrado por la Constitución del Perú y que genera la obligación para las entidades administrativas de considerar regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e

imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales.

- (iii) Principio de Imparcialidad, según el cual las decisiones de los funcionarios responsables de las adquisiciones y contrataciones de la entidad se adoptarán en estricta sujeción al principio de legalidad, así como en atención a criterios técnicos que permitan garantizar la objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas;
- (iv) Principio de Trato Justo e Igualitario, en virtud del cual todo postor debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes de los demás, prohibiéndose la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Por expreso mandato legal los citados principios “tienen como finalidad garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados”, así también sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación del respectivo régimen de contrataciones y adquisiciones, como parámetros para la actuación de los funcionarios, y, finalmente, para suplir los posibles vacíos de la misma normatividad.

Los procedimientos administrativos de selección (etapa precontractual) regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones son cuatro: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía.

La Licitación Pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. La licitación para la

ejecución de obras puede desdoblarse en: licitación pública nacional o licitación pública internacional, en este último caso cuando las características técnicas de las obras requieran de postores internacionales.

El Concurso Público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arriendos. Los procedimientos de licitación y concurso público son los que poseen mayores formalidades en relación a los demás.

La Adjudicación Directa se utiliza para las adquisiciones y contrataciones de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras que realice la entidad, pero por montos inferiores a los que se exige para licitación o concurso público. Este procedimiento admite dos modalidades: i) Adjudicación Directa Pública, o ii) Adjudicación Directa Selectiva, según el importe de la adquisición lo que determina que requiera o no de publicación. En el caso de la Adjudicación Directa Selectiva el proceso exige por regla general la convocatoria a por lo menos tres postores, asimismo aunque no se exija publicación las convocatorias deberán ser notificadas a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Microempresa –PROMPYME, la que se encargará de difundirlas a través de su página web institucional entre las pequeñas y microempresas para que puedan eventualmente participar como postores.

La Adjudicación de Menor Cuantía para la adquisición o contratación de bienes, servicios y obras cuyos montos sean inferiores a los requeridos para Adjudicación Directa o para aquellos casos en que

los otros procedimientos de selección se han declarado desiertos.

Los procedimientos administrativos descritos constituyen mecanismos de formación o preparación de la voluntad de la Administración y de gestación del respectivo contrato (fase precontractual), que no se confunden con el contrato mismo. Estos contratos que suscriben las entidades estatales para la ejecución de obras o adquisiciones de bienes o servicios se perfeccionan de manera diferente a lo previsto por el Código Civil peruano, puesto que conforme a este último cuerpo legal se genera el contrato cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente<sup>12</sup>, mientras que los contratos de adquisiciones que suscriben las entidades estatales en el Perú no se perfeccionan con la mencionada notificación de la aceptación, que podría ser similar a la notificación del acto administrativo de adjudicación de la buena pro al postor ganador, puesto que esta decisión administrativa podría ser impugnada por otros postores, lo que tendría como consecuencia la suspensión del respectivo procedimiento de selección hasta que se resuelva la controversia en sede administrativa. En el régimen diseñado por la LCAE, el contrato de adquisición o de obra se perfecciona recién con la suscripción del mismo, una vez concluido el procedimiento de selección respectivo<sup>13</sup>.

En caso se generen controversias durante el trámite de los procedimientos administrativos de selección, es decir desde la convocatoria hasta antes de la suscripción del contrato, la Ley de la materia ha previsto un sistema de recursos

<sup>12</sup> Código Civil: “Art.1373º.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

<sup>13</sup> Reglamento de la LCAE: “Art. 197º.- Perfeccionamiento del contrato.- El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene (...)” Regla radicalmente diferente a la que establece el derecho español en el que los

administrativos que se desarrollan en dos instancias:

- Primera instancia, ante la propia entidad administrativa que convocó el procedimiento de selección, mediante el recurso de apelación que deberá ser resuelto por el titular del respectivo pliego presupuestal o la máxima autoridad administrativa de la entidad;
- Segunda Instancia, ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, que constituye última instancia administrativa.

Con motivo de la interposición de los citados recursos administrativos, se suspende el trámite de los procedimientos administrativos de selección hasta que los citados recursos sean resueltos. La LCAE ha establecido plazos excepcionalmente breves para la interposición de tales recursos y para su resolución por las entidades competentes, con el objeto de que no se dilaten afectando los requerimientos por parte de la Administración de adquisiciones necesarias para su funcionamiento.

Contra lo resuelto por el mencionado tribunal administrativo de CONSUCODE cabe la interposición de demanda contenciosa administrativa ante el Poder Judicial, cuya mera presentación no suspende automáticamente lo resuelto por el referido tribunal administrativo, a menos que, durante el proceso, se obtenga del juez de la causa una medida cautelar en dicho sentido.

Respecto de los conflictos que se pueden generar desde que se inicia la ejecución del contrato hasta su culminación, ya se ha comentado anteriormente que la LCAE ha establecido que la vía obligada para resolver toda controversia es la conciliación o el arbitraje. El laudo que se expida con motivo de un proceso de arbitraje no puede ser objeto de impugnación ante el Poder Judicial, salvo los casos excepcionales de fraude taxativamente contemplados en la Ley General de Arbitraje.

La LCAE ha creado al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, que constituye un organismo público descentralizado del Gobierno Nacional adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que tiene a su cargo el rol de organismo rector del sistema de adquisiciones en todo el país. Asimismo, se le otorgan facultades para imponer sanciones de inhabilitación por un período de tiempo a los proveedores, participantes, postores y contratistas que contravengan las disposiciones legales, de modo que durante la vigencia de la sanción, los infractores estarán impedidos de contratar con el Estado.

Pero, como ya se explicó al iniciar esta sección, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones sólo regula una parte de la actividad pre o contractual de la Administración Pública en el Perú, es decir, sólo cuando el Estado es el adquirente y egresa recursos públicos con tal fin, pero no regula, por ejemplo, la hipótesis en que el Estado sea el vendedor y mas bien obtiene ingresos por sus operaciones. Estos

---

contratos estatales se perfeccionan con el acto administrativo de adjudicación. Abunda en esta característica el profesor José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ – MUÑIZ. *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*. En: Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Juan Carlos Cassagne Director. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 953.

casos están normados por las disposiciones que regulan el régimen de administración de los bienes del Estado<sup>14</sup>, que establece que para disponer de tales bienes, la Administración deberá ceñirse por regla general al procedimiento de subasta pública.

## 2.2. El régimen de las concesiones.

La Carta Política de 1993 contiene dos preceptos que establecen el marco constitucional de las concesiones, tal es el caso de los artículos 66<sup>o</sup><sup>15</sup>, referido a recursos naturales, y 73<sup>o</sup><sup>16</sup>, referido a concesiones sobre bienes de dominio público.

Las concesiones en el Perú están sujetas a una pluralidad de regímenes legales, dependiendo del tipo de bienes (recursos naturales, infraestructura, etc.), del tipo de actividades que pueden ser otorgados en concesión (servicios públicos, etc.), o incluso del nivel de Gobierno (nacional, regional o local) que otorga la concesión.

### (i) Las concesiones de recursos naturales.

Respecto de las concesiones de recursos naturales, tradicionalmente han estado reguladas por leyes sectoriales que establecen específicamente el régimen de concesiones de cada uno de dichos recursos, así sucede tradicionalmente con la minería, los recursos forestales (bosques, etc.) y otros.

La minería ha sido y es hoy en día

una de las actividades económicas más importantes en el Perú. Por dicha razón, durante mucho tiempo la legislación minera ha sido tácitamente considerada el referente nacional de una actividad económica cuyo régimen legal contempla como figura central a la concesión, como título habilitante que el Estado utiliza para otorgar a los privados el derecho para aprovechar y explotar recursos mineros.

De conformidad con el antes citado artículo 66<sup>o</sup> de la Constitución, que reserva a ley orgánica la determinación de las condiciones para la utilización y otorgamiento de los recursos naturales a favor de particulares, se ha aprobado la Ley N<sup>o</sup> 26821 Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que en su artículo 19<sup>o</sup> remite a las leyes especiales que existen para cada recurso natural (leyes de minería, de la actividad forestal, de hidrocarburos, de aguas, pesca, etc.) el establecimiento de las diferentes modalidades de otorgamiento de derechos a los particulares para la explotación de los recursos naturales, título habilitante que no se restringe sólo a la concesión, porque en muchos casos se utilizan las figuras de las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y contratos de explotación, entre otros mecanismos para otorgar derechos de uso o explotación de los recursos naturales en favor de los particulares; figuras administrativas que a tenor del

<sup>14</sup> Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad estatal aprobado mediante Decreto Supremo N<sup>o</sup> 154-2001-EF de 16 de julio del año 2001.

<sup>15</sup> Constitución: "Art. 66<sup>o</sup>.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

<sup>16</sup> Constitución: "Art. 73<sup>o</sup>.- 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".

artículo 24º de la citada Ley Orgánica “(...) tienen los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.”

Incluso el artículo 23º de la mencionada ley regula, con carácter general, el régimen de las concesiones de recursos naturales<sup>17</sup>, sin perjuicio de los que establezcan las leyes especiales de cada recurso natural que utilicen dicha modalidad.

Utilizan la figura de la concesión: la Ley General de Minería; la Ley Nº 26848, Orgánica de recursos geotérmicos; la Ley Nº 27308 Forestal y de Fauna Silvestre para los Recursos Forestales Maderables y No Maderables, que exige la realización de procedimientos administrativos de subasta y concurso público para otorgar la concesión en algunos casos<sup>18</sup>; y la ley de telecomunicaciones para la que el uso del espacio radioeléctrico requiere de una concesión u autorización previa del servicio de telecomunicaciones correspondiente. La realización de actividades de servicios turísticos y recreativos en un área natural protegida es autorizada

también mediante la técnica concesional.

Recurren en cambio a otras figuras administrativas, que se expresan en actos administrativos que por naturaleza son unilaterales, para otorgar derechos de aprovechamiento de recursos naturales a favor de los particulares: La Ley Nº 17752 General de Aguas (permisos, autorizaciones o licencias) y la Ley General de Pesca aprobada mediante Decreto Ley Nº 25977<sup>19</sup>. En cambio la Ley Nº 26221, Orgánica de Hidrocarburos, aunque no utiliza el mecanismo de la concesiones, ni tampoco el de las licencias, autorizaciones o permisos administrativos si recurre a otras figuras contractuales como es el caso de los que denomina contratos de licencia y contratos de servicios, para autorizar a los privados a realizar actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos.

Como se puede apreciar, constituye una opción del legislador utilizar la figura administrativa que más acomode a los fines públicos en juego a fin de otorgar derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales, por tal razón, algunas leyes sectoriales recurren

<sup>17</sup> Ley O. de Recursos Naturales: “Art. 23º.- La concesión, aprobada por leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sorbe ella, deberán inscribirse en el registro respectivo”.

<sup>18</sup> El formato de los contratos de concesión forestal con fines maderables ha sido aprobado mediante Resolución Jefatural Nº 131-2003-INRENA de 18 de setiembre del 2003. Es la única concesión de recursos naturales en que se ha previsto en la cláusula 34 del formato de contrato que las controversias entre Estado concedente y los concesionarios pueden resolverse mediante arbitraje.

<sup>19</sup> El artículo 43º de la ley establece que para realizar operaciones de pesca se requiere obtener “permiso de pesca” y que sólo se exige concesión cuando se pretenda la utilización o explotación de infraestructura pesquera de propiedad del Estado o la realización de actividades de acuicultura en terrenos públicos, fondos o aguas marinas o continentales.

a la concesión, ya sea que se exprese en un simple acto administrativo (minería) o que se formalice en un contrato suscrito entre el Estado en su rol de concedente y el concesionario particular (recursos forestales, geotérmicos, etc.), mientras que otras leyes prefieren la utilización de las figuras de las licencias, autorizaciones o permisos (aguas, pesca), que normalmente se manifiestan en decisiones unilaterales de la administración y no en contratos, a excepción de la Ley de Orgánica Hidrocarburos, que contempla los contratos de licencia y de servicios. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano se tiende a considerar que las figuras contractuales, en tanto que determinan con precisión los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, generan mayor seguridad jurídica para los inversionistas.

En cualquier caso, como quiera que la explotación de los recursos naturales, por expreso mandato del citado artículo 66º de la Constitución, es objeto de especial control por parte del Estado, debido a que la Constitución les confiere la calidad de “patrimonio de la nación” y carácter de bienes de dominio público destinados al uso o aprovechamiento colectivo, debiendo garantizarse su utilización sostenible para no atentar contra el medio ambiente, es indispensable tener presente que los regímenes sectoriales someten a las concesiones y a las otras figuras que se utilizan para otorgar derechos para el aprovechamiento de recursos naturales a condiciones, requisitos y reglas de supervisión y de policía administrativa en general, con la finalidad precisamente de garantizar los intereses públicos en

juego.

Al respecto el Tribunal Constitucional peruano, a propósito de la sentencia dictada para resolver la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un grupo de ciudadanos contra la Ley Nº 28258 de regalías mineras<sup>20</sup>, se ha pronunciado sobre la naturaleza de las concesiones mineras, que como se ha comentado se materializan en actos administrativos y no en contratos. En nuestra opinión, la citada sentencia subraya los aspectos públicos de la concesión. Al respecto, el Tribunal dice que la concesión “...se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio de la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular” (FFJJ Nº 102), también dice que: “(...) la teoría construida por la doctrina en torno a la concesión adquiere especial relevancia, y obliga a efectuar una lectura iuspublicista de esta institución, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos” (FFJJ Nº 107), finalmente nos interesa resaltar que para el supremo intérprete de la Constitución en el Perú: “La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando

<sup>20</sup> Puede consultarse el texto de la Sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/cgi-bin/searchtout.cgi>

la capacidad de la intervención si la justifica el interés público”.

(ii) **Las concesiones de servicios públicos.**

Las concesiones, sobre actividades calificadas legalmente como servicios públicos, están reguladas por diversas leyes sectoriales que establecen el marco legal para el desarrollo de la respectiva actividad, así sucede en telecomunicaciones, electricidad o energía y saneamiento.

La Ley General de Telecomunicaciones<sup>21</sup> establece qué modalidades de servicios son caracterizados como servicios públicos y, por tanto, requieren del otorgamiento de concesiones para su desarrollo por privados y en qué casos, al no recibir la misma calificación los otros servicios, el título habilitante puede consistir en licencias, autorizaciones, permisos o en un simple registro. El régimen vigente que determina que servicios requieren de concesión para ser prestados por particulares (los servicios públicos) no parece ser coherente con las clasificaciones que establece la propia ley ni estar acorde con los desarrollos que se experimentan en otros ordenamientos, en los que la liberalización de gran parte de las actividades de telecomunicaciones para introducir mayor competencia en el mercado, en beneficio de los propios usuarios, ha significado dejar de caracterizarlas formalmente como servicios públicos y por tanto sustituir la técnica concesional por otros títulos habilitantes menos rigurosos y de más fácil acceso

para los agentes económicos interesados en prestar los servicios (que pueden consistir en simples comunicaciones de los interesados, registro, etc.).

Todas las concesiones en telecomunicaciones se formalizan en un contrato, cuyo texto se basa en un formato aprobado administrativamente, en el que son partes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la empresa privada que recibe la concesión. Sin embargo, como analizaremos con mayor detalle en la parte final de este trabajo, existen otros actores respecto de los cuales es importante adelantar la mención. Me refiero a PROINVERSIÓN, que es la entidad del Gobierno Nacional encargada de conducir el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas, dirigida por un grupo de ministros titulares de los sectores involucrados, y a los organismos reguladores supervisores de la inversión privada en las actividades de servicios públicos, que en el caso de las telecomunicaciones es más conocido por las siglas OSIPTEL, el mismo que de conformidad con el artículo 18º de su Reglamento General<sup>22</sup> tiene por objetivo general: “regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios, garantizando la calidad y eficiencia del

<sup>21</sup> Según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC de 28 de abril de 1993, reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC, el mismo que ha sido objeto de múltiples modificaciones. Las citadas normas pueden ser consultadas en: <http://www.osiptel.gob.pe> Es importante tener presente los “Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones en el Perú” aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC de 4 de agosto de 1998 que contiene una sección dedicada a “Política de concesiones”.

<sup>22</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, del 2 de febrero del 2001.

servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones”.

En el Perú, el proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones comenzó en el año 1994 con la privatización de las dos mayores empresas estatales encargadas de prestar dichas actividades y el otorgamiento de nuevos contratos de concesión a la empresa adjudicataria del respectivo procedimiento de selección, que fusionó las empresas adquiridas bajo la nueva denominación de Telefónica del Perú S.A. Dichos contratos de concesión establecieron un primer período de concurrencia limitada (exclusividad o monopolio legal) de cinco años, seguido de una etapa de apertura a la competencia y en base a la autorización dispensada por la Ley N° 26285 de desmonopolización progresiva en materia de prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones tienen carácter de contrato-ley, lo que significa la estabilización de las cláusulas que configuran la relación concesional entre el Estado y el concesionario, así como del marco normativo que resulta de aplicación a la misma, vigente a la fecha de suscripción del contrato. Asimismo, las controversias que se pueden suscitar respecto del contrato de concesión se deben resolver en la vía arbitral, lo que ha tenido como consecuencia que algunas decisiones del organismo regulador (OSIPTEL), en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, han sido materia de

impugnación en la vía arbitral.

En materia de electricidad, la ley de concesiones eléctricas<sup>23</sup> ha segmentado el negocio eléctrico en cuatro etapas (generación, transmisión, distribución y comercialización), a fin de abrir el mercado a la participación de inversionistas privados con el objeto de generar competencia, y, por tal razón, establece de manera expresa qué actividades son consideradas servicios públicos, por lo que el ingreso de particulares al mercado está sujeto a la obtención de una concesión y qué etapas del negocio eléctrico no tienen dicha calificación para las que es suficiente una autorización por parte del ministerio competente.

Las concesiones las otorga el Ministerio de Energía y Minas por plazo indefinido. Debe convocarse a un procedimiento público de subasta solo en caso se genere concurrencia de solicitudes de otros interesados para la misma concesión, el otorgamiento se produce mediante Resolución Suprema, la misma que aprueba el respectivo contrato de concesión que se sujeta a los contenidos establecidos por la ley y el reglamento que constituyen su marco legal.

Otra actividad también vinculada a la energía que utiliza la técnica concesional para que los particulares puedan desarrollarla es la distribución de gas natural por red de ductos, la que es calificada como servicio público por el artículo 79° de la Ley N° 26221 Orgánica de Hidrocarburos<sup>24</sup>, y que

<sup>23</sup> Aprobada mediante Decreto Ley N° 25844 de 6 de noviembre de 1992, y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM de 19 de febrero de 1993.

<sup>24</sup> Reglamentada mediante Decreto Supremo N° 042-99-EM de 14 de setiembre de 1999 que aprueba el “Reglamento de Distribución de gas Natural por red de ductos”. Analiza el régimen de las concesiones de distribución de gas naturales el

también se materializa en un acto administrativo que se formaliza mediante un contrato. Estas concesiones pueden ser otorgadas por licitación o concurso público convocado por la entidad concedente o a solicitud de parte, pero en caso de suscitarse concurrencia de solicitudes la entidad administrativa competente debe convocar a subasta

En el ámbito de las actividades vinculadas a la energía, la fiscalización de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión corresponde al respectivo organismo regulador, conocido por sus siglas OSINERG, el que como todo organismo regulador de servicios públicos en el Perú esta dotado de un conjunto de potestades de carácter público (cumple funciones de supervisión reguladora, normativa, fiscalizadora, solución de controversias entre empresas y solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de protección de los intereses generales que constituye su cometido<sup>25</sup>.

En el ámbito de los servicios de saneamiento, la Ley N° 26338, Ley General de los Servicios de Saneamiento del 24 de julio de 1994 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 09-95-PRS establecen que corresponde a las municipalidades provinciales de la respectiva circunscripción otorgar las concesiones para la prestación de tales

servicios, a excepción del ámbito de la empresa estatal (SEDAPAL), que presta servicios en Lima, caso en el que el contrato de concesión deberá suscribirse con el Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción. Sin embargo, hasta la fecha no se ha formalizado ninguna concesión porque, a excepción de la empresa SEDAPAL, todas las empresas de saneamiento exis-tentes son de propiedad precisamente de las respectivas municipalidades, razón por la que seguramente no se ha considerado necesario formalizar la relación. El único caso que está próximo a concretarse es el de la concesión de saneamiento para prestar servicios en las provincias de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar que, en estos momentos, está siendo materia de un proceso de promoción de inversión privada con participación de PROINVERSION, conforme al cual la empresa adjudicataria de la licitación suscribirá con las respectivas municipalidades provinciales un contrato de concesión que delimitará las relaciones entre la empresa de propiedad privada prestadora de los servicios públicos de saneamiento y las municipalidades provinciales concedentes, lo que, sin lugar a dudas, redundará en mayor seguridad jurídica para la primera.

Aunque no se trata propiamente de una concesión de servicios de saneamiento, porque corresponde más

---

Perú: Ramón HUAPAYA. "Análisis del marco jurídico aplicable al servicio público de distribución de gas natural por red de ductos". Trabajo inédito.

<sup>25</sup> En el Perú el régimen común en materia de organización y competencias de los organismos reguladores en el Perú ha sido establecido por la Ley N° 27332 denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos" y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 024-2005-PCM, de 8 de junio del 2005. He analizado el tema en: "Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios". Publicado en colectivo: "Inversión privada en servicios públicos". Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 57, Lima 2004, p. 59 y ss.

a la naturaleza de una concesión de obra pública, es pertinente traer a colación que en el año 1999 el entonces Ministerio de la Presidencia, como resultado también de un proceso de promoción de la inversión privada que se tramitó mediante una licitación, suscribió un contrato de concesión con la empresa AGUA AZUL para la realización de obras de infraestructura hidráulica que sirviera para canalizar y realizar el tratamiento de las aguas superficiales y subterráneas del río Chillón, las que son vendidas a la empresa SEDAPAL.

**(iii) Las concesiones de obras públicas de infraestructura.**

El marco legal para la promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura (puertos, aeropuertos, carreteras, vías férreas, etc.) mediante concesión es regulado por el anteriormente citado Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su respectivo reglamento, disposiciones que, como acabamos de referir, también se utilizan para los procesos de concesión de servicios públicos (telefonía móvil, saneamiento, etc.), siempre que el respectivo procedimiento de selección no esté regulado por leyes especiales y/o que se encargue la realización del proceso de promoción a PROINVERSION.

Al respecto, llama la atención que

el artículo 3° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM defina a la concesión como un acto administrativo, porque, a diferencia de las concesiones que se otorgan en materia de recursos naturales que principalmente se materializan en un acto administrativo y no en un contrato o, de las concesiones en servicios públicos de electricidad que se expresan en actos administrativos, aunque pueden formalizarse en contratos, todas las concesiones que se otorgan bajo el marco citado se formalizan mediante un contrato, porque los procedimientos administrativos de selección utilizados para determinar el adjudicatario (licitaciones o concurso de proyectos especiales) concluyen en un acto administrativo que determina al postor ganador de la buena pro, pero que no tienen en sí carácter jurídico de concesión, la que necesita ser formalizada en el respectivo contrato.

Es importante tener presente que en el proceso de promoción de concesiones en materia de infraestructura entran en juego los siguientes actores: PROINVERSION, como el organismo promotor de la inversión privada del Gobierno Nacional, que tiene a su cargo diseñar y conducir el proceso, en especial los procedimientos administrativos para determinar el postor que obtendrá la concesión, lo que implica establecer las bases, absolver consultas, elaborar el respectivo proyecto de contrato de concesión que, por mandato legal<sup>26</sup>, debe ser sometido a opinión del respectivo organismo regulador y finalmente determinar la

---

<sup>26</sup> Ley N° 27701 que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procedimientos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria.

mejor oferta que resultará adjudicataria. Suscriben el respectivo contrato de concesión, por parte del Estado EL CONCEDENTE, que, en el caso de obras públicas de infraestructura de transportes, generalmente es representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como titular de las respectivas infraestructuras que tienen carácter de bienes de dominio público, y, por la otra, el CONCESIONARIO, que, en muchos casos, se obliga a constituir una empresa dedicada específicamente a gestionar la concesión otorgada. Pero también es importante la participación del ORGANISMO REGULADOR, que en el caso específico de las concesiones de infraestructura de transporte de uso público se le conoce por sus siglas OSITRAN, porque si bien no forma parte del contrato de concesión por mandato legal tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento de los compromisos derivados de dicho contrato y ejerce un conjunto de potestades sobre el mismo que será objeto de análisis en la siguiente sección de este trabajo<sup>27</sup>.

Las concesiones pueden otorgarse bajo alguna de las siguientes modalidades<sup>28</sup>:

A.- Concesión a título oneroso.- A través de esta modalidad el Estado impone al concesionario, en contraprestación por la cesión de la explotación o la ejecución de la respectiva infraestructura, el pago de una determinada contribución en dinero o una participación sobre sus beneficios a

favor del Estado;

B.- Concesión a título gratuito.- El Estado otorga la concesión sin cobrarle concepto alguno al concesionario.

C.- Concesión cofinanciada por el Estado.- A través de esta modalidad, el Estado se encarga del financiamiento (subvención) parcial de las inversiones que demandará al concesionario la ejecución de la obra o la explotación de la misma. Esta modalidad de concesión se utiliza para concesiones de infraestructura que demandan inversiones elevadas y que los estudios técnico - económicos de tráfico y/o demanda demuestran que no pueden ser financiados sólo con el cobro que realice el concesionario a los usuarios de la misma (peajes, etc.), pero que debido al interés público en la realización de la obra, el Estado considera conveniente asegurar su realización participando en el financiamiento. En los casos que el cofinanciamiento otorgado por el Estado involucre el otorgamiento de fianzas, avales y garantías que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, por mandato del literal l) del artículo 22º de la Ley N° 27785 debe requerirse la opinión previa de la Contraloría General de la República sobre el respectivo proyecto de contrato de concesión.

D.- Concesión Mixta.- Cuando concurren más de una de las modalidades señaladas.

Conforme al artículo 15º del marco

<sup>27</sup> Analizan el régimen de concesiones: Diego ZEGARRA VALDIVIA. "Concesión administrativa e iniciativa privada". En: Themis N° 39, Lima, 1999, p. 99 y Andrés GÓMEZ DE LA TORRE BARRERA. "Concesión de obras públicas, ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?". En: Revista Ius et Veritas N° 22, Lima, p. 73.

<sup>28</sup> Informe. Edición Especial de Derecho Administrativo de diciembre de 1998 del Estudio Benites, Mercado & Ugaz abogados, p. 87.

legal respectivo, la determinación de la modalidad de concesión a convocar deberá decidirla PROINVERSION tomando en consideración los siguientes criterios: la necesidad de la ejecución de la obra; la amortización de los costos que demande la ejecución de la obra y la amortización de los gastos de conservación y de explotación que demande la obra.

El régimen legal de las concesiones de infraestructura se diversifica en el caso de las que corresponden al ámbito de competencia de los gobiernos regionales y locales, no sólo porque las respectivas leyes de organización de tales niveles de gobiernos descentralizados contienen preceptos, la mayor parte de las veces inconexos con las leyes nacionales que regulan la materia<sup>29</sup>, sino porque inclusive varias municipalidades importantes han dictado sus propias normas para regular los procesos de promoción de la inversión privada a través concesiones en sus respectivas circunscripciones mediante ordenanzas<sup>30</sup>.

En dicho contexto, la Ley N° 28059 Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM constituyen un sano intento, aunque no completo, de establecer normas comunes para los tres niveles de gobierno (nacional, regional

y local), en materia de concesiones y de otras formas de participación del capital privado en proyectos públicos. La citada ley y su reglamento recogen e integran un conjunto de disposiciones ya presentes en el ordenamiento jurídico nacional en materia de promoción de la inversión privada y tiene como principal novedad el reconocimiento de la posibilidad que los interesados puedan presentar ante las autoridades competentes iniciativas privadas para realizar proyectos de inversión en servicios u obras públicas.

Sin embargo, consideramos que la dispersión normativa existente en materia de promoción de la inversión privada que utiliza la técnica concesional perjudica enormemente la efectividad de los procesos de promoción privada en obras o servicios públicos, principalmente a nivel de los gobiernos descentralizados (regionales y locales) cuyo principal objetivo es la promoción del desarrollo de sus circunscripciones.

Es indispensable que en el futuro se apruebe un nuevo régimen que compile y modernice en un solo cuerpo legal las normas que actualmente constituyen el marco para los tres niveles de gobierno en materia de promoción de la inversión privada y no como sucede actualmente en que coexisten varias

<sup>29</sup> Ley N° 27783 de Bases de la Descentralización: Art., 35° d) y 37°; Ley N° 27867 Orgánica de Gobiernos Regionales: Art. 34°; Ley N° 27972 Orgánica de Municipalidades: Art. 9°, 18); 20°, 24) y 25); 33°; 59°; 65° y 66°; 69, 8) y 11); 79°, 2.1); 80°, 2.1) y 4.1); y 81°, 1.4), 1.7) y 1.9).

<sup>30</sup> Tal es el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima que ha creado su propio marco legal para los procesos de concesión en su ámbito, el que esta recogido en el "Texto Único Ordenado del Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos Locales para la Provincia de Lima" aprobado mediante Decreto de Alcaldía N° 166 de 16 de diciembre del 2002. Varias otras municipalidades se han dotado también de su propio régimen legal sobre la materia pero la mayor parte de las veces copiado de la legislación nacional, lo que hace pensar en la inutilidad de su creación. Sin embargo las municipalidades pueden realizar convenios con PROINVERSION para encargarle la realización de procesos de concesiones, caso en el cual se aplican las normas del TUO aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

normas que se aplican sobre una misma materia<sup>31</sup>. Para promover la inversión se requiere contar con un marco legal que otorgue certeza y seguridad jurídica al inversionista a la hora de evaluar la viabilidad y riesgos existentes al momento de invertir y que no le genere costos de transacción que encarezcan innecesariamente la operación o la desalienten.

Recapitulando, el ordenamiento jurídico peruano carece de un régimen unitario en materia de concesiones. Predomina la legislación sectorial en concesiones de recursos naturales y de servicios públicos y aunque en el caso de concesiones de infraestructura se manifiesta alguna tendencia hacia la concordancia e integración a nivel de la legislación nacional<sup>32</sup>, sin embargo, la legislación dispersa sobre la materia, agravada por las normas que han dictado algunas municipalidades para los procesos de promoción de la inversión privada en obras o servicios públicos de sus respectivas circunscripciones, perjudica los objetivos propuestos.

Las concesiones que se otorgan para la explotación de recursos naturales por regla general se materializan en actos administrativos que no se formalizan en contratos, a excepción de las concesiones

en recursos forestales en que los contratos de concesión se suscriben sobre la base de un formato de contrato aprobado administrativamente. La regla inversa se presenta en materia de concesiones de servicios públicos, en que todas las concesiones que otorga el Estado se materializan en un contrato, con la singularidad que en el caso eléctrico las normas sectoriales establecen que la concesión se materializa en un acto administrativo que luego puede formalizarse en un contrato. Tratándose de infraestructura pública, aunque la ley de la materia define a la concesión como un acto administrativo, todas las concesiones se materializan en un contrato. La razón de la preferencia porque la concesión se materialice o formalice en un contrato estriba en la mayor seguridad jurídica que se estima generará para el inversionista determinar con precisión sus derechos y obligaciones en un documento que sea vinculante al Estado en su carácter de concedente.

El otorgamiento de concesiones en servicios de telecomunicaciones y electricidad no siempre está precedido de un procedimiento público, competitivo, de selección de postores (licitación, concurso, etc.), porque la

<sup>31</sup> Nos referimos al citado TUO de las Normas con Rango de Ley que Regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM; el Decreto Legislativo N° 674 Ley de Promoción de la Inversión privada para las empresas del Estado; el Decreto Legislativo N° 757 Ley marco para el crecimiento de la inversión privada; el Decreto Legislativo N° 662, Régimen de estabilidad jurídica para la inversión extranjera; la Ley N° 28059 Marco de promoción de la Inversión Descentralizada, los dispositivos pertinentes anteriormente citados de las leyes orgánicas de regiones y de municipalidades, las leyes modificatorias y complementarias de las citadas y sus respectivos reglamentos. El texto de las normas nacionales citadas se puede revisar en: <http://www.proinversion.gob.pe>

<sup>32</sup> Con las únicas excepciones de la Ley N° 27943 del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2004-MTC que establecen algunas reglas especiales para los procesos de promoción de la inversión privada en infraestructura portuaria y de la Ley N° 27782 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2003-MINCETUR que tienen por objeto el desarrollo de proyectos de inversión privada en la actividad turística en la zona del denominado Proyecto Playa Hermosa – Tumbes.

legislación sectorial de la materia sólo lo requiere en determinadas situaciones, como en el régimen eléctrico que sólo exige convocar al procedimiento de subasta cuando se presenta concurrencia de solicitudes respecto de una misma área de concesión. Sin embargo, la experiencia demuestra que cuando se encarga a PROINVERSION la realización de los procesos de promoción de la inversión privada en algunos servicios públicos mediante concesiones, como ha sucedido con la entrega en concesión de una banda para telefonía móvil o la entrega en concesión de los servicios de saneamiento en determinadas provincias, se convocan a procedimientos administrativos de selección aplicando las normas establecidas en el TUO de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su respectivo reglamento, aunque una vez otorgadas las respectivas concesiones de servicios públicos se sujetan a sus respectivos marcos legales.

Las concesiones de infraestructura pública, por regla general, se otorgan previa realización de un procedimiento administrativo de selección (licitación o concurso de proyectos especiales), sujeto a reglas de transparencia, libre competencia, igualdad de postores, etc. Pero como el régimen de explotación de dichas infraestructuras (carreteras, aeropuertos, vías férreas, etc.) tradicionalmente ha carecido de un marco legal específico que establezca las reglas de la actividad, porque en la etapa previa al proceso de concesiones probablemente se han entendido

suficientemente garantizados los intereses públicos mediante la administración de las infraestructuras a cargo de empresas estatales, el respectivo contrato de concesión en los hechos contiene el marco regulatorio de las actividades a cargo del concesionario que serán objeto de supervisión por parte de OSITRAN en su rol de organismo regulador en la materia. La excepción a esta regla lo constituyen el régimen legal de la actividad portuaria de relativamente reciente expedición, que establece la regulación aplicable a las actividades y servicios que se realicen en o utilicen las infraestructuras portuarias.

### 2.3 El régimen de los contratos leyes.

Como ha sido reseñado anteriormente, en el ordenamiento jurídico peruano los contratos-leyes constituyen un instituto consagrado constitucionalmente (Art. 62º) que se funda en la necesidad del Estado de promover la inversión de capital privado en los distintos sectores de la economía del país, mediante los cuales el Estado otorga a los co-contratantes determinadas seguridades jurídicas que implican reconocerles un estatuto jurídico particular, convirtiendo en inalterables las reglas jurídicas vigentes al momento de suscripción del contrato, de tal suerte que aún fueren modificadas o derogadas, dichas reglas, durante la vigencia del contrato por actos del Estado en general (especialmente los legislativos), no le serán aplicables.

En otras palabras, el contrato – ley, o también denominado convenio de estabilidad jurídica, tiene por efecto la ultraactividad del marco legal vigente a la fecha de suscripción del convenio, su consagración constitucional impide que el Estado pueda modificar unilateralmente sus

términos, incluyendo la vía legislativa<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia que dictó con motivo del proceso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de Congresistas cuestionando la constitucionalidad del carácter de contrato-ley que tiene el contrato de concesión de Telefónica del Perú S.A. para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza y alcances de los contratos – leyes señalando que<sup>34</sup>:

“Por su propia naturaleza, a través del contrato – ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueden haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas...”. En opinión del intérprete supremo de la Constitución en el Perú:

“Mediante el contrato – ley (...) los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co–contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus

economías”.

Existen dos regímenes legales de contratos–ley: el que podemos denominar régimen general y varios regímenes especiales. El primero, el régimen general, está contenido en el Decreto Legislativo N° 662 “Ley de Promoción de la Inversión Extranjera” y en el Decreto Legislativo N° 757 “Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada”, ambos reglamentados por el Decreto Supremo N° 162-92-EF “Reglamento de los Regímenes de Garantía de la Inversión Privada”. Conforme a este régimen general para acceder a la suscripción de un convenio de estabilidad jurídica los inversionistas deberán efectuar como mínimo aportes dinerarios canalizados a través del sistema financiero nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse, o formalizar inversiones de riesgo con terceros por un monto que no sea inferior a US \$ 10 millones para los sectores de minería e hidrocarburos ni a US \$ 5 millones para los demás sectores<sup>35</sup>. El respectivo contrato – ley le garantizará al inversionista y, en algunos casos, a la empresa receptora de la inversión, la intangibilidad del marco legal de determinados regímenes que involucran materias tributarias, laborales y otros<sup>36</sup>. Los montos mínimos de inversión indicados son de aplicación también a las empresas que

<sup>33</sup> Han trabajado el tema de los contratos – leyes: Diego ZEGARRA VALDIVIA. *El contrato–ley. Los contratos de estabilidad jurídica*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997; Antonio PINILLA CISNEROS. *Los contratos – Ley en la legislación peruana*. Universidad de Lima, 1999; José Daniel AMADO y Luis MIRANDA. “*La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato–ley*”. En: Themis. N° 33, Lima; Oscar TRELLES DE BELAÚNDE. “*El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*”. En Themis N° 44, Lima, p. 237 y Jorge SANTISTEBAN DE NORIEGA. *Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos–ley en el Perú*. En: Homenaje a Jorge Avendaño. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2004, p. 577.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 005-2003-AI/TC de 3 de octubre del 2003 interpuesta por un grupo de Congresistas de la República. El texto se puede revisar en: <http://www.tc.gob.pe/cgi-bin/searchtout.cgi>

<sup>35</sup> Montos de inversión mínima establecidos por el artículo 2 de la Ley N° 27342 de 1 de septiembre del 2000 que modifica el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 662 sobre requisitos de inversión.

<sup>36</sup> Las seguridades y garantías que el marco legal que denominamos general de los contratos - ley expresamente establece comprende las siguientes materias: régimen tributario del impuesto a la renta; régimen de libre disponibilidad de

suscriban contratos de concesión. La redacción de los respectivos contrato – ley está predeterminado legalmente en el anexo del citado reglamento.

Los regímenes legales especiales de los contratos–ley son relativamente numerosos, pero podemos clasificarlos en dos grupos: Los regímenes que extienden el carácter de convenio de estabilidad jurídica a otros contratos y, en segundo lugar, los regímenes legales que autorizan la suscripción de contratos ley respecto de determinadas actividades económicas.

El primer grupo en verdad está integrado sólo por una norma legal: la Ley Nº 26285 de desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones que estableció en su artículo 3º que: “Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato – ley”, en cuya virtud la calidad de contrato – ley es otorgado al contenido íntegro de los contratos de concesión suscritos en la materia, lo que en nuestro concepto comporta tanto la estabilización de las cláusulas que configuran dicha relación entre el Estado y el concesionario, así como el marco normativo que resulta de la aplicación de la misma. El único contrato de concesión en servicios públicos de telecomunicaciones suscrito bajo este régimen que goza del carácter de contrato–ley es el contrato con la empresa Telefónica con motivo del proceso de promoción de la inversión privada en telecomunicaciones iniciado en 1994.

El segundo grupo de regímenes

especiales de convenios de estabilidad jurídica está conformado por varias leyes sectoriales de diversas actividades económicas, que establecen reglas diferentes para acceder a la suscripción de dichos contratos–ley y cuyos alcances difieren en parte del régimen general. Así sucede en la actividad minera en que el TUO de la Ley General de Minería en sus artículos 78º, 79º, 82º y 83º, establece requisitos mínimos de producción para acceder a la garantía de estabilidad jurídica respecto de materias mas amplias que las previstas en el régimen general, porque, por ejemplo comprende la estabilidad de todo el régimen tributario vigente al momento de suscribirse el tributo, a diferencia del régimen general, que garantiza sólo la estabilidad del régimen de un determinado tributo.

El régimen de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos contenido en el TUO. aprobado mediante Decreto Supremo Nº 059 -96-PCM, establece en su artículo 19º que los concesionarios podrán acceder a la suscripción de contratos leyes en garantía de su inversión, los que tendrán el mismo plazo de duración que la concesión y que a diferencia del régimen general comprenden también el régimen de recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas que permite a los inversionistas, bajo ciertas condiciones, utilizar el crédito fiscal derivado de sus compras antes de comenzar a operar.

La Ley Nº 27782 del Proyecto Playa Hermosa en su artículo 17º establece que los inversionistas podrán suscribir contratos

---

divisas; derecho de libre remesa de utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos; no discriminación; los regímenes de contratación de trabajadores; los regímenes de promoción de exportaciones y en el caso específico de los contratos de arrendamiento financiero la estabilidad total del régimen tributario.

- ley en términos parecidos a los señalados en el párrafo anterior para el régimen de las concesiones de infraestructura en general, sujetándose a los plazos y requisitos de inversión previstos en los respectivos contratos de concesión. El Reglamento de la Ley General de Pesca en su artículo 119º establece que las empresas que cuenten con licencia para realizar actividades pesqueras podrán acogerse al régimen general de los contratos - leyes ampliando la garantía al régimen legal de acceso a la actividad pesquera y las materias propias del ordenamiento legal pesquero.

Un régimen de contratos – ley que no encaja en ninguno de los grupos descritos es el establecido por el artículo 63º de la Ley N° 26221 Orgánica de Hidrocarburos que implícitamente asigna carácter de contrato – ley a los contratos de licencia o de servicios mediante los cuales el Estado otorga autorización a particulares para realizar actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos, estableciendo que el Estado garantiza a los suscriptores de los mencionados contratos de licencia o de servicios el carácter inalterable de los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de su celebración. Idéntico régimen es aplicado a las inversiones que se realicen en plantas de procesamiento de gas natural por mandato de la Ley N° 28176 de promoción de la inversión en las citadas actividades, sumándose a la garantía el régimen de recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas.

Finalmente, es pertinente recordar que la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 40º, faculta a dichos órganos de gobierno local a suscribir contratos – leyes con los particulares que realicen inversiones en el ámbito de su jurisdicción otorgándoles

seguridades exclusivamente respecto de los tributos municipales, estableciendo que los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

### 3. EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN LOS PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES.

Conforme a lo anunciado, en esta parte final del presente trabajo, realizaremos el análisis del régimen de los principales contratos que celebran las entidades administrativas en el ordenamiento legal peruano, con el objeto de determinar en qué medida o grado de intensidad se manifiestan aspectos propios del Derecho Administrativo en regímenes legales que tienen por común denominador no tomar de manera expresa partido por la tesis que postula la diferenciación entre contratos administrativos y contratos estatales de derecho privado.

Como ha sido descrito a lo largo de este trabajo, en el derecho nacional de los contratos estatales peruanos no existe determinación legal que diferencie entre dos categorías de contratos, civiles y administrativos, sin perjuicio de que muy probablemente el análisis que vamos a realizar pueda llevarnos a concluir que los contratos que celebra la Administración Pública en el Perú puedan tener todos un régimen mixto con participación del derecho público y el derecho privado en diferentes grados de intensidad.

Compartimos la opinión del profesor argentino Agustín Gordillo cuando señala que: “El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho”<sup>37</sup>, idea que recogemos y que

<sup>37</sup> En: “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo 1, Parte general, 4ta. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p. XI-21.

motiva esta tercera parte del trabajo, que servirá para determinar el grado de presencia de elementos público – administrativos en los principales regímenes legales de la contratación estatal, pese a que importantes componentes de los contratos del Estado puedan sujetarse a reglas de derecho privado.

### 3.1. Los contratos regulados por la ley de contrataciones y adquisiciones del estado.

La LCAE, que regula exclusivamente las adquisiciones de bienes y servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras y cuyas normas son de aplicación por todas las entidades del Estado, no recoge un concepto especial de contrato administrativo que obligue a distinguir nítidamente entre contratos de derecho administrativo y los contratos estatales “de derecho privado” sometidos a la rama del derecho correspondiente. A diferencia de otros ordenamientos, como el español, cuyas leyes determinan en forma expresa que modalidades contractuales son consideradas “administrativas” y cuales son “privadas”, la LCAE prescinde de realizar diferenciaciones en función de las mencionadas categorías en beneficio de una regulación general de la contratación estatal de adquisiciones y obras, en la que claramente se enfatiza la regulación de los procedimientos administrativos que forman la voluntad de las entidades administrativas para contratar y que permiten determinar al adjudicatario con el que se suscribirá el respectivo contrato (etapa precontractual).

En este punto conviene resaltar la importancia de la regulación de la fase de adjudicación o IN FIERI que implica la realización de procedimientos administra-

tivos (licitaciones, concursos, etc.) sujetos a las reglas propias del ordenamiento jurídico-administrativo, en cumplimiento del artículo 76º de la Constitución peruana que dispone la obligación de las entidades estatales de sujetarse a los procedimientos administrativos de adjudicación que establezcan las leyes respectivas, con la finalidad de asegurar la utilización eficaz de los recursos públicos y de promover la libre concurrencia de los postores, sin discriminación.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha interpretado y precisado los alcances del precepto constitucional citado, otorgándole preponderancia a los aspectos públicos de la contratación estatal sometida al régimen de la LCAE. A continuación reseñaremos los principales fundamentos de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad que fuera interpuesto contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 que estableció para las entidades administrativas de salud la obligación de realizar las adquisiciones de sus medicamentos mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos<sup>38</sup>.

En opinión del Tribunal Constitucional: “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones” (FFJJ N° 11).

Dice el citado órgano jurisdiccional, que cumple las funciones de intérprete supremo de la Constitución, acerca del

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional EXP: N° 020-2003-AI/TC de 17 de mayo del 2004, cuyo texto se puede revisar en: <http://www.tc.gob.pe/cgi-bin/searchtout.cgi>

artículo 76° de la Constitución que: “La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se realicen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos” (FFJJ N° 12).

Para el Tribunal Constitucional el precepto constitucional citado tiene como finalidad específica establecer la obligación de que en toda adquisición por parte del Estado rijan los principios consagrados de manera implícita o que subyacen en la Constitución, de (i) eficiencia y transparencia en el manejo de recursos; (ii) la imparcialidad y (iii) el trato justo e igualitario frente a los postores, con el objeto de resguardar el buen uso de los recursos públicos, para lo cual señala que “(...) no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior)” (FFJJ N° 15).

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional peruano enfatiza la importancia de los principios que considera subyacentes en el artículo 76° de la Constitución para garantizar la transparencia e imparcialidad en las negociaciones y adquisiciones del Estado. Dichos principios, que han sido glosados en la sección anterior de este trabajo, están desarrollados en el artículo 3° de la LCAE y despliegan sus efectos casi exclusivamente en la etapa precontractual o IN FIERI de la contratación estatal, a través de los procedimientos administrativos de selección, cuya tramitación no se realiza en ejercicio de una libertad contractual ni asumiendo el carácter de titular de ninguna autonomía de la voluntad propiamente dicha, porque, como en el ejercicio de cualquiera de sus otras potestades públicas, se encuentran positivamente vinculadas al ordenamiento jurídico-administrativo respectivo<sup>39</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional glosada no deriva directamente del precepto constitucional citado, la existencia de potestades exorbitantes tampoco, por lo que se le debe asignar necesariamente un rol preponderante al Estado en las relaciones jurídicas derivadas de la contratación administrativa para la adquisición de bienes o servicios y la contratación de obras, lo cual obviamente no impide que la legislación de desarrollo, en atención al mayor o menor grado de trascendencia que se les asigne a los fines públicos en juego, pueda otorgar ciertas prerrogativas a favor de la Administración Pública dentro de una relación contractual, para que pueda incidir en el contenido de

<sup>39</sup> José Luis MARTÍNEZ – LÓPEZ MUÑIZ, “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, Op. Cit., p. 857.

dicha relación bilateral, fundado en la protección del interés público. En nuestra opinión, para que dichas posibles prerrogativas sean constitucionalmente legítimas requieren ser establecidas expresamente en las normas legales pertinentes, fundarse en obvias razones de interés público y sólo pueden consagrarse cuidando de preservar los principios de equilibrio, razonabilidad y proporcionalidad, y prohibición de la arbitrariedad de la Administración.

Como se ha señalado anteriormente, a diferencia de las leyes de otros países que consagran la existencia de un régimen especial de contrato administrativo, la LCAE no contiene precepto alguno que establezca una relación de prerrogativas o potestades expresamente calificadas como exorbitantes a favor de las entidades administrativas contratantes, es decir, que constituyan poderes unilaterales frente a la contraparte privada.

En este punto, es importante distinguir entre prerrogativas y derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, porque los derechos constituyen las exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que tienen su origen en la propia relación contractual, y por tanto su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente<sup>40</sup>. Tomando estos conceptos, nos parece claro que el establecimiento y la exigencia de ejecución de penalidades y garantías por el incumplimiento de obligaciones durante

la ejecución del contrato constituye un derecho de la Administración Pública contratista, derivado de la propia naturaleza del contrato, aunque en la LCAE el régimen de los citados derechos esté legalmente predeterminado, mientras que la imposición de sanciones administrativas constituye el ejercicio de una prerrogativa de carácter público que no encuentra su origen en la relación contractual.

Anteriormente hemos llamado varias veces la atención acerca del énfasis puesto por la LCAE en la regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas (etapa precontractual). La citada norma regula someramente, a través de su reglamento, algunos aspectos de la etapa contractual o también conocida como *IN FACTO ESSE*.

En cuanto al contenido del contrato estatal el artículo 201º del Reglamento de la LCAE se establece que está conformado tanto por el documento que lo contiene, como por las Bases integradas y la oferta ganadora, así como por los demás documentos derivados del respectivo procedimiento administrativo de selección que establezcan obligaciones para las partes y siempre que hayan sido señalados expresamente en el contrato. En cuanto a las normas que lo regulan, a diferencia del artículo 40º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia aprobado por Ley N° 80 de 1993, que remite expresamente a "(...) las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, (que) correspondan a su esencia y naturaleza", el precepto peruano citado dispone que los contratos suscritos bajo el régimen de la LCAE se regulan por el Título

<sup>40</sup> Ideas tomadas de: Joaquín TORNOS MAS. "Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la administración concedente. (Art. 242º a 244º y 249º a 252º)" En: Rafael GÓMEZ – FERRER MORANT. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo II: Thomson- Civitas. Madrid 2004. p. 1246.

V del Reglamento dedicado especialmente a la “Ejecución Contractual”, que contiene una sección especial dedicada al contrato de obras y que: “(...) En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil”.

Como se puede observar, en el ordenamiento que rige las adquisiciones del Estado Peruano, los contratos que se celebren se regulan en primer lugar por las normas especiales que establezca la regulación administrativa de la materia y sólo supletoriamente por el Código Civil.

El reglamento de la LCAE no ha establecido como una prerrogativa de las entidades administrativas contratantes la posibilidad de resolver unilateralmente los contratos por razones de interés público, porque el artículo 224° más bien permite a cualquiera de las partes resolver el contrato por un hecho sobreviviente a la suscripción del mismo, pero condicionado a que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento, cuyo artículo 225° que establece las causales de resolución no lo contempla. En cualquier caso, si se resolviese arbitrariamente el contrato, el artículo 227° establece que la parte perjudicada puede controvertir la decisión en la vía arbitral y exigir el reconocimiento de la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados. En el caso de contratos de obras el artículo 267° establece que cuando la resolución sea por causa atribuible a la entidad contratante, deberá reconocérsele al contratista el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

No se ha previsto con carácter general la prerrogativa del IUS VARIANDI o modificación unilateral de los contratos por razones de interés público, salvo que se presenten situaciones que en las

adquisiciones de bienes y servicios determinen la necesidad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual la entidad administrativa contratante deberá contar con la asignación presupuestal correspondiente para pagar al contratista el costo de los adicionales, pero también puede suceder que la entidad contratante disponga la reducción de las prestaciones hasta el quince por ciento (15%) del monto del contrato, caso en el que el contratista reducirá proporcionalmente las garantías que hubiere otorgado (Art. 231°). Tratándose de contratos de obra se permite que se disponga la realización de obras adicionales siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal para sufragarlas y que no superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original, porque de lo contrario, en caso se requiera la realización de obras adicionales por un monto quince por cien (15%) superior al monto del contrato adicional, aparte de disponer de recursos financieros para su ejecución y pago es requisito indispensable contar con autorización expresa de la Contraloría General de la República, cuya decisión por mandato legal no es susceptible de ser discutida en sede arbitral (Arts. 265° y 266°).

Una prerrogativa que el ordenamiento jurídico reconoce a la administración pública contratante en los contratos de obra es la medida de intervención económica de la obra, que está regulada por el artículo 264° del Reglamento y entre otros casos opera en la situación de incumplimiento de las obligaciones contractuales que a juicio de la entidad contratante no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la

ejecución de los trabajos sin llegar al extremo de resolver el contrato. Dicha medida se justifica en la idea de que los contratos administrativos deben ser cumplidos por el interés público que está en juego. La nota distintiva es que se sustituye al contratista por la propia entidad administrativa contratante por cuenta y riesgo del contratista incumplidor. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, incluyendo los derechos y obligaciones correspondientes. Le corresponde al contratista afrontar la totalidad de los mayores gastos y daños que ocasiona la realización por parte de la Administración en forma directa de la obra. Sólo si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato de obra quedará resuelto.

Otra prerrogativa de carácter indudablemente público que consagra el régimen de la LCAE es la potestad para aplicar sanciones administrativas como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista privado. Esta potestad sancionadora sobre el contratista en falta no está conferida a todas las entidades administrativas contratantes, sino concentrada en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones que forma parte de CONSUCODE, lo que permite mejorar el nivel de predictibilidad en la interpretación y aplicación del régimen legal pertinente (Art. 294º).

La sanción prevista para los infractores es la de inhabilitación para contratar con el Estado por un período de entre tres (03) meses y dos (02) años, según la gravedad de la infracción. Como se puede apreciar, la sanción administrativa aplicable al contratista que incurre en infracción derivada del incumplimiento injustificado de sus obligaciones tiene un alcance

notablemente mayor que si fuera aplicada sólo por la entidad administrativa contratante, porque impide que el contratista infractor pueda contratar con cualquier entidad del Estado por el plazo de la sanción.

El artículo 302º del Reglamento establece un conjunto de criterios que operan al momento que el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones de CONSUCODE debe graduar la sanción a imponer, tomando en cuenta: la naturaleza de la infracción, la intencionalidad del infractor, el daño causado, la reiterancia, etc., criterios que, de ser evaluados por el citado tribunal administrativo, podrían disminuir la sanción a imponerse hasta límites inferiores al mínimo fijado para cada caso, cuando se considere que existen circunstancias atenuantes de la responsabilidad del infractor.

Terminado el recuento de elementos de carácter administrativo en la LCAE que regula el régimen de adquisiciones por parte de las entidades administrativas en el Perú, que ha permitido apreciar como es que a pesar que la citada ley no efectúa distinción entre contratos administrativos y contratos estatales de derecho privado, se ha podido comprobar que existen algunas prerrogativas otorgadas a las entidades estatales que pueden incidir durante el desarrollo de la relación contractual, y no sólo en la etapa precontractual donde es claro que rige exclusivamente el derecho público, es importante recordar que todas las controversias que se suscitan durante la ejecución de los contratos de adquisición por el Estado por expreso mandato legal se deben dilucidar en vía arbitral.

A diferencia de otros países en los cuales las veces que se han resuelto controversias entre el Estado y los

particulares, con los que mantiene vínculo contractual, la jurisprudencia de instancias especializadas del Poder judicial en la disciplina administrativa han reforzado, o incluso generado, la propia doctrina de la sustantividad del contrato administrativo versus el contrato privado del Estado, en el Perú la LCAE, a fin de evitar que en caso de conflictos las partes se perjudiquen por la tradicional lentitud en resolver controversias por parte del Poder Judicial, ha preferido que dichas controversias generadas durante la fase contractual se discutan mediante un proceso arbitral que se regula por las reglas de la LCAE y su reglamento y supletoriamente por la Ley General de Arbitraje.

La experiencia ha demostrado que la remisión de la solución de las controversias contractuales a la vía arbitral que realiza la LCAE potencia los elementos privados de los respectivos contratos, porque el arbitraje es un proceso que no se sujeta a las singularidades del proceso contencioso administrativo, porque en la composición de los respectivos tribunales arbitrales predominan los especialistas en derecho privado y los laudos que se emiten por mandato legal tienen carácter reservado por lo que no generan jurisprudencia que pueda servir de referencia para otros casos.

### 3.2. Los contratos de concesión de servicios públicos.

Como se ha podido observar en las secciones anteriores de este trabajo, las concesiones para la prestación de servicios públicos, por regla general, se materializan en contratos, a diferencia de las concesiones para la explotación de recursos naturales

que generalmente se expresan en actos administrativos y sólo en algunos casos se formalizan en contratos. La razón de la preferencia por la formalización contractual de la concesión versus las concesiones que sólo se materializan en un acto administrativo la encontremos en la afirmación del profesor español José Luis Meilán Gil según el cual: “La Administración ha tenido a lo largo de la historia una posición más fuerte frente al particular cuando utiliza el acto que cuando acude al contrato. Cuenta en aquel caso con mayor ámbito de libertad, aunque esté sometida al principio de legalidad y deba respetar los derechos de los particulares”.

En nuestro ordenamiento se ha preferido la formalización de las concesiones para la prestación de servicios públicos mediante un contrato porque se considera que otorga en mayor medida fuerza vinculante a los compromisos asumidos por la entidad estatal concedente con el particular co-contratante.

A diferencia del régimen de adquisiciones del Estado, por regla general no siempre se realiza un procedimiento administrativo de selección para otorgar concesiones en servicios públicos. Se convoca a un procedimiento de adjudicación en los casos en que la prestación del servicio implica la necesidad de utilizar un bien de dominio público o recurso natural escaso<sup>41</sup>, como sucede con las bandas de telefonía móvil, o cuando el servicio público se presta en condiciones poco competitivas o de monopolio natural, como sucede con las concesiones del servicio público de

<sup>41</sup> Los Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones en el Perú aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC de 4 de agosto de 1998, establecen que la política de acceso debe: “Utilizar mecanismos competitivos (subastas o concursos) para la asignación del espectro, cuando la disponibilidad de frecuencias limita el número de operadores de un servicio y haya mas demanda que oferta del espectro” (20.c).

saneamiento, o cuando el inversionista interesado solicita el otorgamiento de una concesión y se genera un interés concurrente de otros privados, en tal caso las normas obligan a las entidades administrativas receptoras de la solicitud de concesión a convocar a procedimientos de licitación o subasta.

La supervisión de los compromisos contraídos por los concesionarios en los contratos de concesión de servicios públicos corresponde a los respectivos organismos reguladores que, como ha sido referido anteriormente, fueron creados durante la última década del siglo XX como consecuencia de la reorientación del papel del Estado en la economía, claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras.

La Ley Nº 27331, Ley Marco de los Organismos Reguladores y las leyes y demás disposiciones reglamentarias especiales que disciplinan el régimen de los organismos reguladores establecen el conjunto de funciones y potestades de carácter público (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, de solución de controversias entre empresas y de solución de reclamos de los usuarios) que se les atribuye para cumplir de la manera más eficaz el objetivo de interés general que constituye su cometido.

Los reglamentos internos de los organismos reguladores les otorgan facultades para emitir opinión previa

respecto de la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión y para formular sugerencias sobre el tema; también ejercen las potestades que le pueden haber conferido de manera expresa los respectivos contratos de concesión; y están facultados para ejecutar las penalidades previstas en los contratos de concesión y de aplicar las sanciones administrativas establecidas en el respectivo ordenamiento sectorial o que los mismos reguladores pueden hacer dictado en ejercicio de la potestad normativa que se le ha legalmente conferido.

Por regla general, los contratos de concesión de servicios públicos no contemplan prerrogativas o cláusulas exorbitantes en favor de la entidad pública que cumple el rol de concedente. Sin embargo, a pesar de que para cada actividad calificada legalmente como servicio público existe un marco legal específico (ley y reglamentos de desarrollo) que establece gran parte de la disciplina de la actividad (ley de telecomunicaciones, de concesiones eléctricas, de saneamiento, etc.), los Ministerios del sector, que hacen las veces de concedentes, están facultados legalmente para completar o desarrollar por vía reglamentaria el marco jurídico de la actividad, competencia de la que también participan los organismos reguladores en la medida de sus atribuciones, en ejercicio de sus potestades normativas.

Puede suceder que en ejercicio de otras funciones, como sucede con la administración de los bienes de dominio público, la entidad concedente esté facultada para ejercer poderes que no se derivan directamente del contrato de concesión, pero que repercuten sobre éste. Así, ha sucedido recientemente en relación con el

pedido de una empresa concesionaria de telefonía móvil que solicitó ser autorizada a transferir la banda del espectro electromagnético asignada con la finalidad de proceder a la fusión con otra empresa. En este caso, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en ejercicio de su rol de administrador del espectro radioeléctrico, y no de concedente de servicios públicos, emitió una resolución aceptando la transferencia de la correspondiente banda pero condicionándola a la modificación del respectivo contrato de concesión.

En el Perú, los únicos contratos de concesión que tienen carácter de contrato – ley son los contratos de concesión de la empresa Telefónica del Perú S.A., lo que tiene como consecuencia la estabilización de las cláusulas que configuran la relación concesional entre el Estado y el concesionario, así como del marco normativo que resulta de aplicación a la concesión vigente a la fecha de suscripción del contrato.

El otorgamiento del carecer de contrato ley a los citados contratos de concesión obedeció a que el ingreso de dicha empresa a las actividades de prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones se produjo dentro de un proceso complejo de promoción de la inversión privada que implicaba –al tiempo de sustituir al Estado en la titularidad de las acciones de la empresa en tanto concesionaria del servicio público- la obligación del cumplimiento de determinadas metas de inversión y expansión de la red del servicio a corto y mediano plazo, plasmadas en compromisos suscritos por la empresa concesionaria. Frente al ingente monto de la inversión involucrada, se imponía

la necesidad de conferir al inversionista un marco jurídico estable que permitiese el desarrollo de sus actividades, así como la recuperación de lo invertido, en el plazo previsto en el contrato de concesión.

Con motivo de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad, iniciado por un grupo de parlamentarios contra dichos contratos – ley, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que<sup>42</sup>:

“La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiencia en la prestación del servicio. La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable, ello porque si bien la concesión es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente” (FFJJ N° 41).

Una consecuencia importante del carácter de contrato ley de las concesiones de Telefónica del Perú S.A. es que algunas de las controversias que se han suscitado con motivo de actuaciones administrativas de OSIPTEL, en ejercicio de potestades públicas que le confiere la ley, han sido materia de cuestionamiento por parte de la

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 005-2003-AI/TC de 3 de octubre de 2003, citada en el pie de página N° 32.

empresa concesionaria en vía arbitral, en el que tenemos entendido se han tramitado varios procesos en los que no se ha aceptado el cuestionamiento de la competencia de los tribunales arbitrales formulado por OSIPTEL, entidad que ha sostenido la posición de que al cuestionarse decisiones de una entidad administrativa formalizadas en actos administrativos la vía competente debería ser el proceso contencioso administrativo y no la arbitral.

### 3.3. Los contratos de concesión de infraestructura pública.

El régimen legal que regula la materia, contenido en el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su respectivo reglamento, no establece prerrogativa alguna en favor de la entidad pública concedente de un contrato de concesión de infraestructura. El artículo 32° del dispositivo citado establece en su inciso d) que:

“El Estado podrá: (...) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente”, pero el artículo 33° aclara que la posible modificación del contrato deberá ser acordada por las partes, lo que impide cualquier decisión unilateral al respecto (*ius variandi*).

Sin embargo, los dispositivos citados remiten a los contratos de concesión el

posible establecimiento de previsiones que no figuran legalmente. Así sucede con el denominado “rescate” o resolución unilateral de la concesión por el concedente por razones de oportunidad o conveniencia al interés público, mediante los cuales el Estado recupera la administración y explotación de la infraestructura concedida, sin que haya transcurrido el plazo pactado, que el artículo 17° del marco legal lo contempla, pero condicionado a que esté previsto en el respectivo contrato de concesión y que se estipule de manera expresa la indemnización a que tendría derecho el concesionario en caso el Estado haga uso de la facultad anotada resolviendo el contrato de concesión.

El regulador de las concesiones de infraestructura pública del Gobierno Nacional, OSITRAN, tiene conferido por mandato del artículo 7° de la Ley N° 26917 de su creación, un conjunto de potestades que inciden directamente en los contratos de concesión que, entre otros, comprende:

- (i) la facultad de: “Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación”, es decir, la potestad de interpretar los alcances de los contratos de concesión que puede ser solicitado por la entidad pública concedente, el propio concesionario y los terceros legítimamente interesados. Tales interpretaciones se expresan en resoluciones del Consejo Directivo de OSITRAN<sup>43</sup>, que en nuestra opinión pueden ser objeto de

<sup>43</sup> Hemos podido revisar dos experiencias: La resolución de Consejo Directivo N° 033-2005-CD-OSITRAN de 4 de julio del 2005 contestando el pedido de interpretación solicitado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para interpretar determinadas cláusulas del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez Lima Callao, y la resolución N° 034-2005-CD-OSITRAN también de 4 de julio del 2005, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 7 de julio del 2005, que resuelve un pedido de interpretación formulado por el propio concesionario del aeropuerto antes citado respecto de su contrato de concesión. Mediante Acuerdo N° 494-144-CD-OSITRAN de 23 de junio del 2004, la citada entidad aprobó los “Lineamientos para la interpretación, modificación y reconversión de contratos de concesión”. Puede revisarse en: <http://www.ositran.gob.pe>

- cuestionamiento por los interesados en vía administrativa o judicial.
- (ii) La administración, fiscalización y supervisión de los contratos de concesión, en particular de los compromisos asumidos por los concesionarios;
  - (iii) La emisión de opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a infraestructura pública, el que comprenderá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, sí como a las demás materias de competencia de OSITRAN (Art. 35º del respectivo Reglamento).
  - (iv) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, en ejercicio de la potestad reguladora, de modo que en el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, debe velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene; cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias OSITRAN debe velar por el libre funcionamiento del mercado, en cambio, en caso que no exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias le corresponde a OSITRAN fijar las tarifas, peajes y otros cobros que realice el concesionario o los usuarios.
  - (v) La emisión de opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión, la que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para el ejercicio de esta función OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.
  - (vi) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas legales pertinentes o en los contratos de concesión.
  - (vii) En casos excepcionales en los cuales se produzca la suspensión de la concesión, terminación del contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio o uso de la infraestructura correspondiente, OSITRAN está facultado para contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión.
  - (viii) Como quiera que los contratos de concesión de infraestructuras públicas generalmente se desarrollan sobre la explotación de bienes escasos o de carácter monopólico, OSITRAN tiene la potestad para establecer las condiciones de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, con la finalidad de promover el bienestar de los usuarios por la vía de una mayor competencia en la prestación de servicios que resultan esenciales para completar la cadena logística del transporte de carga y de pasajeros, y que requieren utilizar de manera indispensable

facilidades esenciales controladas por una empresa prestadora<sup>44</sup>.

Las controversias que se generen durante la vida de los contratos de concesión de infraestructura pública se resuelven normalmente en vía arbitral, porque en los contratos se prevé dicha modalidad de composición de conflictos.

### 3.4 Los contratos – leyes.

La doctrina nacional ha venido discutiendo sobre si la naturaleza de estos contratos estatales es civil o administrativa, partiendo de la pregunta si en ellos se manifiestan potestades de imperio del Estado, en cuyo caso encontraría sustento afirmar que se trata de contratos administrativos; o si por otro lado, en ellos el Estado tiene sólo un rol de parte, despojado de potestades públicas, se diría entonces que estamos frente a un contrato civil.

El problema se genera porque el artículo 39º del Decreto Legislativo N° 757 establece expresamente que:

“Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357º del Código Civil y tienen la calidad de contrato 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 y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

La caracterización legal de los contratos – ley como convenios de carácter

civil y no administrativo constituye una de las pocas veces que en el ordenamiento legal peruano se ha asimilado la tesis de la existencia de dos tipos diferentes de contratos estatales, unos regidos exclusivamente por el Derecho Administrativo y otros sólo sometidos al Derecho Civil. En otras palabras, el precepto legal glosado se basa en un concepto negativo de los contratos administrativos, razón por la que considera indispensable caracterizar a los contratos – ley como contratos de carácter civil, a fin de supuestamente garantizar su intangibilidad y sortear el peligro de que el Estado pueda desvincularse de sus compromisos.

En verdad, planteado desde este punto de vista, resulta un debate poco trascendente para entender la lógica de estos contratos. Como bien afirma el profesor Manuel De la Puente:

“No interesa que el contrato sea civil o administrativo. Basta que sea contrato, por cuanto, como se ha visto, tanto en derecho privado como en el derecho público el contrato crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatorio para ellas (...). En ambos derechos es una fuente de obligaciones. Y también en ambos la obligación contractual es lo mismo: un deber jurídico que ata a las partes. No debe olvidarse que es de la esencia del contrato su irrevocabilidad”<sup>45</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado con anterioridad, debe advertirse que se trata de una figura excepcional en el derecho público:

<sup>44</sup> El acceso a facilidades esenciales ha sido regulado por el “Reglamento Marco de acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público” aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN de 23 de septiembre del 2003 y publicado en el Diario Oficial El Peruano de 25 de septiembre del 2003.

<sup>45</sup> Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE: *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Volumen XI, p. 367.

el sometimiento del Estado a una modalidad contractual para brindar seguridades y garantías al particular.

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

En la jurisprudencia el Tribunal Constitucional emitida con motivo del proceso de inconstitucionalidad contra los contratos – ley de Telefónica del Perú el citado alto tribunal dijo 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 *ius imperium*, 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” (FFJJ N° 33).

Respecto de la polémica generada acerca del carácter privado o preponde-

ramente público de los contratos – ley, el Tribunal Constitucional señaló que:

“En la doctrina nacional se discute sobre su naturaleza jurídica. Para unos, se trataría de un contrato civil. Para otros, de un contrato administrativo. Autores hay también que sostienen que el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las reglas específicas que cada uno de ellos contenga. Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley -contrato civil o contrato administrativo- depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62° de la Constitución con el artículo 1357° del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos – ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público (...).” (FFJJ N° 34).

Finalmente, es importante recordar que el régimen de los contratos – ley establece como regla general que las controversias que se presenten con relación al cumplimiento de los citados contratos, o su interpretación, ejecución o invalidez, serán resueltos mediante arbitraje de derecho. Esto ha sucedido en los últimos años en el Perú con motivo de actuaciones de la Administración Tributaria del Gobierno Nacional (SUNAT) determinando la existencia de deudas tributarias por parte de empresas, actos administrativos de carácter tributario que los inversionistas beneficiarios de contratos – ley cuestionaron en la vía arbitral, obteniendo laudos favorables para su posición.