

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE GENERACIÓN CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES

ANALYSIS ON THE APPLICATION OF “ADMINISTRATIVE SILENCE” IN THE GRANTING OF GENERATION CONCESSIONS WITH RENEWABLE ENERGY RESOURCES

Mayra Aguirre Ramírez

Abogada egresada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Senior en el Área Regulatoria del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez. Máster en Derecho de la Energía por The University of Dundee (Reino Unido), 2017.

Carlos Baldeón Miranda

Abogado egresado por la Universidad de Lima. Asociado Senior en el Área Regulatoria del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez. Master en Regulación por The London School of Economics and Political Science (Reino Unido), 2017.

RESUMEN

El presente artículo analiza la compatibilidad entre la aplicación del silencio administrativo positivo y un régimen de concesión de servicios públicos, a la luz de la regulación que actualmente tiene el procedimiento para otorgar Concesiones de Generación con Recursos Energéticos Renovables en el ordenamiento peruano.

PALABRAS CLAVE: servicio público | concesión | electricidad | derecho administrativo | silencio administrativo | recursos energéticos renovables

ABSTRACT

The article analyses the compatibility in the application of the “positive administrative silence” system and the concession of public services. In order to do so, it is reviewed the regulation of the procedure to grant Generation Concessions with Renewable Energy Resources in the Peruvian law.

KEY WORDS: public service | concession | electricity | administrative law | administrative silence | renewable energy resources.

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 23 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 28 de agosto de 2019.

SOBRE LOS AUTORES

Mayra Aguirre Ramírez. Abogada egresada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Senior del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez, especializándose en Derecho de la Energía, Derecho Regulatorio y Derecho Administrativo. Ha realizado una pasantía en el Energy Charter Secretariat en Bruselas, Bélgica (2016).

Carlos Baldeón Miranda. Abogado egresado por la Universidad de Lima. Asociado Senior en el Área Regulatoria del Estudio Payet, Rey, Cauvi & Pérez, especializándose en Derecho Regulatorio y Derecho Administrativo. Con anterioridad a su incorporación, ha sido abogado asociado del Estudio Benites, Forno & Ugaz.

SUMARIO

1. Introducción
2. Marco Conceptual
 - 2.1. Notas sobre la concesión de servicio público
 - 2.2. El Silencio Administrativo Positivo
 - 2.2.1. Consideraciones generales
 - 2.2.2. El SAP en el ordenamiento peruano
3. La Concesión Definitiva y la actividad de generación eléctrica con recursos energéticos renovables
 - 3.1. Descripción general de la actividad
 - 3.2. Procedimiento de otorgamiento
 - 3.3. Efectos del Silencio Administrativo Positivo en el otorgamiento de la Concesión Definitiva
 - 3.4. De las actuaciones que el MINEM debe realizar ante la aplicación del SAP en el otorgamiento de la Concesión Definitiva
4. Acerca de la aplicación del SAP en el otorgamiento de concesiones definitivas de generación con RER
 - 4.1. ¿Es la aplicación del SAP compatible con un régimen de concesiones?
 - 4.2. Sobre las políticas regulatorias y la simplificación administrativa
 - 4.3. Utilidad de la aplicación del SAP en el otorgamiento de concesiones definitivas de generación RER
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción.

Para desarrollar actividades de Generación, Transmisión o Distribución eléctrica en el Perú, se requiere contar con una Concesión Definitiva o Autorización, según el tipo de actividad que se trate. Dichos títulos habilitantes son otorgados por el Ministerio de Energía y Minas ("MINEM") o incluso por los Gobiernos Regionales, para lo cual se debe seguir un procedimiento administrativo cuyas reglas están definidas por la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley No. 25844 ("LCE") y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 9-93-EM ("RLCE").

En el caso específico de las energías renovables, el título habilitante que se requiere es la Concesión Definitiva para desarrollar actividades de Generación mediante recursos energéticos renovables ("RER"). Una vez otorgada la Concesión Definitiva de Generación, se efectúa la suscripción de un Contrato de Concesión Definitiva de Generación con RER con el MINEM o con los Gobiernos Regionales, en donde se establecen las derechos y obligaciones asumidos por cada parte.

Si bien el procedimiento a seguir para el otorgamiento de una Concesión Definitiva no posee mayor complejidad, este tiene una característica que conceptualmente no es propia de un régimen de concesiones. En efecto, el procedimiento de otorgamiento de Concesión Definitiva de Generación con RER se encuentra sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo ("SAP"), lo cual implica que una vez transcurrido el plazo legal que tiene la autoridad para evaluar la solicitud de Concesión Definitiva sin obtener una respuesta, se entiende que aquella ha sido aprobada y que el solicitante tiene el derecho ganado a dicha concesión.

El presente artículo tiene por objeto desarrollar el régimen legal para el otorgamiento de Concesiones Definitivas de Generación con RER y realizar algunas reflexiones a propósito de la aplicación del SAP en dicho procedimiento. Lo relevante en este caso radica en que, a pesar de ser una figura que desde una perspectiva teórica no suele aplicarse para resolver solicitudes de otorgamiento de concesiones, dicha implementación a fin de cuentas resulta útil para el sector, en la medida que se promueve la celeridad en el procedimiento y la simplificación administrativa.

En la primera sección, desarrollaremos el marco conceptual del régimen general de concesiones y sus principales características, así como la descripción general del SAP y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano. En la siguiente sección expondremos los alcances del procedimiento para el otorgamiento de una Concesión Definitiva de Generación con RER, así como los plazos aplicables, los requerimientos, entre otros aspectos importantes. Finalmente, analizaremos la aplicación del SAP en dicho régimen y reflexionaremos sobre su compatibilidad.

2. Marco Conceptual.

2.1. Notas sobre la concesión de servicio público

Tradicionalmente, el concepto de servicio público ha estado estrechamente vinculado a la idea que la Administración Pública asume un rol predominante en el desarrollo de cierta actividad económica. A partir de una declaración denominada "publicatio", el Estado decide que se encargará de prestar directamente los servicios públicos, admitiendo en algunos casos la participación de particulares.

Para Gaspar Ariño, por ejemplo, la concesión presupone que el Estado es el titular de las actividades -una suerte de “dominus” de los servicios públicos- y su vez, implica que el Estado no necesariamente debe prestar dichos servicios directamente, utilizando a la concesión como una “fórmula puente” que le permita dirigir sin gestionar. De esa manera, la concesión se configura como una transferencia de funciones cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, el mismo que cede en la concesión el ejercicio de cierta actividad, mas no su titularidad¹.

En razón de lo anterior, las concesiones de servicio público tienen un carácter constitutivo, en la medida que “constituyen” un derecho que no preexiste en el solicitante de la concesión. Por definición, el particular no goza de un derecho ex ante a realizar las actividades que constituyen el objeto de la concesión, en la medida que se encuentra en una relación de dependencia frente a lo que disponga la Administración Pública².

Cassagne, por su parte, considera que la concesión administrativa es constitutiva de derechos e implica que la Administración Pública “*transfiere a un particular una atribución o poder que le pertenece de jure proprio*”³.

Asimismo, otro sector de la doctrina sostiene que la concesión administrativa constituye un acto creador de derechos ex novo, cuyo otorgamiento se basa en amplios poderes de decisión a cargo de la Administración Pública, la cual podrá conceder o denegar lo solicitado, e incluso condicionar su ejercicio, según las exigencias de los intereses generales⁴. Considerando dichas características, la concesión de servicio público es otorgada en atención al interés público que ella representa⁵.

2.2. El Silencio Administrativo Positivo

La el presente numeral, expondremos los principales alcances conceptuales de la técnica del SAP y su desarrollo normativo actual, el mismo que actualmente es recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 4-2019-JUS (“TUO de la LPAG”).

2.1.1. Consideraciones generales

Sin El SAP es una técnica de carácter excepcional debido a sus consecuencias, donde la inactividad de la Administración es suplida por el silencio que equivale al otorgamiento de lo pedido por el particular, si su petición se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico⁶. De acuerdo con la doctrina, el SAP tiene como ámbito idóneo de actuación principalmente el ejercicio de las potestades administrativas de control y de intervención que se expresan

¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)”. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Juan Miguel DE LA CUETARA, y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Parcial Pons, 1997. p. 21

² MARIENHOFF, Miguel. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 601.

³ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Lima: Palestra, 2010. p. 449.

⁴ GARCÍA PEREZ, Marta. “La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público”. En: *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No.1, 1997, p. 338

⁵ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica y Ciudad Argentina, 2005. p. 647.

⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración” En: *Ius Et Veritas* No. 13 Año VII. Lima: PUCP, 1996, pp. 225-229

en actos administrativos como licencias, autorizaciones, aprobaciones, entre otros⁷, donde se asume que el administrado cuenta con un derecho preexistente⁸.

Asimismo, el SAP permite que otros derechos fundamentales de los ciudadanos -como el derecho a la propiedad, a construir, a desarrollar actividades económicas- puedan ser ejercidos de manera inmediata, no obstante que la autoridad no haya expresamente acabado de verificar su conformidad con el interés público, el cual viene representado por las condiciones, requisitos y compromisos que la ley exige previamente⁹.

Conforme lo señala la doctrina, dado que la técnica del SAP está concebida para atender los incumplimientos formales del deber de responder las peticiones o recursos de los ciudadanos, el primer presupuesto lógico es que exista un procedimiento a instancia de parte admitido a trámite. Para ello, deben cumplirse dos elementos: ser un procedimiento administrativo iniciado por una petición administrativa, y que la solicitud haya sido admitida a trámite válidamente por la Administración¹⁰.

Sobre la base de lo anterior, en nuestro ordenamiento el SAP es aplicado en los procedimientos de evaluación previa, donde vencido el plazo establecido para el pronunciamiento de la autoridad administrativa, sin haberse pronunciado ésta, se considera aprobada la solicitud del particular¹¹.

2.2.2. El SAP en el ordenamiento peruano

De forma previa a la publicación del TUO de la LPAG, se encontraba vigente la Ley No. 29060, Ley del Silencio Administrativo, la cual establecía los principales aspectos normativos para la aplicación del SAP. Con la publicación del Decreto Legislativo No. 1272 en diciembre de 2016, la Ley del Silencio Administrativo fue derogada y el régimen sobre el silencio administrativo fue incorporado a la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Dichas disposiciones fueron posteriormente recogidas por el anterior TUO de la LPAG (Decreto Supremo No. 6-2017-JUS), y que actualmente se encuentra derogado. Desde enero de 2019, las disposiciones generales sobre el SAP se encuentran previstas en el TUO de la LPAG.

El artículo 36° de la referida norma establece lo siguiente:

“Artículo 36.- Aprobación de petición mediante el silencio positivo

36.1 En los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo, la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.

⁷ Ídem.

⁸ De hecho, la norma original que regulaba la aplicación del silencio administrativo en el ordenamiento peruano (Ley No. 29060) establecía que estaban sujetas a silencio positivo las solicitudes cuya estimación habilitaban el ejercicio de derechos preexistentes.

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos “*Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién Calla Otorga? ¿Pero qué Otorga?*” En: Derecho y Sociedad No. 29. Lima: PUCP, 2007, pp. 83-93.

¹⁰ Ídem.

¹¹ GÓMEZ APAC, Hugo y HUAPAYA TAPIA, Ramón, “*Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo*”. En: El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Lima: Editorial Jurídica GRIJLEY, 2008, pp. 75-105.

36.2 Lo dispuesto en el presente artículo no enerva la obligación de la entidad de realizar la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones e información presentados por el administrado, conforme a lo dispuesto en el Artículo 34”.

A partir de dicha norma, se desprenden dos (2) reglas fundamentales para la aplicación del SAP:

- i. En los procedimientos de evaluación previa sujetos a SAP, la petición del administrado se entenderá aprobada si vence el plazo establecido en la normativa para que la autoridad se pronuncie al respecto; y,
- ii. No resulta necesario que dicha autoridad emita pronunciamiento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho obtenido de forma válida con la aplicación del SAP.

Adicionalmente, debe tenerse presente que el artículo 199° del TUO de la LPAG establece que a dicho plazo legal debe adicionarse el plazo máximo para que la autoridad realice la notificación correspondiente, el cual asciende a cinco (5) días hábiles.

En ese sentido, el transcurso del plazo máximo para que una autoridad se pronuncie en un procedimiento sujeto al SAP, sumado al plazo máximo legal de notificación, tiene como consecuencia que se produzca la aprobación ficta de lo solicitado, y con ello, que el administrado adquiera legalmente un derecho conferido por la normativa.

Con relación a los supuestos de aplicación del SAP, el artículo 35° del TUO de la LPAG establece los siguientes: i) todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio administrativo negativo, conforme a lo establecido en dicha norma¹²; y, ii) los recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.

Como constancia de la aplicación del SAP en la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor. En ese sentido, el ejercicio del derecho otorgado por el SAP no requiere de actuación posterior del administrado ni de la Administración. En efecto, no resulta necesario que se presente un escrito a la autoridad administrativa solicitando la aplicación del SAP.

Sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando el administrado ya tiene el derecho otorgado por el SAP, éste puede -de forma complementaria y si lo considera pertinente- presentar una Declaración Jurada ante la propia entidad que configuró dicha aprobación ficta, con la finalidad de hacer valer el derecho conferido ante la misma o terceras entidades de la Administración Pública.

En dicho caso, el artículo 37° del TUO de la LPAG establece que el cargo de recepción de dicho documento constituye prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de la

¹² Se refiere a aquellos procedimientos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público y la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos bilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Asimismo, están incluidos los procedimientos por los cuales se transfiera facultades a la Administración Pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral (Ver artículo 38° del TUO de la LPAG).

solicitud. En el supuesto que la autoridad se niegue a recibir la referida Declaración Jurada, el administrado tiene el derecho de remitirla por conducto notarial, surtiendo los mismos efectos. Dicha actuación, reiteramos, es facultativa por parte del administrado.

Ahora bien, una vez transcurrido el plazo para que la autoridad se pronuncie en un procedimiento sujeto al SAP y realice la notificación correspondiente, ésta ya no se encuentra facultada a resolver, toda vez que conforme a la normativa se ha generado la aprobación ficta de la petición. En dicho caso, el administrado ya cuenta con el derecho conferido por la aplicación del SAP y no corresponde un pronunciamiento extemporáneo de la autoridad administrativa.

En esa línea, en el hipotético caso que la autoridad notifique al administrado con el pronunciamiento sobre la solicitud presentada denegando la petición y luego de transcurrido los plazos legales comentados anteriormente, dicho acto adolecerá de un vicio de nulidad. En efecto, de acuerdo con el artículo 10°, numeral 1, del TUO de la LPAG, un acto administrativo será nulo de pleno derecho si contraviene a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

En el supuesto planteado anteriormente, el acto extemporáneo de la Administración que resuelve la petición del administrado denegando su solicitud, estará vulnerando una norma con rango de ley como la Ley del Procedimiento Administrativo General (recogida actualmente en el TUO de la LPAG), la misma que establece que la aplicación del SAP genera automáticamente que la petición se entienda por aprobada, sin necesidad de pronunciamiento alguno de la autoridad.

Otro aspecto que debe considerarse es el referido al cómputo del plazo para la aplicación del SAP. Durante la tramitación del procedimiento de evaluación previa sujeto al SAP, la autoridad podría formular observaciones a la documentación presentada, requiriendo al administrado a que las subsane dentro de un plazo máximo de dos (2) días hábiles. En caso ello suceda y mientras esté pendiente la subsanación, el numeral 136.3.1 del TUO de la LPAG establece que no procede el cómputo de plazos para que opere el silencio administrativo.

En dicho caso, el administrado deberá subsanar las observaciones y con ello, seguirá computándose el plazo para la aplicación del SAP, en los procedimientos de evaluación previa que contemplen dicho mecanismo.

3. La Concesión Definitiva y la actividad de generación eléctrica con recursos energéticos renovables.

El De acuerdo con la LCE, se requiere Concesión Definitiva para el desarrollo de las siguientes actividades:

- Generación: Centrales hidráulicas mayores a 500 kW.
- Generación con RER: Centrales hidráulicas hasta 20MW y centrales que operan con otros recursos renovables.
- Transmisión: Proyecto cuyas instalaciones afecten a bienes del Estado o requieran imposición de servidumbre.
- Concesión Definitiva de Distribución: Sistemas de distribución con una potencia instalada mayor a 500 kW.

Asimismo, para el caso de actividad de generación térmica en centrales con una potencia instalada mayor a 500 kW, el título habilitante requerido es la Autorización, la cual, a diferencia de una Concesión Definitiva, no genera la suscripción de un Contrato de Concesión.

Para solicitar dichas concesiones, se deben observar los requisitos establecidos en la LCE y el RLCE. Una vez presentados los documentos requeridos y habiéndose efectuado la evaluación por parte del MINEM o el Gobierno Regional competente, se denegará o aceptará la solicitud de otorgamiento de Concesión Definitiva. El otorgamiento de la Concesión Definitiva conlleva a la suscripción de un Contrato de Concesión con el Estado peruano, representado por el MINEM o el Gobierno Regional que corresponda, en su caso.

Debe considerarse que la Concesión Definitiva tiene una vigencia indefinida y se beneficia del régimen de servidumbres eléctricas. Como señalamos al inicio, en el presente artículo nos centraremos en la Concesión Definitiva de Generación con RER, en los procedimientos seguidos ante el MINEM normativa

3.1. Descripción general de la actividad

De acuerdo con el artículo 3° de la LCE, a efectos de desarrollar la actividad de Generación Eléctrica con RER donde se cuente con una potencia instalada superior a 500 kW, la empresa titular deberá obtener una Concesión Definitiva para el desarrollo de actividades en la central o planta de generación eléctrica. Asimismo, si el proyecto comprende la implementación de una línea de transmisión eléctrica, será necesario obtener una Concesión Definitiva de Transmisión Eléctrica.

La autoridad competente de otorgar la Concesión Definitiva de Generación con RER se definirá según la potencia instalada de la central. Los Gobiernos Regionales son competentes para el otorgamiento de una Concesión Definitiva cuando se traten de centrales cuya potencia instalada sea superior a 500 kW e inferior a 10 MW, conforme a lo establecido en el Decreto Supremo No. 56-2009-EM, mediante el cual se transfirió competencias a favor de los Gobiernos Regionales.

El MINEM es competente para el otorgamiento de Concesiones Definitivas de Generación con RER cuando se traten de centrales cuya potencia instalada sea igual o superior a 10MW. En el caso en particular, nos estamos refiriendo a los procedimientos seguidos bajo el ámbito del MINEM.

El procedimiento de otorgamiento de una Concesión Definitiva se encuentra establecido en la LCE y el RLCE, normas que establecen los requisitos de admisibilidad del procedimiento, plazos y entidades competentes. De acuerdo a lo establecido en el artículo 25° de la LCE, la solicitud para la obtención de una Concesión Definitiva se deberá presentar ante el MINEM, adjuntando la documentación requerida¹³.

¹³ Se tienen actualmente los siguientes requisitos:

- Identificación y domicilio legal del solicitante. Si es persona jurídica debe presentar la Escritura Pública de Constitución Social y certificado de vigencia de poder de su representante legal, debidamente inscritos en los Registros Públicos;
- Autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda;
- Memoria descriptiva y planos completos del proyecto, con los estudios del proyecto a un nivel de factibilidad, por lo menos;
- Calendario de ejecución de obras, con la indicación del inicio y la puesta en operación comercial;
- Presupuesto del proyecto;

Una vez culminado el procedimiento de otorgamiento de Concesión Definitiva de Generación con RER, el MINEM procederá a emitir una Resolución Ministerial en virtud de la cual se otorgará dicha concesión y se aprobará el texto del Contrato de Concesión Definitiva que deberá suscribir la empresa peticionaria junto con el MINEM.

Tras la culminación del procedimiento de otorgamiento, el peticionario obtendrá la condición de concesionario, contando para ello con el título habilitante representado en la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial y con el Contrato de Concesión Definitiva donde se establecen las obligaciones y derechos que asume el concesionario para el desarrollo de sus actividades.

3.2. Procedimiento de otorgamiento.

De acuerdo con el artículo 28º de la LCE, la solicitud de otorgamiento de Concesión Definitiva se deberá resolver en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles¹⁴, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. En el caso de solicitudes de otorgamiento de Concesión Definitiva para el desarrollo de actividades de Generación hidroeléctrica, el plazo máximo para resolver es de ciento veinte (120) días desde la fecha de su presentación.

Dicho plazo se encuentra en concordancia con lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos ("TUPA") del MINEM. Asimismo, de acuerdo con lo indicado en el TUPA de dicha entidad, este procedimiento se encuentra sujeto al SAP.

El procedimiento de otorgamiento de Concesión Definitiva prevé una serie de etapas antes de la culminación del procedimiento. Dichas etapas son las que se detallan a continuación:

- i. Plazo para evaluar la solicitud – Requisitos de admisibilidad¹⁵:
 En un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud, el MINEM efectuará una evaluación de la información presentada a efectos de verificar que se haya cumplido con los requisitos de admisibilidad.
- ii. Observación de la solicitud¹⁶:
 Si de la evaluación efectuada, el MINEM determina que la información presentada contiene deficiencias u omisiones que puedan ser subsanadas, procederá a formular las observaciones correspondientes. Se otorgará un plazo de diez (10) hábiles para que el peticionario subsane las observaciones efectuadas, el cual será contado desde la fecha en que aquél fue notificado con la observación. La falta de respuesta o de presentación

-
- Especificación de las servidumbres requeridas;
 - Delimitación de la zona de concesión en coordenadas UTM (WGS84) y contrato formal de suministro de energía, en el caso de concesiones de distribución;
 - Resolución aprobatoria del Instrumento Ambiental;
 - Garantía de Fiel Cumplimiento de ejecución de obras que señale el Reglamento;
 - Sustento verificable del compromiso de inversionistas para el aporte de capital con fines de la ejecución de las obras, tratándose de concesión de generación;
 - Informe favorable emitido por una entidad Clasificadora de Riesgo calificada, respecto de la solvencia financiera del solicitante, tratándose de concesión de generación;
 - Certificado de conformidad del Estudio de Pre-Operatividad emitido por el COES, cuando corresponda.

¹⁴ Según el artículo 28º de la LCE, en el caso de Concesiones Definitivas para Generación que utilicen recursos hídricos, la solicitud debe resolverse en un plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles a partir de la fecha de su presentación.

¹⁵ Cfr. Artículo 38º del RLCE.

¹⁶ Cfr. Artículos 39º y 40º del RLCE.

de información para levantar las observaciones podrá generar que su solicitud sea declarada inadmisibles.

iii. Admisión de la solicitud a trámite y publicación de solicitud¹⁷:

Cuando se haya determinado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, el MINEM notificará al peticionario de la admisión a trámite de su solicitud. En esa misma oportunidad, se remitirá al peticionario el modelo de aviso para efectuar las publicaciones correspondientes en el Diario Oficial “El Peruano” y en uno de los diarios de mayor circulación correspondiente al área en donde se encuentran las instalaciones. Dicha publicación se deberá efectuar en un plazo máximo de diez (10) hábiles después de que el peticionario haya sido notificado con el modelo de aviso. Las publicaciones se deberán efectuar por un plazo de dos (2) días hábiles. Tras lo cual, el peticionario deberá presentar los originales de los avisos ante el MINEM, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la última publicación.

Cabe indicar que una vez admitida a trámite la solicitud, cualquier incumplimiento de alguna de las actuaciones a cargo del peticionario generará que la solicitud se declare improcedente.

iv. Concurrencia de solicitudes¹⁸:

La concurrencia de solicitudes se producirá en aquellos casos en los cuales se presente una solicitud de concesión definitiva distinta sobre un área que se superponga con el área de concesión requerida bajo la solicitud en trámite. En tal caso, si en un plazo de quince (15) días hábiles, posteriores a la última publicación del aviso se presentan otras solicitudes para la misma concesión, el MINEM deberá desarrollar el procedimiento de concurrencia correspondiente para determinar cuál es la concesión cuyo trámite continuará. El plazo requerido para resolver la concurrencia de solicitudes no afectará o será considerado dentro del plazo máximo para el otorgamiento de una Concesión Definitiva.

v. Oposiciones a la solicitud de otorgamiento de concesión:

Asimismo, en el mismo plazo de quince (15) días hábiles desde que se efectuó la última publicación, se podrá presentar oposición a dicha concesión, bajo las causales establecidas en el RLCE. El MINEM tiene un plazo de diez (10) días hábiles para resolver la oposición. La oposición deberá seguir su propio procedimiento hasta que se resuelva. El pronunciamiento del MINEM sobre la oposición podrá ser apelado en un plazo de cinco (5) días hábiles. Asimismo, el MINEM contará con un plazo de diez (10) días hábiles para resolver la apelación. Cabe indicar que el plazo que se requiera para resolver la oposición presentada no será computado para efectos del plazo máximo del procedimiento de otorgamiento de Concesión Definitiva

vi. Evaluación Técnico – Normativa:

En caso no se haya presentado oposición a la solicitud de otorgamiento de concesión o que ésta haya sido resuelta a favor del peticionario, el MINEM efectuará una evaluación técnico-normativa conforme a lo establecido en el Código Nacional de Electricidad. En caso se determine que hay elementos por subsanar, el MINEM efectuará las observaciones correspondientes. El peticionario tendrá un plazo de diez (10) días hábiles para subsanar dichas observaciones.

¹⁷ Cfr. Artículo 41° del RLCE.

¹⁸ Cfr. Artículos 26° de la LCE.

vii. Procedencia de la solicitud:

De ser procedente la solicitud de otorgamiento de concesión, el MINEM notificará al peticionario con el proyecto de resolución y de Contrato de Concesión Definitiva, a efectos de que verifique que los datos e información consignada es correcta. El peticionario tendrá tres (3) días hábiles para formular comentarios.

viii. Expedición de la Resolución:

La Resolución Ministerial que se expida otorgando la concesión y aprobando el Contrato de Concesión Definitiva, será notificada al peticionario en un plazo de cinco (5) días hábiles después de haber sido expedida

Conforme a lo indicado por el artículo 53° del RLCE, durante el procedimiento seguido para el otorgamiento de Concesión Definitiva de Generación con RER, los plazos otorgados al peticionario para subsanar observaciones no serán computados para efectos del plazo máximo de este procedimiento.

3.3. Efectos del Silencio Administrativo Positivo en el otorgamiento de la Concesión Definitiva.

Según hemos indicado, el otorgamiento de Concesión Definitiva de Generación con RER supone la emisión de una Resolución Ministerial y la suscripción del respectivo contrato. En ese sentido, cuando el procedimiento de otorgamiento de concesión supere el plazo máximo de sesenta (60) días hábiles¹⁹ previsto en la LCE y en el TUPA del MINEM, y el plazo adicional de cinco (5) días hábiles calculados según las consideraciones descritas en la sección anterior, el peticionario podrá considerar que su solicitud de Concesión Definitiva ha sido aprobada por aplicación del SAP.

En dicho caso, no se requerirá un pronunciamiento posterior del MINEM para hacer efectivo el derecho de concesión obtenido. De acuerdo con lo previsto en el TUO de la LPAG, a efectos de probar la aplicación del SAP en el procedimiento de otorgamiento de Concesión Definitiva, el peticionario sólo requerirá la copia del escrito y del formato que acompaña el escrito de solicitud, el cual deberá contener el sello de recepción puesto por el MINEM. El cargo de recepción de la solicitud deberá contener el número de registro, fecha, hora y firma de quien recibió la solicitud.

En consecuencia, para hacer oponible el derecho obtenido, no será necesario que el administrado presente un escrito al MINEM en el cual se indique que por aplicación del SAP se ha otorgado a favor del peticionario la Concesión Definitiva de Generación con RER. De igual forma, tampoco será procedente que el MINEM exija que el administrado realice alguna actuación adicional a fin de solicitar la aplicación del SAP al caso en particular.

Tampoco podría el MINEM emitir un pronunciamiento posterior a efectos de denegar la solicitud o a fin de continuar el procedimiento. En caso ocurra tal situación, dicho pronunciamiento se considerará nulo al ser contrario al régimen de SAP aplicable a dicho procedimiento, según lo previsto en el TUO de la LPAG.

Sin embargo, si el administrado o peticionario lo considera conveniente, de manera complementaria al cargo de presentación de su solicitud, podrá presentar ante el MINEM una

¹⁹ Como señalamos anteriormente, el artículo 28° de la LCE establece que en el caso de Concesiones Definitivas para Generación que utilicen recursos hídricos, la solicitud debe resolverse en un plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles a partir de la fecha de su presentación.

Declaración Jurada, cuya recepción no podrá ser denegada. Asimismo, dicha Declaración Jurada no estará sujeta a aprobación, siendo suficiente el cargo de presentación para su validez. En el eventual caso de que el MINEM rechace la presentación de la Declaración Jurada, el administrado podrá remitirla vía conducto notarial.

3.4. De las actuaciones que el MINEM debe realizar ante la aplicación del SAP en el otorgamiento de la Concesión Definitiva

El otorgamiento de una concesión requiere, para su formalización, la suscripción de un contrato entre el concedente y el concesionario. Por tratarse de un caso especial, el MINEM emite una resolución aprobando el texto del Contrato de Concesión Definitiva.

En ese sentido, el administrado que se ha visto beneficiado con la aplicación del SAP en su solicitud de Concesión Definitiva, deberá remitir un escrito solicitando formalmente al MINEM que siga el procedimiento regular para la suscripción de dicho contrato, considerando que ya tiene el derecho otorgado por el transcurso del plazo legal.

En dicho caso, el MINEM sólo deberá aprobar mediante Resolución Ministerial el texto del Contrato de Concesión Definitiva, y a su vez, autorizar al funcionario público que, en representación del Estado peruano, suscribirá el contrato con el peticionario.

Al respecto, el MINEM ya ha seguido el procedimiento descrito anteriormente. A modo de referencia, mediante Resolución Suprema No. 11-2015-EM, publicada el 16 de abril de 2015 en el Diario Oficial El Peruano, el MINEM se pronunció sobre la aplicación del SAP a favor de una empresa peticionante, la misma que ya contaba con el derecho otorgado de forma ficta, tal y como se desprende de la parte considerativa de la referida resolución.

En efecto, el texto de dicha resolución indica que la empresa solicitante “obtuvo la concesión definitiva de la referida línea de transmisión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la Ley No. 29060”. La Ley No. 29060, Ley del Silencio Administrativo (hoy derogada), establecía en su artículo 2° que los procedimientos sujetos a SAP se consideraban automáticamente aprobados si, vencido el plazo establecido, la entidad no hubiera emitido el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho. Si bien las disposiciones de dicha ley se encuentran derogadas en la actualidad, éstas han sido recogidas por el TUO de la LPAG, el cual contiene una disposición similar a la del artículo 2° de la citada ley.

Dicho lo anterior, al amparo de la aplicación del SAP en dicha oportunidad, la Resolución Suprema No. 11-2015-EM resolvió aprobar el Contrato de Concesión y autorizar a cierto funcionario para la suscripción de dicho contrato.

Como se puede apreciar, en la práctica el MINEM ya ha reconocido la aplicación del SAP en el otorgamiento de Concesiones Definitivas, y sin requerimiento adicional alguno, ha procedido a emitir la resolución que aprueba el texto del contrato y autoriza al funcionario responsable para la suscripción correspondiente.

Asimismo, en años anteriores el MINEM también ha procedido de forma similar aprobando el texto de un contrato de concesión mediante la publicación de una resolución en el Diario Oficial El Peruano. En dicha oportunidad (2002), la empresa peticionante acudió al Tribunal Constitucional a fin de que se le reconozca el derecho otorgado por el transcurso del plazo máximo de noventa (90) días calendario. Dicho plazo estaba previsto en la normativa vigente en dicho año para la aprobación de la solicitud de Concesión

Definitiva para desarrollar la actividad de Generación Eléctrica en la Central Hidroeléctrica de Quitaracsa I.

Mediante Sentencia de fecha 9 de abril de 2002, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de acción de cumplimiento y dispuso que el MINEM cumpla con designar al funcionario que debía intervenir en la celebración del Contrato de Concesión Definitiva. Como consecuencia de ello, con fecha 13 de junio de 2002, el MINEM publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Suprema No. 23-2002-EM, mediante la cual se designó a cierto funcionario para la suscripción del contrato respectivo.

Adicionalmente, el MINEM también ha reconocido la aplicación del SAP a efectos de modificar un contrato de Concesión Definitiva. En el año 2011 una empresa solicitó la modificación de su Contrato de Concesión Definitiva de Recursos Energéticos Renovables, para desarrollar la actividad de Generación de energía eléctrica en la Central Hidroeléctrica Las Pizarras.

Mediante Resolución Ministerial No. 530-2011-MEM/DM de fecha 26 de diciembre de 2011, el MINEM reconoció que “al haber operado el Silencio Administrativo Positivo en el trámite de solicitud de modificación del Contrato de Concesión (...), procede únicamente tramitar la designación del representante que suscriba la minuta de modificación del contrato de concesión”. En esa línea, la referida resolución resolvió designar a cierto funcionario para la suscripción de la minuta de modificación del Contrato de Concesión.

En consecuencia, ya se cuenta con precedentes donde el MINEM cumplió con formalizar el derecho otorgado por la aplicación del SAP en solicitudes de Concesión Definitiva, aprobando el texto del contrato y designando a los funcionarios responsables para la suscripción correspondiente. Ello confirma que dicha entidad no ha venido requiriendo documentos adicionales para que los administrados puedan hacer valer su derecho otorgado de forma ficta, conforme lo establece el TUO de la LPAG.

4. Acerca de la aplicación del SAP en el otorgamiento de concesiones definitivas de generación con RER.

4.1. ¿Es la aplicación del SAP compatible con un régimen de concesiones?

En el numeral 2.1 del presente artículo hemos expuesto las principales características de la concesión de servicio público, a partir de lo desarrollado por la doctrina más representativa en dicha materia. Según dicha concepción, el Estado es titular de una actividad, y como tal, tiene la facultad de decidir si encarga o no la gestión de un servicio a un tercero, quien carece de un derecho preexistente a prestar dicho servicio. En esa línea, se considera que este derecho a gestionar una actividad recién se constituye con el otorgamiento de un título habilitante denominado concesión.

A partir de lo anterior, en un sentido estrictamente teórico, la concesión de servicio público otorga un derecho constitutivo mas no declarativo, en la medida que, según la doctrina tradicional, la gestión de la actividad está reservada primordialmente para el Estado. Según esta teoría, el particular no cuenta previamente con el derecho a prestar servicios públicos, en la medida que la concesión constituye un acto creador de derechos nuevos a favor del agente privado.

Esto último ha sido recogido en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, según el cual, bajo el régimen de una Economía Social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud,

educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Es decir, nuestra Constitución ha establecido que el Estado tiene la obligación esencial de asegurar que todos los peruanos gocen de la prestación de servicios públicos, obligación que, en primer término, no recae sobre los particulares.

Es por ello que, a partir de dicho marco teórico, los individuos carecen de un derecho para prestar servicios públicos. Es el Estado quien se hace responsable de dicha prestación. Ahora bien, ello no impide que por razones técnicas y económicas, el Estado decida encargar la gestión de determinado servicio público a un tercero particular, como efectivamente la legislación peruana se ha encargado de regular en diversos sectores económicos.

Asimismo, anteriormente mencionamos que existe una estrecha relación entre el otorgamiento de una concesión y el interés público que implica dicha actuación. En la medida que la actividad concesionada está vinculada a la prestación de servicios esenciales para la comunidad, es evidente que es de interés nacional conocer y supervisar dicha actividad. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el “interés público” es un concepto jurídico indeterminado que tiene que ver con “aquello que beneficia a todos”, y que es equivalente al interés general de la comunidad, con lo cual su satisfacción constituye uno de los fines del Estado²⁰.

Cuando analizamos la concepción originaria del silencio positivo en nuestro ordenamiento, encontramos que éste está orientado a principalmente al ejercicio de potestades de control que se expresan en actos administrativos como licencias y autorizaciones. En estos casos, el administrado sí goza de un verdadero derecho preexistente, en la medida que los particulares están habilitados a realizar determinada actividad siempre que cumplan los requisitos legales correspondientes, luego de lo cual el Estado se limita a efectuar fiscalizaciones posteriores.

Al respecto, Ranelletti considera que la autorización se centra en la preexistencia de un derecho verdadero y propio en el sujeto autorizado, cuyo otorgamiento está sujeto a la remoción de los límites que el ordenamiento legal establece. En la medida que presupone la titularidad previa de un derecho, la autorización quedaría marcada por un neto carácter declarativo que la distingue claramente de la concesión²¹.

Por su parte, Laguna de Paz sostiene que todas las autorizaciones coinciden en los siguientes aspectos: i) la Administración Pública lleva a cabo un control previo del ejercicio de actividades privadas, de modo que realiza una fiscalización de la legalidad u oportunidad del ejercicio de la actividad; ii) la razón de ser del control previo de la actividad es el daño potencial para terceros; iii) la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar la actividad; y, iv) la autorización es un acto declarativo de derechos, que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida²².

Lo señalado anteriormente por la doctrina encuentra sustento constitucional en el artículo 59° de nuestra Carta Magna, el cual establece que el “Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública”. Es decir, los particulares tenemos derecho a realizar actividades económicas y el

²⁰ Fundamento Jurídico No. 11, Sentencia recaída en el Expediente No. 0090-2004-AA/TC.

²¹ Citado por Eduardo García de Enterría. Ver: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 7° Edición. Madrid: Civitas, 2000. p. 1035. A mayor abundamiento: RANELLETTI, Oreste. “Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni amministrative”. En: *Giurisprudenza italiana*, 1984.

²² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “La autorización administrativa”. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2006, p. 37.

Estado se encarga de controlarlas, ya sea mediante el otorgamiento de títulos habilitantes como licencias o autorizaciones, y/o verificando que la actividad no atente contra la moral, la salud o la seguridad pública.

A diferencia de las actividades que implican la prestación de servicios públicos, las actividades que involucran el ejercicio de derechos preexistentes requieren una mera verificación del cumplimiento de ciertos requisitos para que el administrado goce de la protección legal que se requiere. Siendo ello así, un régimen de silencio administrativo encaja perfectamente en este tipo de actividades.

Como hemos descrito con anterioridad, la aplicación del SAP se produce en procedimientos de evaluación previa y éstos por lo general tienen por finalidad reconocer derechos preexistentes, cuya titularidad ya la tienen los administrados y donde se requiere básicamente que cumplan ciertos requisitos legales para poder hacer efectivo ese derecho.

De la misma forma, la normativa vigente no permite aplicar el SAP en procedimientos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público y la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, entre otros, en cuyo caso será de aplicación el silencio administrativo negativo.

Sobre la base de lo anterior, se tiene que un régimen de SAP no logra ser teóricamente compatible con el otorgamiento de concesiones de servicio público, donde por definición no existen derechos preexistentes sino constitutivos, es decir, donde el administrado no tiene un derecho ganado antes de solicitar el otorgamiento de una concesión.

A partir de la regulación sectorial descrita anteriormente, es evidente que el legislador pretende agilizar el desarrollo de proyectos de Generación con RER. Sin embargo, no debe perderse de vista que el otorgamiento de una concesión de Generación con RER requiere un análisis un tanto más complejo por parte de la autoridad que la emisión de una simple licencia de funcionamiento.

En efecto, dichos proyectos involucran el uso de recursos naturales, lo cual claramente es de alto interés público para la sociedad. En este caso no se trata únicamente de esperar el transcurso del tiempo para hacer efectivo un derecho que previamente no se tiene, sino que es menester la posterior suscripción de un Contrato de Concesión Definitiva que contenga los derechos y obligaciones de las partes involucradas en el proyecto.

Asimismo, hacemos notar que la legislación vigente establece que las peticiones que puedan afectar significativamente el interés público y los recursos naturales están sujetas a la aplicación del silencio negativo. Ciertamente, una solicitud de otorgamiento de Concesión Definitiva para un proyecto de Generación con RER tiene una alta incidencia sobre el interés público y los recursos naturales que el Estado debe proteger.

Lo anterior demuestra que la regulación sectorial de las concesiones de Generación con RER ha ido más allá de lo que inicialmente planteó el legislador peruano en cuanto a la aplicación del SAP en el ordenamiento jurídico, dejando de lado a las concepciones tradicionales de la concesión de servicio público. En el siguiente apartado comentaremos algunas disposiciones normativas que podrían explicar la decisión de aplicar SAP en este tipo de procedimientos.

4.2. Sobre las políticas regulatorias y la simplificación administrativa

Como señalamos anteriormente, con la publicación del Decreto Legislativo No. 1272 el 21 de diciembre de 2016, la Ley del Silencio Administrativo fue derogada y el régimen sobre la

aplicación del SAP fue incorporado a la Ley del Procedimiento Administrativo General. En esa línea, ¿qué motivó ese cambio en el régimen y cuáles fueron las razones para definir el texto vigente que regula el SAP?

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1272 (en adelante, "EDM"), como parte de su proceso de incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Estado Peruano viene considerando sus lineamientos y recomendaciones a fin de mejorar su gestión.

En ese sentido, en lo que respecta a simplificación administrativa, la OCDE señala que la iniciativa empresarial puede ser favorecida por menos cargas administrativas, liberando recursos que de otro modo pueden ser utilizados para la burocracia. Para dicha organización, las cargas administrativas están relacionadas a costos regulatorios bajo la forma de exigir permisos, llenar formularios y enviar reportes al Estado, lo cual puede ser perjudicial si aquello limita innecesariamente a la innovación, la inversión y la eficiencia económica en general²³.

Asimismo, la EDM hace referencia a un estudio realizado por la OCDE donde analiza la política regulatoria en el Perú, y recomienda: i) garantizar la implementación efectiva de las políticas de simplificación administrativa, incluyendo la disponibilidad de recursos, y, ii) realizar una medición de las cargas administrativas que generan los trámites y obligaciones de información de los mismos.

Es por ello que, de acuerdo a la EDM, se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica, formalización, seguridad ciudadana, entre otros, a fin de lograr entre otros objetivos lo siguiente:

- Modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo y,
- Dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la Administración Pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos.

En esa línea, la EDM señala que la reforma de la Ley del Procedimiento Administrativo General introduce cambios para regresar a la regla del silencio positivo en los procedimientos administrativos. Asimismo, se indica que se elimina la referencia a que el SAP es aplicable para aquellas solicitudes que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes de los administrados en la medida que dicho supuesto ahora está sujeto actualmente a la aprobación automática.

A partir de lo anterior, queda en evidencia que las políticas regulatorias implementadas recientemente buscan generar un mayor dinamismo en los procedimientos administrativos en general, donde prevalezca la aplicación del SAP incluso en aquellos procedimientos de otorgamiento de concesión donde como hemos visto, podría discutirse teóricamente su compatibilidad.

En efecto, la regulación actual del SAP tiene como regla general que ésta se aplica a todos los procedimientos a instancia de parte que no estén sujetos al silencio negativo,

²³ OCDE. "Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies. Guidance for Policy Makers". 2009, pp. 6-9. Link: <http://oecd.org/regreform/42112628.pdf>. Consulta realizada el 23.06.2018.

con lo cual deja abierta la posibilidad de que el legislador establezca un régimen de SAP para el procedimiento de concesión de Generación con RER, tal y como ha sucedido en el presente caso.

4.3. Utilidad de la aplicación del SAP en el otorgamiento de concesiones definitivas de generación RER

Conforme ha sido descrito en el presente artículo, la aplicación del SAP vista desde una perspectiva teórica, resulta incompatible con un régimen de concesiones. Sin embargo, consideramos que no solo debe atenderse a la perspectiva meramente teórica, sino también evaluar la necesidad de introducir mecanismos de simplificación administrativa que promuevan la celeridad de los procedimientos administrativos en sectores de importancia, como lo es el sector eléctrico.

En ese sentido, debemos resaltar que existe una política regulatoria por parte del Estado para incentivar el desarrollo de proyectos de Generación con RER. A tales efectos, se cuenta con el Decreto Legislativo No. 1002 y su Reglamento, en el cual se establecen una serie de beneficios económicos, tributarios y de acceso al mercado con la finalidad de promover el incremento de la cuota de participación en el mercado de Generación con RER.

Sin embargo, hay ciertos aspectos que no han sido considerados y que resultan un punto de importancia en el desarrollo de un proyecto de esta naturaleza. Dicho aspecto se encuentra referido a los retrasos generados como consecuencia de la demora en el otorgamiento de permisos, en especial, en el otorgamiento de una Concesión Definitiva. Muchos procedimientos suelen resolverse en un plazo mayor al establecido en el RLCE, lo cual genera un retraso en el cronograma de ejecución del proyecto, en la medida que sin la Concesión Definitiva no se puede iniciar los trámites para solicitar las servidumbres eléctricas que puedan necesitarse.

Consecuentemente, esto genera la variación de la fecha prevista para la puesta de operación comercial del proyecto y la necesidad de solicitar una ampliación de los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras. Cabe indicar que los proyectos de Generación con RER usualmente se desarrollan bajo la suscripción de un Contrato de Suministro de Generación Eléctrica que se obtiene como consecuencia de la subasta que lleva a cabo Osinergmin con una frecuencia habitual de dos (2) años²⁴.

Bajo los alcances de dicho contrato, el titular del proyecto asume la obligación de poner el proyecto en operación comercial dentro de un plazo fijo, teniendo ciertas reglas según lo que el Contrato de Suministro establezca. En ciertos casos, se establecen reglas estrictas según las cuales no resulta posible obtener una ampliación mayor de dos (2) años, pudiendo acarrear la resolución de dicho contrato.

Por otro lado, los retrasos en el inicio de la operación comercial de un proyecto de Generación con RER también tienen un efecto en el beneficio económico otorgado por el mencionado Contrato de Suministro, ya que mientras el proyecto no se encuentre en fase operativa, no podrá recibir el cargo por prima que se otorga a favor del titular del contrato.

En ese sentido, los posibles retrasos en la obtención de una Concesión Definitiva también tienen un impacto sobre los plazos que deben aplicar los concesionarios bajo los alcances

²⁴ En la experiencia reciente, Osinergmin no ha convocado a nuevas subastas para el otorgamiento de contrato de suministro RER. Sin embargo, hasta el año 2015, estas subastas han sido convocadas con una frecuencia de dos (2) años.

del Contrato de Suministro RER. Siendo ello así, contar con la posibilidad de aplicar el SAP en un régimen como el comentado anteriormente, permite mitigar la posibilidad de que existan retrasos que afecten el desarrollo de los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras de un proyecto de Generación con RER.

5. Conclusiones.

- 5.1. Según la doctrina tradicional del servicio público, el Estado es el titular de dicho servicio y como tal, puede decidir encargar su gestión a un privado a través del otorgamiento de una concesión de servicio público. En ese sentido, se trata de un derecho constitutivo que no es preexistente, en la medida que el particular recién lo obtiene con el otorgamiento de la concesión.
- 5.2. El SAP tiene como ámbito de actuación principalmente el ejercicio de potestades de control que se expresan en actos administrativos como licencias y autorizaciones, donde se asume que el administrado cuenta con un derecho preexistente. En el ordenamiento peruano, el SAP se aplica en todos los procedimientos de evaluación previa que no estén sujetos a silencio negativo. Vencido el plazo legal para que la autoridad se pronuncie y notifique el acto, la solicitud del particular debe considerarse aprobada.
- 5.3. El procedimiento para la obtención de una Concesión Definitiva de Generación con RER bajo el ámbito del MINEM, se encuentra regulado por la LCE, el RLCE y el TUPA de dicha entidad, y está sujeto a la aplicación el SAP. El otorgamiento de la Concesión Definitiva de Generación con RER supone la emisión de una Resolución Ministerial y la suscripción del respectivo contrato.
- 5.4. Un régimen de SAP no logra ser teóricamente compatible con el otorgamiento de concesiones de servicio público, donde por definición no hay un derecho preexistente en el particular. Asimismo, los proyectos de Generación con RER tienen un alto interés público e involucran el uso de recursos naturales, supuestos que según el marco normativo están sujetos a silencio negativo.
- 5.5. En ese sentido, la regulación sectorial de las concesiones de Generación con RER han soslayado las teorías tradicionales de la concesión de servicio público y han apostado por introducir mecanismos de simplificación administrativa que promuevan la celeridad en el procedimiento para otorgar dichas concesiones.
- 5.6. Ello tiene particular relevancia en el sector eléctrico y específicamente en las concesiones de Generación con RER, donde las demoras procedimentales pueden causar graves perjuicios en los proyectos, como el retraso en la ejecución de obras y la afectación de los plazos previstos en los cronogramas establecidos.

6. Bibliografía.

- Ariño Ortiz, G. (1997). Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación). En Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel De La Cuetara, y Jose Luis Martínez López-Muñiz (Eds.), *El Nuevo Servicio Público* (p. 21). Madrid: Marcial Pons
- Cassagne, C. (2010). *Derecho Administrativo Tomo II*. Lima: Palestra.

- Danós, J. (1996). El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración, *Ius Et Veritas* (13), (225-229).
- Dromi, R. (2005). *Derecho Administrativo. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica y Ciudad Argentina, p. 647.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, Eduardo. (2000). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 7º Edición*. Madrid: Civitas.
- Gracia Perez, M. (1997). La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (1), 338.
- Gómez, H. y Huapaya, R. (2008). Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo. En Asociación Peruana de Derecho Administrativo (Eds.), *Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano*. Lima: Editorial Jurídica GRIJLEY, (pp. 5-105).
- Laguna de Paz, J. C. (2006). *La autorización administrativa*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., p. 37.
- Morón, J.C. (2007). Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién Calla Otorga? ¿Pero qué Otorga? En: *Derecho y Sociedad*, (29), (83-93).
- Organization for Economic Co-operation and Development. (2009). "Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies. Guidance for Policy Makers". Recuperado de: <http://oecd.org/regreform/42112628.pdf>.